

PASSIVOS CONTINGENTES EM PROJETOS DE CONCESSÃO E PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: Uma análise do contexto e impacto dos passivos nas concessões e PPPs e sua relação com as contratações públicas tradicionais

Rede de Análise e Melhores Práticas em Parcerias Público-Privadas

**Catálogo na fonte fornecida pela
Biblioteca Felipe Herrera do
Banco Interamericano de Desenvolvimento**

Passivos contingentes em projetos de concessão e parceria público-privada: uma análise do contexto e impacto dos passivos nas concessões e PPPs e sua relação com as contratações públicas tradicionais / Isadora Chansky Cohen, Luísa Almeida Dubourcq Santana, Jéssica Loyola Caetano Rios, Matheus Silva Cadedo; editores, Ancor Suárez-Alemán, Reinaldo Fioravanti, Claudia Alvarez Pagliuca.

p. cm. — (Monografia do BID ; 982)

Inclui referências bibliográficas.

1. Public-private sector cooperation-Brazil. 2. Concessions-Brazil. 3. Infrastructure (Economics)-Brazil-Finance. 4. Contingent liabilities (Accounting)-Brazil. I. Chansky Cohen, Isadora. II. Santana, Luísa Almeida Dubourcq. III. Rios, Jéssica Loyola Caetano. IV. Cadedo, Matheus Silva. V. Suárez-Alemán, Ancor, editor. VI. Fioravanti, Reinaldo, editor. VII. Alvarez Pagliuca, Claudia, editora. VIII. Banco Interamericano de Desenvolvimento. Vice-Presidência de Países. IX. Série.

IDB-MG-982

Códigos JEL: H54; L9; N76; O18.

Palavras-chave: Parcerias público-privadas; Desenvolvimento de infraestrutura; concessões; passivos contingentes

Catálogo na fonte fornecida pela Biblioteca Felipe Herrera do Banco Interamericano de Desenvolvimento

Copyright ©2021 Banco Interamericano de Desenvolvimento. Esta obra está licenciada sob uma licença Creative Commons IGO 3.0 Atribuição-NãoComercial-SemDerivações (CC BY-NC-ND 3.0 IGO) (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/igo/legalcode>) e pode ser reproduzida com atribuição ao BID e para qualquer finalidade não comercial. Nenhum trabalho derivado é permitido.

Qualquer controvérsia relativa à utilização de obras do BID que não possa ser resolvida amigavelmente será submetida à arbitragem em conformidade com as regras da UNCITRAL. O uso do nome do BID para qualquer outra finalidade que não a atribuição, bem como a utilização do logotipo do BID serão objetos de um contrato por escrito de licença separado entre o BID e o usuário e não está autorizado como parte desta licença CC-IGO.

Note-se que o link fornecido acima inclui termos e condições adicionais da licença.

As opiniões expressas nesta publicação são de responsabilidade dos autores e não refletem necessariamente a posição do Banco Interamericano de Desenvolvimento, de sua Diretoria Executiva, ou dos países que eles representam.



Sobre a Rede PPP e este trabalho

Rede de Análise e Melhores Práticas em Parcerias Público-Privadas

Os sectores público e privado trabalham em conjunto para uma melhor infraestrutura.

Embora a realidade de cada país da região seja diferente, os projetos de infraestruturas implicam desafios semelhantes na sua preparação, execução, operação e manutenção, entre outros, que podem ser extrapolados para as circunstâncias de cada país. São investimentos em grande escala que têm a capacidade de mudar países e melhorar a qualidade de vida de comunidades inteiras. A complexidade e o esforço necessários para realizar estes projetos, bem como os seus enormes impactos na sociedade, são razões imperiosas para incentivar a procura de aprendizagem a partir dos projetos existentes e, assim, ajudar a melhorar o desempenho de futuros projetos de infraestrutura na região. Embora cada projeto seja diferente, e cada caso, país ou região tenha particularidades que tornam os projetos únicos e desafiadores, a experiência de trabalhar na região e o conhecimento compartilhado mostram que é possível identificar lições aprendidas que nos permitem repetir os sucessos e evitar erros. A sistematização das experiências torna-se informação, e a análise correta da informação se transforma em evidência e, portanto, em conhecimento prático aplicado.

Com o apoio de governos e instituições de pesquisa da América Latina e do Caribe, em 2020 o BID desenvolveu a ***Rede de Análise e Melhores Práticas em Parcerias Público-Privadas (Rede PPP)***, com o objetivo de melhorar o desenvolvimento de infraestrutura na região em termos de qualidade, sustentabilidade, competitividade e eficiência.

A Rede PPP foi criada com o objetivo de (a) conectar as demandas públicas de conhecimento com a pesquisa aplicada desenvolvida (em outras palavras, que o trabalho analítico sobre PPPs responde ao que os desenvolvedores de políticas e projetos querem saber sobre o que funciona e o que não funciona); (b) sistematizar a informação; (c) gerar e coordenar a evidência existente: desenvolvendo um trabalho analítico baseado na informação gerada pela rede disponível publicamente, assim como conectar a pesquisa aplicada regional para aumentar as sinergias na geração de conhecimento.

No início de 2020, e com base numa Consulta Pública com os governos da região, foi identificada uma série de questões comuns de interesse no desenvolvimento de infraestrutura através de PPPs em torno de cinco grandes áreas: Regulação e Institucionalidade, Viabilidade e Estruturação de Projetos Sustentáveis, Financiamento de Projetos, Gestão e Monitorização de Riscos, e Avaliação, Desempenho e Impacto. Este artigo "***PASSIVOS CONTINGENTES EM PROJETOS DE CONCESSÃO E PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA***" responde a essa demanda e foi selecionado através de um concurso. Os autores deste artigo são: Isadora Chansky Cohen, Luísa Almeida Dubourcq Santana, Jéssica Loyola Caetano Rios, e Matheus Silva Cadedo. O documento foi supervisionado pelo coordenador da Rede, Ancor Suárez Alemán, e editado por Reinaldo Fioravanti. Claudia Alvarez Pagliuca apoia a gestão e coordenação da Rede, assim como os diferentes trabalhos de divulgação e conhecimento.

Rede de Análise e Melhores Práticas em Parcerias Público-Privadas (Rede PPP)

Red-APP-BPR@iadb.org



**PROJECT FGV AND BID-PUBLIC PRIVATE PARTINERSHIP TEAM
COLABORATION IN APPLIED RESEARCH UNDER PPP NETWORK ANALYSIS
AND BEST PRACTICES**

**PASSIVOS CONTINGENTES EM PROJETOS DE CONCESSÃO E PARCERIA
PÚBLICO-PRIVADA**

**Uma análise do contexto e impacto dos passivos nas concessões e PPPs e sua relação
com as contratações públicas tradicionais**

AUTORES

ISADORA CHANSKY COHEN

LUÍSA ALMEIDA DUBOURCQ SANTANA

JÉSSICA LOYOLA CAETANO RIOS

MATHEUS SILVA CADEDO

Sobre os Documentos de Discussão

Este artigo faz parte da iniciativa *“Public Private Partnership team collaboration in applied research under the PPP network for analysis and best practices”*, projeto desenvolvido em conjunto entre o BID e a FGV para fomentar a pesquisa em boas práticas para o setor de infraestrutura, com o objetivo de debater as novas fronteiras deste complexo setor e propor soluções e debates inovadores para seus principais desafios.

Os temas explorados pela iniciativa são os seguintes:

- Arranjos institucionais e a ótima relação com projetos de PPPs;
- Financiamento das PPPs: o papel do mercado de capitais no financiamento da infraestrutura;
- Value for Money: Análise comparativa de desempenho entre ferramentas para desenvolver projetos de infraestrutura;
- Passivos contingentes em projetos de concessão e parceria público-privada: uma análise do contexto e impacto dos passivos nas concessões e PPPs e sua relação com as contratações públicas tradicionais; e
- Impacto da COVID-19 no desenvolvimento da infraestrutura na América Latina e no Caribe e o papel das PPPs em tempos de crise na região.

Dessa forma, os temas selecionados pelo BID para execução neste projeto procuram endereçar principais tendências e tópicos sensíveis para o desenvolvimento de infraestrutura na América Latina, como forma de promover a melhora da atuação pública e privada no setor.

O presente relatório trata dos passivos contingentes em projetos de concessão e parceria público-privada, promovendo uma análise do contexto e impacto dos passivos nas concessões e PPPs e sua relação com as contratações públicas tradicionais. São aprofundadas e apresentadas análises a respeito do tratamento fiscal, orçamentário e contábil dos passivos contingentes, relacionando-se as temáticas com os desafios de estruturação e implantação de projetos de parcerias público-privadas.

O objetivo da iniciativa, além de contribuir para a consolidação de um ambiente de troca de experiências e práticas em parcerias público-privadas, é o de qualificar as discussões no congresso APP- Red de Análisis y Buenas Prácticas en APP en América Latina y el Caribe-, trazendo para o centro do debate as reflexões desenvolvidas por aqueles que estão diretamente envolvidos na construção de soluções em todas as direções.

Sumário Executivo

O pleno desenvolvimento da infraestrutura brasileira depende de uma série de variáveis fiscais, orçamentárias e financeiras. No âmbito das parcerias público-privadas, estes fatores ganham especial importância. Tais projetos estão submetidos a controles fiscais e pagamentos que devem ser corretamente contabilizados. Nessa linha, os passivos contingentes representam um grande desafio contábil aos gestores, já que são moldados por valores incertos dependentes de acontecimentos futuros.

A presente pesquisa é um levantamento – sem pretensão de esgotar a matéria – que tem como principal finalidade viabilizar o debate do tema com especialistas de mercado e da academia, permitindo aprofundamentos e debates posteriores sobre os desafios aqui apresentados. A discussão que se propõe se refere, em especial, aos seguintes aspectos: (i) tratamento legislativo e normativo dos passivos contingentes e sua relação com a elaboração do orçamento público; (ii) conceituação e diferenciação dos passivos contingentes em relação às outras figuras de classificação contábil; (iii) tratamento e identificação dos passivos contingentes em parcerias público-privadas e sua comparação com as contratações e concessões tradicionais; (iv) os riscos e consequências fiscais decorrentes da contabilização de contingências; (v) impacto da efetivação ou provisionamento de passivos contingentes para fins de controle fiscal; (vi) implicações das estruturas de concessão de garantias na análise das contingências e (vii) meios de promover liquidez às obrigações decorrentes de passivos contingentes por meio de sistemas complementares de garantia.

O que se constata é a necessidade de melhor acompanhamento e implementação das normas contábeis já existentes, acompanhadas de soluções que assegurem liquidez às obrigações decorrentes dos mais variados tipos de contingências.

Conteúdos

CAPÍTULO I - CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA.....	11
CAPÍTULO II - PASSIVOS CONTINGENTES EM PROJETOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E SUA RELAÇÃO COM AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS TRADICIONAIS.....	14
2.1. Contexto legislativo.....	14
2.1.1. Arcabouço legal das contratações públicas e seu impacto nos passivos contingentes.....	14
2.1.2. Arcabouço legal do orçamento público e seu impacto nos passivos contingentes.....	19
2.2. Origens e limites dos passivos contingentes.....	35
2.2.2.- Os Passivos Contingentes no MCASP.....	36
2.2.2. Os Passivos Contingentes no MDF.....	47
2.3. Passivos contingentes e as normas de orçamento público.....	53
2.4. O posicionamento jurisprudencial acerca dos passivos contingentes em parcerias público-privadas.....	82
CAPÍTULO III- PROVENDO LIQUIDEZ AOS PASSIVOS CONTINGENTES: UMA ANÁLISE DOS RISCOS NÃO GERENCIÁVEIS.....	89
3.1 Um panorama sobre os riscos não gerenciáveis.....	89
3.2- Buscando soluções: A Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA) .	93

3.3. Riscos Políticos no Brasil	103
3.4. A Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias – ABGF: propostas e primeiros desafios	109
3.5. Os produtos da ABGF	118
3.6. Alternativas aos Seguros: Modelos de Garantias intrínsecas aos projetos	128
CAPÍTULO IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS	136
BIBLIOGRAFIA	141

Índice de Figuras

Figura 1: Gestão de Concessões e Parcerias	23
Figura 2: Metas PPA (São Paulo)	24
Figura 3: Contingências em Concessões e Parcerias (São Paulo)	25
Figura 4: Detalhamento LOA (São Paulo)	28
Figura 5: Passivos Contingentes (São Paulo)	32
Figura 6: Abertura de Créditos Adicionais (São Paulo)	32
Figura 7: Classificações de Passivos Contingentes	38
Figura 8: Necessidade de Provisionamento	39
Figura 9: Exemplo de Anexo Fiscal.....	57

Figura 10: Exemplo de Demonstrativo Fiscal.....	58
Figura 11: Exemplo de Rubrica (Contingências)	59
Figura 12: Passivos Contingentes na LOA	60
Figura 13: Balanço Patrimonial (Exemplo)	80
Figura 14: Evolução Receita Corrente Líquida.....	88
Figura 15: Exemplos de Política Cambial (Riscos).....	107
Figura 16: Estrutura ABGF.....	112
Figura 17: Garantia Colateral (Swap Cambial).....	119

Acrônimos

ABGF: Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias
BID: Banco Interamericano de Desenvolvimento
BM: Banco Mundial
CAC-PPP: Comissão de Acompanhamento dos Contratos de Parcerias Público-Privadas
PPP: Parceria Público Privada
LDO: Lei de Diretrizes Orçamentárias (Brasil)
LO: Lei Orçamentária (Brasil)
LRF: Lei de Responsabilidade Fiscal (Brasil)
RCL: Receita Corrente Líquida
MDB: Multilateral Development Bank
MIGA: Multilateral Investment Guarantee Agency
PIB: Produto Interno Bruto
PPA: Plano Plurianual (Brasil)

Relato de Pesquisa sobre os Passivos Contingentes

O presente documento tem a finalidade de promover a discussão a respeito do tratamento contábil, fiscal e orçamentário, no Brasil, do desenvolvimento de projetos de infraestrutura por meio de parcerias público-privadas (PPPs), sobretudo. Seu intuito é incentivar o debate acerca da promoção de um ambiente de análise e boas práticas em parcerias. O debate se insere na busca do BID pela promoção de melhores práticas para a realização de parcerias público-privadas.

Para tal, a pesquisa realizada se debruça sobre o arcabouço legal e normativo brasileiro, visando identificar a disciplina dos passivos contingentes no país e na estruturação de parcerias, concessões e contratações tradicionais. Os passivos contingentes são tema de fundamental importância, já que guardam relação estrita com a divisão de riscos contratuais entre privados e entes públicos, na confecção de projetos de infraestrutura. Sem o tema, não se mostra possível compreender as previsões das limitações fiscais atuais e futuras do Estado, já que os passivos contingentes representando potenciais saídas de recursos do caixa do Tesouro Público.

Para compreender bem os passivos contingentes, foram elencados alguns objetos principais de análise. O primeiro diz respeito às Leis Orçamentárias do país, destacando-se os seguintes instrumentos: Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual (confeccionadas anualmente), Lei do Plano Plurianual (confeccionada em intervalos de quatro anos). O primeiro dos diplomas introduz considerações acerca da representação dos passivos contingentes, enquanto os outros dois são importantes instrumentos de publicização dos mesmos.

Em seguida, são analisadas normas contábeis específicas da Secretaria do Tesouro Nacional, destacando-se o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP) e o Manual de Demonstrativos Fiscais (MDF), além de outras normas que tratam especificamente das PPPs, como a Portaria nº 614/2006¹. Essas normativas trazem importantes considerações acerca da identificação, conceituação, registro e efeitos gerados pela contabilização de passivos contingentes, seja em relação às formas tradicionais de contratação ou em referência às parcerias público-privadas.

Para complementar a compreensão do tema, também foi realizado estudo de caso envolvendo a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias (ABGF) e a Agência

¹ Cumpre salientar, como será demonstrado posteriormente, que para muitos esta portaria foi tacitamente revogada pela edição posterior do MCASP.

Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA), com o objetivo de entender o cenário pretendido pela Administração Pública e pelas organizações mundiais na garantia de riscos não gerenciáveis.

Com isso, visa-se ilustrar o papel dessas instituições no tratamento das contingências em parcerias público-privadas e os erros e acertos no caminho. O foco do estudo será justamente a análise do provimento de liquidez aos passivos contingentes decorrentes dos riscos não gerenciáveis, sobretudo os políticos. A temática se justifica, pois enquanto as contingências gerenciáveis contam com a ampla oferta de securitizações privadas (assegurando liquidez no caso de sua materialização), as decorrentes de atos e omissões políticas ficam sem respaldo do mercado, colocando “em xeque” a atratividade e viabilização de projetos, como os de parcerias público-privadas.

Posteriormente, também foram analisados meios alternativos de prover liquidez aos passivos contingentes decorrentes de riscos não gerenciáveis. Nesse sentido, foram analisados sistemas de contas-reservas vinculadas às outorgas, bens e direitos das próprias concessões (garantias intrínsecas aos próprios projetos). Nesse sentido, foi estudada a modelagem preliminar do contrato de concessão do trecho do Rodoanel Norte, no Estado de São Paulo.

A partir da análise destes temas será possível extrair algumas conclusões e provocações parciais acerca do presente trabalho, sempre se buscando suas representações práticas em Leis Orçamentárias, demonstrações fiscais e considerações jurisprudenciais acerca dos diferentes entes públicos. Nesse sentido, serão destacadas análises referentes ao Estado de São Paulo, detentor de um dos maiores programas de parcerias do país.

Em linhas gerais, é possível dizer que o tratamento contábil, fiscal e orçamentário, no país, ainda é motivo de pouca atenção por parte das autoridades de planejamento público. A despeito de previsões legislativas e normativas determinarem a representação de passivos contingentes por formas e descrições especificadas, ainda persistem dúvidas acerca da correta aplicação das normas contábeis. Como consequência, a fiel estimação da situação financeira dos entes públicos pode sofrer com incompletudes e lacunas, dificultando o andamento e criação de novos projetos de infraestrutura e aumentando o risco fiscal a que se sujeita a Administração Pública.

Em relação às parcerias público-privadas as dificuldades são ainda maiores. Não foi encontrada, na legislação vigente, a exposição ou delimitação de critérios que permitam a adequada estimação e identificação de contingências. As previsões existentes costumam ser gerais, carecendo de especificações. Com isso, restam dúvidas sobre o registro e classificação contábil de passivos contingentes e seu relacionamento com riscos assumidos pelo Poder Concedente nos projetos. O cenário é mais complexo do que se comparado às concessões comuns, que sequer chegam a ser disciplinadas pelas normas contábeis.

Também foi demonstrada a relação dos passivos contingentes com instrumentos de controles fiscais referentes ao endividamento público e à limitação da realização de novas parcerias em decorrência das despesas contabilizadas com projetos já existentes. Apesar dos passivos contingentes, inicialmente, não influírem nesses mecanismos de controle fiscal, podem vir a se transformar em pagamentos e contraprestações pagas aos parceiros privados, contribuindo com o atingimento das limitações fiscais do Estado.

Por fim, foram identificadas interessantes estruturas que asseguram liquidez às obrigações decorrentes de passivos contingentes associados aos riscos não gerenciáveis. Destacou-se, nesse sentido, o sucesso da carteira de seguros não comerciais realizada pela MIGA, enquanto, no Brasil, houve o insucesso operacional da ABGF, em decorrência de dificuldades financeiras e na estruturação de políticas securitárias. Diante do cenário, foram apresentados sistemas de contas-reservas vinculadas às outorgas, bens e direitos das próprias concessões que funcionam como garantias intrínsecas aos próprios projetos.

As observações feitas nesta pesquisa visam pavimentar os caminhos para discussão do planejamento e efetivação dos projetos de infraestrutura no Brasil, via parcerias público-privadas. Possivelmente, os aspectos práticos trazidos serão incentivo para debates que objetivem o aprimoramento contábil, fiscal e orçamentário de projetos futuros, contribuindo com o desenvolvimento do setor.

CAPÍTULO I - CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

A infraestrutura é vetor central para o desenvolvimento de um país, possibilitando a expansão da atividade econômica e ampliando a qualidade de vida da população. Assim, a inauguração de portos e aeroportos, por exemplo, torna possível a ampliação do comércio local e internacional, a melhoria na qualidade das rodovias reduz os custos logísticos – sobretudo em um país continental – e permite a mobilidade de pessoas e mercadorias, a ampliação da cobertura de saneamento favorece a preservação do meio ambiente e a saúde pública. De fato, são muitos os exemplos que evidenciam a importância de projetos de infraestrutura para o desenvolvimento social e econômico do país.

No Brasil, o desenvolvimento da infraestrutura não atinge os volumes demandados pela população. Uma das principais tarefas dos governantes ao longo dos anos tem sido compatibilizar a demanda social por infraestrutura com as limitações orçamentárias que acometem a Administração Pública brasileira.

Inexistindo recursos públicos suficientes para prover todas as necessidades da população, cabe ao Estado buscar fontes alternativas de financiamento da infraestrutura, emergindo a iniciativa privada como ator relevante na concretização de políticas públicas. Esta multiplicidade de atores é relevante, sobretudo ao se ter em mente que a Constituição Federal de 1988 trouxe longo rol de direitos, sobretudo de caráter social, demandando do Estado atuação presente para a sua concretização.

Nesse cenário, as interações e parcerias entre Estado e iniciativa privada saem fortalecidas, compreendendo múltiplos arranjos associativos e contratuais para a efetivação de obras e serviços de provimento de infraestrutura dirigidos à coletividade. Tais arranjos, que retiram a obrigatoriedade de prestação direta de serviços pelo Estado, permitem a economia de recursos financeiros e humanos, além de representarem oportunidade de incremento da qualidade e eficiência dos serviços, em razão da especialidade da iniciativa privada e da possibilidade de inserção de metas e indicadores de eficiência nos contratos.

Como se sabe, as concessões de serviço público não são inovação da era contemporânea e nem muito menos se adstringem ao cenário brasileiro. O instituto, contudo, foi se aprimorando e transformando ao longo do tempo e, atualmente, é amplamente utilizado pela Administração Pública brasileira, em diversos níveis federativos, para a concretização de projetos de infraestrutura.

Até o advento da Lei nº 11.079/2004 (Lei de Parcerias Público-Privadas), a Administração tinha à sua disposição duas principais normas para a execução de obras e serviços, sendo elas a Lei de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/1995) e a Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993). No entanto, os contratos públicos regidos pela Lei Geral de Licitações possuem

prazo de duração reduzido, alcançando, no caso de serviços contínuos, no máximo seis anos, e têm suas obrigações de pagamento realizadas *pari passu* aos investimentos empreendidos.

Os contratos tratados pela Lei de Concessões e Permissões, por sua vez, permitem contratos com prazo mais alongados. Entretanto, não contemplam o tratamento de hipóteses em que os projetos não sejam “auto-sustentáveis”; isto é, viabilizam investimentos remunerados preponderantemente ou, mesmo, exclusivamente, por tarifas (sem que o Estado participe diretamente da remuneração do privado concessionário).

Nesse contexto, surge a Lei nº 11.079/2004 para suprir lacunas jurídicas que não permitiam a concretização de alguns projetos, em razão, em especial, da necessidade de patrocínio estatal para apoiar a amortização do investimento, permitindo o desembolso de recursos pelo Estado antes da disponibilização da infraestrutura pelo particular, ou mesmo para assegurar o complemento da contraprestação nos casos em que somente a receita tarifária (definida por meio de parâmetros justos e módicos) não seja capaz de remunerar adequadamente o investimento.

Dentre outros aspectos importantes que foram inaugurados quando da Lei de PPPs - em função de uma percepção razoavelmente generalizada de que há risco de atraso e/ou inadimplemento no pagamento devidos pela Administração em parcerias -, tal lei inaugurou dispositivos importantes, seja para fins de constituição de parâmetros mais adequados à gestão contratual, quanto à permissão de oferecimento de garantias públicas aos compromissos financeiros assumidos pelos Poderes Públicos em sede de tais contratos.

Verdadeira inovação no ordenamento jurídico, tais garantias podem proteger e atrair os investimentos privados, sinalizando ao investidor que não haverá necessidade de recorrer ao regime (e à fila) de precatórios para que o privado possa receber um valor devido e, eventualmente, inadimplido. Além disso, há a preocupação quanto aos comprometimentos fiscais e orçamentários decorrentes destes projetos, o que também encontrou endereçamento no diploma legal.

O tema é, assim, bastante caro aos governos, ao mercado e à coletividade usuária dos serviços públicos prestados. E, como tal, enfrenta múltiplos desafios, ostenta variadas vicissitudes e demanda constantes debates para aprimoramento do arcabouço legal e para a sustentabilidade dos projetos.

Por sua complexidade, as parcerias público-privadas e a infraestrutura pública brasileira podem ser enxergadas e debatidas sob diversos vieses: econômicos, sociais, técnicos, jurídicos, ou mesmo uma combinação entre tantas análises possíveis.

Neste documento, partir-se-á da premissa de que as parcerias público-privadas surgem também como modo de lidar com as limitações fiscais do Estado – que o impedem, muitas vezes,

de realizar diretamente investimentos necessários – e que representam, contudo, impactos no orçamento e na contabilidade aplicada ao setor público.

Emerge, assim, a problemática dos passivos contingentes decorrentes das parcerias público-privadas, abrangendo os fatores responsáveis por sua geração, os reflexos da existência de tais passivos na contabilidade e no orçamento estatal, além de sua repercussão para o planejamento e a gestão das PPPs.

Em paralelo, cumpre também aprofundar de que forma o arcabouço normativo e o entendimento jurisprudencial aplicável aos passivos contingentes em parcerias público-privadas divergem daqueles conferidos às contratações públicas tradicionais, para que se possa compreender a infraestrutura nacional como um bloco único, ainda que sujeito a regramentos distintos.

É importante compreender que, ainda que louvável a cada vez maior disseminação das PPPs em âmbito subnacional para o desenvolvimento da infraestrutura no país, este cenário gera compromissos vultosos e de longo prazo para os entes da federação. A percepção desta dimensão leva à conclusão de ser necessário tomar uma série de cuidados para que as PPPs não acarretem risco demasiado à saúde financeira dos entes da federação. Precisamente por tal razão, mostra-se de extrema relevância o monitoramento destes riscos – de certo modo, sistêmicos – para assegurar que as parcerias atinjam os fins desejados pela Administração, sem prejuízo das demais políticas públicas no médio e longo prazo.

Trata-se de tema ainda pouco explorado na literatura e mesmo na legislação, o que, de um lado, acentua o desafio, mas, de outro, põe luz à necessidade de se ampliar o debate quanto ao impacto dos passivos contingentes nas contratações públicas, criando mecanismos para aferi-los, acompanhá-los e analisá-los durante todo o ciclo de vida de um projeto de infraestrutura.

Para analisar essas problemáticas e mais bem compreender o impacto dos passivos contingentes nos projetos de PPP – e, portanto, na infraestrutura pública brasileira –, a pesquisa abordará alguns aspectos centrais, quais sejam, (i) os passivos contingentes nos projetos de PPP e a sua comparação com contratos públicos tradicionais; (ii) o arcabouço jurídico referente aos passivos contingentes e seu impacto nas parcerias público-privadas; (iii) os riscos fiscais e orçamentários relativos aos passivos contingentes; além de (iv) implicações práticas destes passivos, sobretudo com foco no estudo de caso da Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias – ABGF.

CAPÍTULO II - PASSIVOS CONTINGENTES EM PROJETOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E SUA RELAÇÃO COM AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS TRADICIONAIS

2.1. Contexto legislativo

2.1.1. Arcabouço legal das contratações públicas e seu impacto nos passivos contingentes

Como se viu, o debate sobre a infraestrutura no Brasil pode partir de múltiplos vieses, de sorte que uma análise extensiva da Lei nº 11.079/2004 e demais diplomas que regem as contratações públicas no Brasil tornaria a discussão ampla e superficial. Aqui, será analisada a disciplina legal atinente aos passivos contingentes nas PPPs, a partir das previsões legais contidas na lei de regência capazes de impactar no planejamento e execução das parcerias sob o prisma destas contingências.

Em primeiro lugar, é importante notar que o art. 4º, inciso IV, da Lei nº 11.079/2004 estatui ser a *responsabilidade fiscal* diretriz da celebração e execução das PPPs. Vê-se, portanto, uma preocupação do legislador não apenas com a disponibilização de infraestrutura e serviço de qualidade – muito embora isto tenha sido endereçado pelo marco legal das parcerias –, mas também com a compatibilização dos empreendimentos às normas de responsabilidade fiscal que regem a Administração Pública, o que representa um norte bastante relevante para o planejamento destes projetos.

Como se verá adiante, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) consigna uma série de limites para o endividamento fiscal do Estado, e que devem ser objeto de detida análise quando da contratação de parcerias público-privadas, sobretudo ao se considerar que (i) o cenário de restrição fiscal foi um dos motivadores do regime de PPPs, de sorte que estas devem vir para contribuir, não agravar este cenário; e (ii) tais contratos podem ser celebrados por prazo de até 35 anos, demandando especial atenção dos gestores públicos para que decisões equivocadas tomadas hoje não repercutam na solvabilidade e sustentabilidade financeira de diversos governos futuros.

O art. 8º da Lei nº 11.079/2004, mais adiante, prescreve que as obrigações pecuniárias do Estado serão objeto de garantia, a qual poderá assumir formas diversas, precisamente para

assegurar a atratividade dos projetos ao investimento privado, em um contexto de risco de inadimplemento e atraso no pagamento devido pelo parceiro público.

Ainda que se trate de previsão inovadora, e que tem o condão de comprometer os orçamentos e a contabilidade aplicada ao setor público, a previsão de garantias pode ser tida por essencial para a própria existência das parcerias público-privadas, na medida em que há um descompasso entre o momento do investimento e o do início das contraprestações estatais, além do grande volume de recursos necessário a concretizar uma PPP, o que podem não sobreviver diante do risco de atraso ou inadimplemento.

A temática das garantias em parceria público-privada escapa ao escopo central deste Relatório. Por ora, é importante compreender que a Lei de PPP cria obrigações para a Administração Pública que, de um lado, viabilizam as contratações, mas, de outro, ensejam passivos contingentes que devem ser planejados, geridos e acompanhados.

Ainda quanto às disposições da Lei nº 11.079/2004 que repercutem no tratamento dos passivos contingentes gerados por estes projetos, cabe registrar o disposto no art. 10 da lei. A instauração do processo licitatório destinado à celebração da PPP deve, necessariamente, ser precedido de autorização da autoridade competente. Tal autorização deve ser fundamentada em estudo técnico que demonstre, entre outros aspectos, que as ***despesas decorrentes da parceria não afetarão as metas de resultados fiscais definidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal***, sendo certo que os efeitos financeiros dos contratos deverão ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

Além disso, o mesmo art. 10 determina que a concorrência deverá ser precedida de elaboração da estimativa do impacto orçamentário-financeiro da PPP durante todo o seu prazo de vigência, da declaração do ordenador de despesas do ente de que as obrigações contraídas pela Administração Pública com o contrato são compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e foram previstas na Lei Orçamentária Anual, da estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento das obrigações contraídas pela Administração, bem como da previsão do projeto no plano plurianual em vigor.

Tais estudos, segundo estatui a lei, devem ser atualizados quando o contrato de PPP for assinado em exercício financeiro diverso daquele em que publicado o Edital – e realizadas as análises exigidas, portanto.

Os dispositivos destacados evidenciam a preocupação com o impacto orçamentário das parcerias para o Poder Concedente, bem como com a saúde fiscal de tais entes. Os reflexos práticos destas normas serão abordados adiante, sendo relevante compreender, neste momento, a atenção a ser dada aos passivos e reflexos fiscais e orçamentários das PPPs. Para endereçar esses desafios, é necessário assegurar a sustentabilidade financeira e observar os cuidados necessários, tanto no

momento de planejamento e assinatura de uma PPP, quanto – e em especial – no curso de sua execução.

Em seu Capítulo VI, aplicável à União, a Lei nº 11.079/2004 também contempla algumas restrições aos projetos que reverberam no estudo dos passivos contingentes. Nesse sentido, o art. 22 da lei prescreve que a contratação de parcerias público-privadas pela União apenas é admissível ***quando a soma das despesas de caráter continuado decorrentes de todo o conjunto das parcerias já contratadas não tenha excedido, no ano anterior, 1% da receita corrente líquida do exercício***, além de as ***despesas anuais dos contratos vigentes, para os próximos dez anos, não excederem a 1% da receita corrente líquida projetada para os exercícios vindouros***.

Para os entes subnacionais, dispõe o art. 28 da Lei de PPP que a União não poderá lhes conceder garantia ou realizar transferência voluntária se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas tenha excedido, no ano anterior, a 5% da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes para os dez anos subsequentes excederem o mesmo percentual da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

De forma a assegurar o cumprimento do dispositivo, prescreve a lei que os entes que contratarem parcerias público-privadas deverão encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, antes da contratação, as informações necessárias para se aferir a compatibilidade com a norma restritiva.

Ainda quanto ao previsto neste dispositivo, acerca do comprometimento da receita corrente líquida dos Estados, Municípios e Distrito Federal, deve-se notar que a exigência se aplica para a soma das despesas das parcerias firmadas pela Administração Direta, Indireta e demais entidades controladas pelo ente, salvo quanto às empresas estatais não dependentes.

Vê-se, portanto, marcante preocupação da Lei nº 11.079/2004 com a saúde financeira dos entes que contratam parcerias público-privadas, atenta às balizas conferidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal de sorte a evitar que um projeto contratado hoje reverbere negativamente no orçamento estatal por anos a fio, comprometendo a capacidade do Poder Público de prestar seus serviços essenciais. Este entrelace entre as parcerias público-privadas e as normas orçamentárias brasileiras, enxergadas como um subsistema normativo de responsabilidade fiscal, será objeto de análise neste Relatório.

Ao contrário da Lei nº 11.079/2004, que dedicou relevante atenção aos impactos das parcerias público-privadas nos orçamentos públicos e na sustentabilidade financeira dos entes federativos, a Lei nº 8.987/1995 não abordou da mesma forma as concessões comuns. Alguns fatores podem ser apontados para tanto: (i) o momento temporal em que editada a lei, quase dez anos antes da lei de PPPs e seis anos antes da Lei de Responsabilidade Fiscal, quando talvez ainda

não estivesse tão amadurecida a preocupação com o impacto destas parcerias – aqui entendidas em sentido amplo – no planejamento e execução dos orçamentos públicos; (ii) o fato de que as concessões são remuneradas por tarifa paga pelos usuários, sem um comprometimento direto das finanças públicas.

O não endereçamento do assunto na legislação de regência das concessões não significa, contudo, a irrelevância do tema para os contratos desta natureza. Com efeito, a despeito de a lógica remuneratória das concessões tradicionais se centrar no pagamento de tarifas pelo usuário, vislumbra-se a possibilidade de reflexos no orçamento e contabilidade públicos, o que pode ocorrer, por exemplo, em caso de indenizações por terminações antecipadas de contrato ou reparações em razão de eventual desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou mesmo quando da materialização de cenário extraordinário que venham a demandar um pagamento orçamentário extraordinário. Tanto é assim que alguns entes federativos têm promovido a devida contabilização das concessões comuns em seus balanços, como será oportunamente detalhado.

No que se refere aos contratos públicos tradicionais, a disciplina legal é estatuída, atualmente, pela Lei nº 8.666/1993, que em breve será substituída pelo diploma decorrente do Projeto de Lei nº 4.253/2020, o qual aguarda sanção pelo Presidente da República. Diferentemente das parcerias público-privadas, que, como visto, são marcadas por um desencaixe financeiro entre investimento e remuneração, as contratações tradicionais são remuneradas pela Administração Pública ao tempo da execução da obra ou da prestação do serviço.

Há, sob o ponto de vista do Poder Público, ao menos em tese, um risco reduzido nestas contratações (empregadas públicas), uma vez que o horizonte de comprometimento orçamentário do Estado é menor, em razão do mais curto prazo de duração dos contratos administrativos e das regras que impõem a concomitância entre investimentos e desembolsos.

Ainda que de forma reflexa e, quiçá, um pouco incipiente, a Lei nº 8.666/1993 demonstra certa preocupação com a temática dos passivos contingentes ao prever, em seu art. 7º, parágrafo segundo, que a licitação pública deverá ser precedida da disponibilização de recursos orçamentários suficientes ao pagamento das obrigações contraídas pelo Poder Público naquele exercício financeiro, conforme o cronograma contratual (inciso III). O inciso IV do mesmo dispositivo estatui também ser condição para a instauração do processo licitatório, quando for o caso, a previsão do produto da licitação nas metas estabelecidas no Plano Plurianual.

Dos dispositivos se percebe ter havido a busca, por parte do legislador ordinário, pelas contratações públicas fiscalmente responsáveis, isto é, a assunção de compromissos financeiros pelo Poder Público apenas quando devidamente lastreados em previsões orçamentárias suficientes para cobrir os valores devidos. ***Disso decorre que, ao menos em tese, deve haver sempre recursos suficientes para arcar com as obrigações assumidas pela Administração Pública em suas contratações.***

Por outro lado, nota-se também não haver, na referida lei, preocupação expressa com as contingências, com a previsão de mecanismos para lidar com os imprevistos a que se sujeitam quaisquer avenças que se prolonguem no tempo. Naturalmente, trata-se de preocupação muito mais afeta às parcerias público-privadas, na medida em que são ajustes celebrados por longo prazo e em que a Administração assume muito mais riscos que nas contratações tradicionais (em que se encarrega, teoricamente, apenas das contingências decorrentes de álea econômica extraordinária e extracontratual) – o que não importa dizer tratar de tema absolutamente alheio às contratações públicas comuns.

A Nova Lei de Licitações, em vias de aprovação, endereça o assunto de maneira um pouco mais aprofundada para as contratações públicas comuns, refletindo o amadurecimento do legislador quanto aos reflexos fiscais e orçamentários dos contratos administrativos e os mecanismos para lidar com este cenário. Na forma do Projeto de Lei nº 4.253/2020, assim, há uma maior atenção aos impactos orçamentários das contratações públicas, prevendo o art. 11, parágrafo único, que a alta administração do órgão da Administração Pública deve zelar pelo planejamento das contratações, assegurando que estas serão alinhadas ao planejamento estratégico estatal e às leis orçamentárias que regem a atuação do ente.

Há, como se percebe, uma preocupação de caráter principiológico que determina aos gestores públicos a obrigatória vinculação das políticas públicas materializadas nas contratações administrativas ao lastro orçamentário que as fundamenta. O art. 18 do Projeto de Lei aprovado reforça o entendimento, dispondo que a fase preparatória da licitação deve se compatibilizar com as leis orçamentárias vigentes.

Mais adiante, tratando das compras públicas, o art. 40, V, alínea “c”, da nova lei estatui ser princípio das contratações a responsabilidade fiscal, *“mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento”*. De forma similar, o art. 71, IV, prescreve que, também para os casos de contratação direta, o processo administrativo deve conter documento que demonstre a compatibilidade do compromisso a ser assumido com a previsão de recursos orçamentários para o ente contratante.

No mesmo sentido, e também buscando conferir uniformidade ao sistema, prescreve o art. 104 do Projeto de Lei aprovado que a duração dos contratos administrativos será indicada no edital de licitação – diferentemente da Lei nº 8.666/1993, cuja regra geral é a duração de um ano –, devendo ser observadas, tanto no momento da contratação quanto a cada novo exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários para fazer frente aos compromissos pactuados e a previsão do contrato no plano plurianual em caso de vigência superior a um exercício financeiro. ***Assim, de modo análogo, prevê o diploma aprovado que, em caso de contratos para serviços e fornecimentos contínuos, cuja duração poderá se estender até cinco anos, deverá a Administração Pública atestar a cada exercício a existência de créditos***

orçamentários suficientes e vinculados à contratação, sendo devida a sua extinção em caso de insuficiência orçamentária (art. 105).

Há, como se percebe, uma recorrente preocupação no diploma normativo com a adequação entre a previsão orçamentária – que norteia e limita a atividade administrativa – e o planejamento e execução das contratações públicas.

Os dispositivos indicados possuem caráter mais genérico, não apontando precisamente de que forma deve ser avaliada a compatibilidade dos orçamentos com as contratações públicas, o tratamento a ser dado aos passivos contingentes ou mesmo eventuais sanções em caso de descumprimento, pelo gestor, das normas previstas, mas que já remam para uma maior atenção ao tema do equilíbrio orçamentário do Estado.

Interessante notar que este constitui, justamente, um dos pontos que deve ser mais bem tratado para orientar a prática de planejamento dos haveres estatais. Isto é, quais os limites e quais os parâmetros que devem ser levados em consideração pelo Executivo (e também pelo Legislativo) para preparar a execução orçamentária no curso do prazo pelo qual a obrigação pública se estende?

2.1.2. Arcabouço legal do orçamento público e seu impacto nos passivos contingentes

Após a apresentação das principais normas acerca das contratações públicas no Brasil que impactam no tema em análise, a formação do arcabouço jurídico básico para a discussão da matéria dos passivos contingentes passa pela compreensão da legislação concernente ao orçamento público.

Com efeito, deve-se entender de que forma o ordenamento jurídico brasileiro trata do orçamento público para, enfim, avaliar o impacto dos passivos contingentes sobre a política orçamentária dos entes federativos brasileiros. Assim, de forma semelhante ao exposto em item anterior, passa-se adiante a apresentar as principais normas acerca do assunto, para que, mais além, se consiga estabelecer um paralelo entre as contratações públicas e os passivos contingentes.

A Constituição Federal de 1988 trata do orçamento público em seu Título VI, Capítulo II, estatuinto, primeiramente, que lei complementar disporá sobre finanças públicas, dívida pública, entre outros aspectos (art. 163). É a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), cujas previsões serão apresentadas a seguir. Por ora, é importante compreender que, na forma da Constituição, cada ente federativo – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – deverá editar, por iniciativa de seu Poder Executivo, leis estabelecendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais (art. 165).

Nesse sentido, o plano plurianual (PPA) deverá estabelecer, para um horizonte de quatro anos, as diretrizes, objetivos e metas da Administração para as despesas e para os programas de duração continuada. A lei de diretrizes orçamentárias (LDO), por sua vez, deverá conter as metas e prioridades da Administração para o exercício financeiro seguinte, orientando a elaboração do orçamento anual, dispondo sobre eventuais alterações na legislação tributária e, ainda, traçando a política de atuação para eventuais agências estatais de fomento. Por fim, a lei orçamentária anual (LOA) deve detalhar o orçamento fiscal, de investimento e da seguridade social para cada ente federativo, indicando, de maneira aprofundada, receitas e despesas do ente, a partir das metas estabelecidas pelo PPA e LDO.

Como se viu, na forma da Constituição, as leis orçamentárias são de iniciativa do Poder Executivo. Para a Administração Pública federal, as normas deverão ser apreciadas pelas duas casas do Congresso Nacional – Senado e Câmara dos Deputados –, denotando a complexidade do rito e, por conseguinte, a importância devotada às normas de orçamento público no país. Em caso de emendas do Poder Legislativo aos projetos de lei orçamentária enviados pelo Executivo, propondo o acréscimo, supressão ou modificação de rubricas, a sua aprovação estará condicionada, naturalmente, à compatibilidade com o PPA e a LDO, uma vez que vinculam o orçamento como um todo, e não apenas o projeto emanado pelo Executivo. Demais disso, as emendas devem indicar os recursos necessários para a sua concretização – provenientes, necessariamente, da anulação de despesas, salvo aquelas relativas a pessoal, serviço da dívida e transferências tributárias constitucionais – e estarem relacionadas a objetivos e dispositivos já previstos no projeto de lei.

A inclusão na lei orçamentária anual é requisito essencial, na forma do art. 167, I, da Constituição Federal, para que programas ou projetos sejam iniciados, de modo a reforçar a unidade do sistema orçamentário e a obrigatoriedade, trazendo-se para o universo das contratações públicas, que as despesas relativas a contratos de parceria público-privada ou mesmo contratos administrativos tradicionais encontrem o devido respaldo nas normas orçamentárias do ente federativo. Além de conferir equilíbrio ao sistema, a medida permite a fiscalização do orçamento pelos órgãos de controle e evita o colapso fiscal ou financeiro do Estado.

Inclusive, buscando conferir maior transparência ao processo de controle orçamentário no país, recente emenda constitucional (EC nº 108/2020) inseriu o art. 163-A na Constituição, dispondo que os entes federativos deverão disponibilizar informações e dados contábeis, orçamentários e fiscais em sistema estabelecido pelo órgão central de contabilidade da União, para assegurar a rastreabilidade, comparabilidade e publicidade dos dados coletados e divulgados em meio eletrônico de acesso público.

Vê-se, assim, preocupação com o acompanhamento das ações governamentais em face dos limites e comprometimentos fixados quando da edição do orçamento estatal. Certamente, a instituição de sistema eletrônico para monitoramento e controle destas informações contribuirá

para, ao longo dos próximos anos, fortalecer o controle das contratações públicas e, sobretudo, aproximar as normas orçamentárias da realidade de cada ente federativo, a partir de uma sistematização do comportamento no planejamento e execução orçamentária ao longo dos anos.

Atenta aos comandos constitucionais, foi editada a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), com o objetivo de estatuir normas destinadas a assegurar uma gestão pública responsável, sob o ponto de vista fiscal e orçamentário, criando limites e balizas para gastos, investimentos e compromissos estatais. Nesse desiderato, pode-se sintetizar o propósito da lei a partir da previsão de seu art. 1º, parágrafo primeiro, que assim prescreve:

A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Como se percebe, a LRF tem por objetivo pavimentar as bases para que a gestão pública brasileira seja conduzida de maneira fiscalmente responsável. Os contratos administrativos, assim, na medida em que geram impactos nas contas estatais e demandam a segmentação de recursos públicos, devem sempre se reportar às previsões da Lei de Responsabilidade Fiscal, de onde retiram parcela de seu fundamento de validade.

De acordo com o art. 4º, parágrafos primeiro e terceiro, da LRF, a LDO deverá conter (i) Anexo de Metas Fiscais, no qual o ente federativo estabelecerá metas para receitas e despesas, além de resultados nominal e primário e montante da dívida pública para os três exercícios financeiros seguintes; e (ii) Anexo de Riscos Fiscais, contendo a avaliação de passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, inclusive com as medidas a adotar em caso de sua concretização. Há de forma explícita, como se percebe, preocupação do legislador em assegurar que o gestor público avalie as contingências passíveis de impacto na execução do orçamento, tarefa que deve ser constantemente realizada e monitorada, de forma a tentar prever os passivos que se enquadrem nesta categoria e acompanhar a sua eventual concretização no ciclo do exercício financeiro.

De forma complementar ao que determina a LRF para a LDO, a lei orçamentária anual, além de guardar compatibilidade com a lei de diretrizes orçamentárias, deverá conter reserva de contingência destinada ao atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos (art. 5º, inciso III, alínea “b”, da Lei de Responsabilidade Fiscal). Desse modo, ao passo em que a LDO buscará mapear passivos contingentes, a LOA trará mecanismo para lidar com tais imprevistos, através da instituição de reserva específica para este fim. Deve haver, assim, um esforço conjugado do gestor público na elaboração das normas orçamentárias, no sentido de tentar antecipar eventuais contingências capazes de influir nas contas públicas, avaliar seu

potencial de concretização e o impacto por elas gerado e destacar parcela do orçamento para cobrir tais riscos em caso de materialização.

Ainda quanto às previsões da LRF, é importante destacar o que dispõe os artigos 54 e 55 da Lei, segundo os quais o Chefe do Poder Executivo – além de outras autoridades no âmbito dos demais poderes – deverá elaborar, quadrimestralmente, Relatório de Gestão Fiscal contendo, entre outros elementos, a avaliação das garantias concedidas em face dos limites estabelecidos por lei e por normas específicas do Senado Federal para tanto. A análise destes limites ultrapassa o escopo deste estudo, sendo importante a compreensão de que o endividamento do Estado – que ocorre também, entre outros aspectos, diante das contratações administrativas, sobretudo as de grande vulto que envolvem a prestação de garantias pelo Poder Público – é, ao menos em tese, objeto de constante escrutínio e acompanhamento pela Administração Pública.

Disso decorre que a contratação de parcerias público-privadas, pelo impacto orçamentário que gera, sobretudo ao se considerar o largo prazo de vigência dos contratos e a prestação de garantias, além das contraprestações públicas, não é medida inserta no âmbito da ampla discricionariedade administrativa, sendo imperiosa a análise de seus impactos no orçamento público para que a contratação seja considerada legítima.

Para que se possa compreender de maneira mais detalhada a aplicação destes dispositivos na prática, veja-se, exemplificativamente, que a Lei Estadual nº 17.262/2020, que institui o Plano Plurianual para o Estado de São Paulo no período de 2020 a 2023². Esta insere entre as diretrizes do PPA a ampliação das parcerias com o setor privado (art. 3º, II), além de listar objetivos estratégicos para a Administração Pública estadual. Mais adiante, o art. 11 do PPA prescreve que, a cada orçamento anual, os programas do PPA serão detalhados em ações orçamentárias específicas, de acordo com seus grupos de despesa e fontes de recursos, devendo ser evidenciada a correspondência entre o PPA e as ações traçadas pela LOA.

O PPA 2020-2023 do Estado de São Paulo apresenta, em anexo específico, seus objetivos estratégicos, entre os quais se insere o Objetivo nº 4 – Desenvolvimento Econômico promovendo o investimento, a inovação, o turismo e a economia criativa. Nesse sentido, lista, entre os “aspectos condicionantes” do objetivo a ampliação da utilização de concessões e parcerias público-privadas. De forma semelhante, por meio do Objetivo Estratégico nº 6 – Qualidade de Vida Urbana, com Moradia Adequada e Mobilidade, o PPA cria programa para a ampliação do transporte metropolitano por meio de concessões e PPPs. Para tanto, lista programação de recursos orçamentários e não orçamentários para cada programa e cada secretaria estadual.

² Disponível em https://www.al.sp.gov.br/spl/2019/08/Propositura/1000281893_1000290401_Propositura.pdf.

Para ilustrar o que ora se alega, veja-se abaixo quadro extraído do PPA 2020-2023 do Estado de São Paulo, acerca de um dos programas relativos às concessões e PPPs:

Figura 1: Gestão de Concessões e Parcerias

Proposta Plano Plurianual 2020 - 2023		Governos do Estado de São Paulo		
Programa: 3711 - GESTÃO DE CONCESSÕES E PARCERIAS - REGIÕES METROPOLITANAS/SP - PITU PARCERIAS				
<i>Finalístico</i>				
Órgão: 37000 - SECRETARIA DOS TRANSPORTES METROPOLITANOS				
Valores em R\$ Mil				
Despesas	Total	Correntes	Capital	
Valor Global	19.504.301	1.605.729	17.898.572	
Recursos Orçamentários:	10.522.133	1.605.729	8.916.404	
Recursos Não Orçamentários:	8.982.168		8.982.168	
OBJETIVOS ESTRATÉGICOS ASSOCIADOS	4. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO PROMOVEDO O INVESTIMENTO, A INOVAÇÃO, O TURISMO E A ECONOMIA CRIATIVA. 6. QUALIDADE DE VIDA URBANA, COM MORADIA ADEQUADA E MOBILIDADE.			
DIAGNÓSTICO PROGRAMA:	EM FUNÇÃO DA NECESSIDADE DO MONITORAMENTO DA QUALIDADE E DOS CUSTOS DOS SERVIÇOS DOS SISTEMAS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS METROPOLITANOS CONCEDIDOS À INICIATIVA PRIVADA, A COMISSÃO DE MONITORAMENTO DAS CONCESSÕES E PERMISSÕES - CMCP ACOMPANHA E REGULA A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÕES E DAS PERMISSÕES OUTORGADAS À INICIATIVA PRIVADA, ALÉM DE DEFINIR CRITÉRIOS DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS CONCESSÕES DE LINHAS JÁ EXISTENTES E DE NOVAS A SEREM IMPLANTADAS POR MEIO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS - PPP E CONCESSÕES.			
OBJETIVO DO PROGRAMA	GERENCIAR AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS - PPP E CONCESSÕES, VISANDO O CUMPRIMENTO DAS DIRETRIZES MANDATÓRIAS DOS RESPECTIVOS CONTRATOS.			
PÚBLICO ALVO:	POPULAÇÃO RESIDENTE OU EM TRÂNSITO NAS REGIÕES METROPOLITANAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.			
ABRANGÊNCIA ESPACIAL:	Regiões			
INDICADORES DE RESULTADO DE PROGRAMA:	VALOR MAIS RECENTE	PERÍODO DE REFERÊNCIA	FONTE DA INFORMAÇÃO	META AO FINAL DO PPA
EVOLUÇÃO DA IMPLANTAÇÃO DAS LINHAS SOB REGIME DE CONCESSÃO E PPP (%)	não disponível		RELATÓRIO MENSAL DE ACOMPANHAMENTO DA OBRA	91,5
NÚMERO DE PASSAGEIROS TRANSPORTADOS NAS LINHAS CONCEDIDAS E SOB REGIME DAS PPP (unidade)	não disponível		SISTEMA DE MONITORAMENTO DE PASSAGEIROS TRANSPORTADOS POR LINHA	1.081.830.811

Para cada programa, o PPA estabelece produtos e metas específicas, como se vê do quadro abaixo, referente ao mesmo Programa 3711, a título exemplificativo:

Figura 2: Metas PPA (São Paulo)

PRODUTO: PASSAGEIROS TRANSPORTADOS COM QUALIDADE NA LINHA CONCEDIDA - LINHA 4 AMARELA				
Finalístico				
INDICADOR DE PRODUTO	VALOR MAIS RECENTE	PERÍODO DE REFERÊNCIA	FONTES DA INFORMAÇÃO	META AO FINAL DO PPA
ÍNDICE DA QUALIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO - LINHA 4 AMARELA (%)	99,8	2018	AUDITORIA DOS INDICADORES APRESENTADOS PELA CONCESSIONÁRIA	99,8
NÚMERO DE ESTAÇÕES DA LINHA 4-AMARELA CONCEDIDAS E FISCALIZADAS (unidade)	10	2018	SISTEMA DE MONITORAMENTO DA CMCP - SISMON	11
PRODUTO: IMPLANTAÇÃO DA LINHA 6-LARANJA				
Finalístico				
INDICADOR DE PRODUTO	VALOR MAIS RECENTE	PERÍODO DE REFERÊNCIA	FONTES DA INFORMAÇÃO	META AO FINAL DO PPA
PERCENTUAL DE AVANÇO FÍSICO DAS OBRAS NA LINHA 6-LARANJA (%)	não disponível		RELATÓRIO MENSAL DE ACOMPANHAMENTO DA OBRA	65
PRODUTO: TRANSPORTE DE PASSAGEIROS NO SIM BAIXADA SANTISTA				
Finalístico				
INDICADOR DE PRODUTO	VALOR MAIS RECENTE	PERÍODO DE REFERÊNCIA	FONTES DA INFORMAÇÃO	META AO FINAL DO PPA
ESTAÇÕES OPERACIONAIS - CONTRAPRESTAÇÃO (unidade)	15	2018	RELATÓRIO MENSAL DE ACOMPANHAMENTO	29
NÚMERO DE PASSAGEIROS COM TRANSPORTE SUBSIDIADO NO SIM BAIXADA SANTISTA (unidade)	650.000	2018	EMTU / DO / RELATÓRIO MENSAL DE OPERAÇÃO	7.255.145

Como se viu, a LDO e a LOA devem se integrar ao disposto no PPA. Desse modo, para se compreender o sistema orçamentário de forma prática, passa-se adiante a ilustrar o desdobramento do referido Programa 3711 na Lei de Diretrizes Orçamentárias e no orçamento anual do Estado de São Paulo. A LDO para o exercício de 2021 (Lei Estadual nº 17.286/2020) detalha os produtos abrangidos pelo Programa e as respectivas metas, indicadores e ações, como se vê do exemplo abaixo:

Figura 3: Contingências em Concessões e Parcerias (São Paulo)

Lei de Diretrizes Orçamentárias 2021

Governo do Estado de São Paulo

Programa: 3711 - GESTÃO DE CONCESSÕES E PARCERIAS - REGIÕES METROPOLITANAS/SP - PITU PARCERIAS

Finalístico

Órgão: 37000 - SECRETARIA DOS TRANSPORTES METROPOLITANOS

INDICADORES DE RESULTADO DE PROGRAMA

META 2021

EVOLUÇÃO DA IMPLANTAÇÃO DAS LINHAS SOB REGIME DE CONCESSÃO E PPP (%)

57,9

NÚMERO DE PASSAGEIROS TRANSPORTADOS NAS LINHAS CONCEDIDAS E SOB REGIME DAS PPP (unidade)

978.373.944

PRODUTO: PASSAGEIROS TRANSPORTADOS COM QUALIDADE NA LINHA CONCEDIDA - LINHA 4 AMARELA

Finalístico

INDICADOR DE PRODUTO

META 2021

ÍNDICE DA QUALIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO - LINHA 4 AMARELA (%)

99

NÚMERO DE ESTAÇÕES DA LINHA 4-AMARELA CONCEDIDAS E FISCALIZADAS (unidade)

10

AÇÃO

2544 - APOIO À PPP OPERAÇÃO DA LINHA 4 - AMARELA

orçamentária

PRODUTO: IMPLANTAÇÃO DA LINHA 6-LARANJA

Finalístico

INDICADOR DE PRODUTO

META 2021

PERCENTUAL DE AVANÇO FÍSICO DAS OBRAS NA LINHA 6-LARANJA (%)

24

AÇÃO

2475 - CONCESSÃO DA LINHA 6 - LARANJA DE BRASILÂNDIA A SÃO JOAQUIM

orçamentária

PRODUTO: TRANSPORTE DE PASSAGEIROS NO SIM BAIXADA SANTISTA

Finalístico

INDICADOR DE PRODUTO	META 2021
ESTAÇÕES OPERACIONAIS - CONTRAPRESTAÇÃO (unidade)	15
NÚMERO DE PASSAGEIROS COM TRANSPORTE SUBSIDIADO NO SIM BAIXADA SANTISTA (unidade)	6.866.476

AÇÃO

2484 - APOIO À PPP OPERAÇÃO DO VLT SIM BAIXADA SANTISTA	orçamentária
---	--------------

PRODUTO: PASSAGEIROS TRANSPORTADOS COM QUALIDADE NA LINHA CONCEDIDA - LINHA 5 LILÁS

Finalístico

INDICADOR DE PRODUTO	META 2021
ÍNDICE DE QUALIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO NA LINHA 5-LILÁS (%)	99
NÚMERO DE ESTAÇÕES DA LINHA 5-LILÁS CONCEDIDAS E FISCALIZADAS (unidade)	17

AÇÃO

2556 - CONCESSÃO DA LINHA 5-LILÁS	orçamentária
-----------------------------------	--------------

PRODUTO: PASSAGEIROS TRANSPORTADOS COM QUALIDADE NA LINHA CONCEDIDA - LINHA 17 OURO

Finalístico

INDICADOR DE PRODUTO	META 2021
ÍNDICE DE QUALIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO NA LINHA 17-OURO (%)	
NÚMERO DE ESTAÇÕES DA LINHA 17-OURO CONCEDIDAS E FINALIZADAS (unidade)	

AÇÃO

2557 - CONCESSÃO DA LINHA 17-OURO	orçamentária
-----------------------------------	--------------

PRODUTO: PASSAGEIROS TRANSPORTADOS COM QUALIDADE NA LINHA CONCEDIDA - LINHA 15 PRATA

Finalístico

INDICADOR DE PRODUTO	META 2021
ÍNDICE DE QUALIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO NA LINHA 15-PRATA (%)	95
NÚMERO DE ESTAÇÕES DA LINHA 15-PRATA CONCEDIDAS E FINALIZADAS (unidade)	10

AÇÃO

2578 - CONCESSÃO DA LINHA 15 - PRATA	orçamentária
--------------------------------------	--------------

242

1034

Programa: 3711 - GESTÃO DE CONCESSÕES E PARCERIAS - REGIÕES METROPOLITANAS/SP - PITU PARCERIAS

Finalístico

PRODUTO: PASSAGEIROS TRANSPORTADOS COM QUALIDADE NAS LINHAS CONCEDIDAS - LINHAS 8 E 9

Finalístico

INDICADOR DE PRODUTO	META 2021
ÍNDICE DE QUALIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO NAS LINHAS 8 E 9 (%)	83
NÚMERO DE ESTAÇÕES DAS LINHAS 8 E 9 CONCEDIDAS E FISCALIZADAS (unidade)	40

AÇÃO

2620 - APOIO À CONCESSÃO DAS LINHAS 8 E 9	orçamentária
---	--------------

PRODUTO: TREM INTERCIDADES - TIC (SÃO PAULO - CAMPINAS) IMPLANTADO	
Finalístico	
INDICADOR DE PRODUTO	META 2021
NÚMERO DE ESTAÇÕES IMPLANTADAS E LIBERADAS (unidade)	
PERCENTUAL DE AVANÇO FÍSICO DA OBRA DA IMPLANTAÇÃO DO TIC (%)	10
AÇÃO	
2621 - PPP PARA IMPLANTAÇÃO DO TREM INTER CIDADES - TIC	orçamentária
PRODUTO: MODERNIZAÇÃO DE PARQUE TURÍSTICO	
Finalístico	
INDICADOR DE PRODUTO	META 2021
ÍNDICE DE SATISFAÇÃO DO CLIENTE (%)	70
PERCENTUAL DE AVANÇO FÍSICO DAS OBRAS NO PARQUE CAPIVARI (%)	70
AÇÃO	
2619 - CONCESSÃO DO PARQUE CAPIVARI	orçamentária
PRODUTO: ESTAÇÕES DA LINHA 7 - RUBI MODERNIZADAS	
Finalístico	
INDICADOR DE PRODUTO	META 2021
ÍNDICE DE QUALIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO DA LINHA 7 (%)	73
QUANTIDADE DE ESTAÇÕES MODERNIZADAS (unidade)	2
AÇÃO	
2615 - APOIO À CONCESSÃO DA LINHA 7	orçamentária

Como se percebe, a LDO apresenta um grau de detalhamento maior, se comparada ao PPA, estabelecendo ações específicas para cada produto e, ainda, indicadores para se aferir o atingimento das metas propostas pela Administração. Desse modo, o planejamento da gestão pública adquire contornos mais concretos, permitindo a sua efetivação e acompanhamento.

Por sua vez, a Lei Orçamentária Anual (ainda em vias de aprovação pelo Legislativo paulista, por meio do Projeto de Lei nº 627/2020), por sua própria natureza, é ainda mais detalhada quanto ao Projeto 3711, aqui tomado de exemplo. A LOA, assim, estabelece rubricas orçamentárias específicas para cada ação, indicando também as metas a serem acompanhadas durante a execução do orçamento. A título ilustrativo, veja-se abaixo parte do detalhamento trazido para o Projeto 3711 na LOA 2021 do Estado de São Paulo:

Figura 4:Detalhamento LOA (São Paulo)

Valores em R\$ 1,00

PROGRAMA: 3711 - GESTÃO DE CONCESSÕES E PARCERIAS - REGIÕES METROPOLITANAS/SP - PITU PARCERIAS				
OBJETIVO	PÚBLICO ALVO			TOTAL
GERENCIAR AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS - PPP E CONCESSÕES, VISANDO O CUMPRIMENTO DAS DIRETRIZES MANDATÓRIAS DOS RESPECTIVOS CONTRATOS.	POPULAÇÃO RESIDENTE OU EM TRÂNSITO NAS REGIÕES METROPOLITANAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.			753.415.289
AÇÃO	INDICADOR DE PRODUTO (UNIDADE DE MEDIDA)	META	ÓRGÃO	VALOR
2475 - CONCESSÃO DA LINHA 6 - LARANJA DE BRASILÂNDIA A SÃO JOAQUIM	PERCENTUAL DE AVANÇO FÍSICO DAS OBRAS NA LINHA 6- LARANJA (%)	5	37000 - TRANSPORTES METROPOLITANOS	505.042.200
2484 - APOIO À PPP OPERAÇÃO DO VLT SIM BAIXADA SANTISTA	NÚMERO DE PASSAGEIROS COM TRANSPORTE SUBSIDIADO NO SIM BAIXADA SANTISTA (UNIDADE)	6.866.476	37000 - TRANSPORTES METROPOLITANOS	65.000.000
2544 - APOIO À PPP OPERAÇÃO DA LINHA 4 - AMARELA	NÚMERO DE ESTAÇÕES DA LINHA 4-AMARELA CONCEDIDAS E FISCALIZADAS (UNIDADE)	10	37000 - TRANSPORTES METROPOLITANOS	181.000.000
2556 - CONCESSÃO DA LINHA 5-LILÁS	NÚMERO DE ESTAÇÕES DA LINHA 5-LILÁS CONCEDIDAS E FISCALIZADAS (UNIDADE)	17	37000 - TRANSPORTES METROPOLITANOS	2.304.369
2578 - CONCESSÃO DA LINHA 15 - PRATA	NÚMERO DE ESTAÇÕES DA LINHA 15-PRATA CONCEDIDAS E FINALIZADAS (UNIDADE)	20	37000 - TRANSPORTES METROPOLITANOS	20
2619 - CONCESSÃO DO PARQUE CAPIVARI	PERCENTUAL DE AVANÇO FÍSICO DAS OBRAS NO PARQUE CAPIVARI (%)	30	37000 - TRANSPORTES METROPOLITANOS	66.700

Resta evidenciado, portanto, que o sistema de leis orçamentárias deve sempre ser analisado em conjunto, a fim de se aferir a adequação das metas e ações definidas em nível “micro” aos propósitos “macro” da Administração Pública. Esta congruência e compatibilidade orçamentária é essencial para que a atividade administrativa possa ser fiscalizada e, sobretudo, não acarrete riscos de inexecução ou de endividamento fiscal do Estado além da medida do possível e razoável em face da previsão de arrecadação de receitas.

É evidente que pode haver frustração de receitas, uma vez que o orçamento contempla apenas uma estimativa que pode não se concretizar ao longo do exercício, ou despesas imprevistas, mas a própria legislação contempla mecanismos para lidar com estas situações, a exemplo da reserva de contingência referida pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nesse passo, e ainda para apresentar o exemplo do Estado de São Paulo, o art. 24 da LDO 2021 estabelece que a lei orçamentária anual conterá “Reserva de Contingência, constituída, exclusivamente, de recursos do orçamento fiscal, em montante equivalente a, no mínimo, 0,03% (três centésimos por cento) da receita corrente líquida constante do referido Projeto”.

O Anexo II da LDO, ademais, seguindo previsão do art. 4º, parágrafo terceiro, da LRF, consiste em Anexo de Riscos Fiscais, apresentando passivos contingentes – que a legislação paulista identifica com ações judiciais em curso – e outros riscos mapeados pela gestão pública, a exemplo daqueles decorrentes de fatores macroeconômicos.

Sobre a reserva de contingência, veja-se o que anota Luiz Felipe Valerim Pinheiro:

Conforme a própria denominação leva a entender, este instrumento orçamentário constitui uma *reserva* de recursos financeiros para uma despesa potencial durante a execução orçamentária, isto é, consiste em um montante certo, predeterminado e disponível no orçamento – salvo frustração da arrecadação de receitas –, o que não ocorre com as demais fontes de créditos adicionais previstas no art. 43, §1º, da Lei Federal n. 4.320/64. [grifos no original]³

Para uma melhor compreensão do que se apresenta, veja-se abaixo, a título exemplificativo, trecho do Anexo de Riscos Fiscais da LDO 2021 do Estado de São Paulo:

Os riscos fiscais não se restringem somente aos passivos contingentes decorrentes de ações judiciais em curso. Englobam, também, riscos macroeconômicos que podem afetar a realização da receita ou importar em incremento da despesa, bem como provocar variações nos determinantes da dívida pública.

Os passivos decorrentes de ações judiciais englobam todas as demandas ajuizadas contra o Estado – Administração Direta e Indireta – em que ainda não há decisão definitiva sobre o litígio, seja quanto ao seu mérito ou ao valor efetivamente devido. Portanto, ainda não se constituíram em precatórios e seus efeitos não configuram obrigações definitivas passíveis de serem incorporadas quando da elaboração do orçamento de 2021. Esses passivos contingentes poderão impactar tanto a despesa orçada, como também, reduzir a receita orçamentária, como nos casos em que se questiona a cobrança de tributos, cujas repercussões podem assumir caráter geral extrapolando demandas específicas.

No documento, a Administração Estadual destaca seção específica para os riscos fiscais decorrentes de parcerias público-privadas, listando os contratos de PPP e concessão vigentes e apresentando fatores que, no entender do gestor público, podem se enquadrar como riscos de natureza fiscal, passíveis de impactar a execução do orçamento previsto. A título exemplificativo, veja-se como a LDO 2021 do Estado de São Paulo tratou os riscos de PPPs em seu Anexo II – Riscos Fiscais:

Trilhos

³ PINHEIRO, Luiz Felipe Valerim. **Políticas Públicas nas Leis Orçamentárias**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 191.

Para os contratos de Concessão Patrocinada, cujos projetos de PPP estão qualificados no setor de trilhos, foram adotados mecanismos de compartilhamento de risco de demanda, por meio do estabelecimento de bandas de compensação, como forma de mitigação de possíveis impactos fiscais, bem como dos riscos inerentes à disparidade entre o reajuste da Tarifa Pública e o previsto nos contratos e à elevação do nível de gratuidade

Contrato: PPP Linha 4 Amarela do Metrô:

O contrato de Concessão Patrocinada da Linha 4 - Amarela foi firmado em 29/11/2006 entre o Estado de São Paulo, por meio da Secretaria de Transportes Metropolitanos (STM), e a concessionária Via Quatro S/A, prevendo o fornecimento de 29 trens em duas fases e a operação e manutenção por 32 anos da Linha, que interliga a Estação da Luz em São Paulo ao município de Taboão da Serra.

Os serviços já são prestados pelo parceiro privado, todavia, no estágio atual de execução do contrato, algumas hipóteses, previstas contratualmente, poderão representar impactos na matriz econômico-financeira do projeto, com eventuais desembolsos extraordinários do GESP, destacando (i) as obras de disponibilização da infraestrutura da Fase II a cargo do Poder Concedente; (ii) o risco de alteração de tributos; e (iii) o risco cambial.

Na execução da Fase I, constatou-se atraso na entrega das obras de infraestrutura, em função, dentre outros fatores, do acidente na construção da Estação Pinheiros, ocorrido no ano de 2007. Neste caso, o reequilíbrio foi reputado como devido, por meio do Protocolado CMCP nº 007/2010. Sobre esta questão, foi instaurado procedimento de arbitragem para a definição da metodologia de atualização do valor da dívida já reconhecida como desequilíbrio.

Outro evento que oferece riscos fiscais ao erário compreende o atraso para a conclusão e entrega, pelo Poder Concedente, das estações que compõem a Fase II. As estações Fradique Coutinho, Higienópolis- Mackenzie, Oscar Freire (lado Jardins) e São Paulo/Morumbi foram inauguradas em novembro/2014, janeiro/2018, abril/2018 e outubro/2018, respectivamente, restando pendentes o Terminal e estação Vila Sônia e o Pátio.

Como se percebe, a Administração Pública estadual paulista, nos exemplos trazidos, aborda os riscos decorrentes de PPPs sob viés qualitativo, sem apresentar metodologia para o cálculo do impacto destes em caso de eventual materialização, mesmo quando se trata de pedido de reequilíbrio contratual formulado pela concessionária de serviço público, em que já deveria haver, ao menos em tese, um valor-base para o risco. Em outros termos, o que apresenta a LDO é apenas uma indicação de fatores de risco capazes de afetar a programação financeira do contrato de PPP.

Em seção à parte no Anexo de Riscos Fiscais, a LDO 2021 do Estado de São Paulo traz análise sobre os passivos contingentes, tal qual preconizado pela Lei de Responsabilidade Fiscal. No entanto, a avaliação de tais passivos se resume a ações judiciais em tramitação em desfavor da Administração Pública estadual, além de discussões sobre índices de atualização de precatórios. Assim, o Anexo da LDO elenca as ações judiciais com classificação de perda possível ou provável, sem realizar conexão entre os passivos contingentes e as parcerias público-privadas, dispostas em item específico da legislação.

Também para os passivos contingentes associados às ações judiciais em tramitação, o Estado de São Paulo, em regra, não realiza avaliação quantitativa, muito embora a legislação processual brasileira obrigue a indicação do valor em discussão em juízo nas petições iniciais. Naturalmente, por se tratar de uma contingência, é inerente à sua natureza esta indefinição – como será detalhado adiante – quanto ao potencial de concretização do evento ou mesmo de seu impacto. De qualquer sorte, nas ações judiciais, imaginar-se-ia haver algum grau de previsibilidade ao menos quanto ao montante discutido, em razão da imposição de indicação do valor da causa pela legislação processual.

Há, portanto, apenas a indicação do tema discutido no processo judicial referido e a classificação de risco do feito, além do número da ação em referência e da parte autora. Para que se ilustre a forma como tais passivos contingentes têm sido enxergados pela Administração Pública do Estado de São Paulo na edição de suas normas orçamentárias, veja-se abaixo trecho da LDO, evidenciando não haver avaliação quantitativa do impacto dos riscos decorrentes de passivos contingentes na execução do orçamento estadual para o exercício em questão:

Figura 5: Passivos Contingentes (São Paulo)

37. Processo nº 1022448-92.2017.8.26.0053

Parte autora: RODOVIAS INTEGRADAS DO OESTE S.A

Objeto: Reequilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão de rodovia 010/CR/2000

Risco: Possível

Órgão ou entidade: ARTESP - AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Estimativa de impacto: Não há

38. Processo nº 1026963-78.2014.8.26.0053

Parte autora: Concessionária do Rodoanel Oeste S/A - Rodoanel

Objeto: Desconstituição de deliberação da Artesp para o fim de manter a regularidade do Contrato de Concessão nº 005/CR/98, assegurando a aplicação do critério previsto no contrato (IPCA) para o reajuste anual

Risco: Possível

Órgão ou entidade: ARTESP - AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Estimativa de impacto: Não há

39. Processo nº 1036762-48.2014.8.26.0053

Parte autora: Concessionária de Rodovias Tebe S/A

Objeto: Validade da deliberação da ARTESP que autorizou a compensação dos valores obtidos com o valor do reajuste do pedágio de 2014,

Risco: Possível

Órgão ou entidade: ARTESP - AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Estimativa de impacto: Não há

A Lei Orçamentária Anual do Estado de São Paulo para o exercício de 2021, em atenção ao disposto na LRF, institui reserva de contingência no montante de R\$ 51 milhões, autorizando o Poder Executivo a abrir créditos adicionais até o limite deste valor. Para ilustrar, veja-se:

Figura 6: Abertura de Créditos Adicionais (São Paulo)

Valores em R\$ 1,00

PROGRAMA: 9999 - RESERVA DE CONTINGÊNCIA				
OBJETIVO	PÚBLICO ALVO			TOTAL
RESERVAR A DOTAÇÃO GLOBAL DESTINADA AO ATENDIMENTO DE PASSIVOS CONTINGENTES E OUTROS RISCOS E EVENTOS FISCAIS IMPREVISTOS, NA FORMA ESTABELECIDADA NA LEGISLAÇÃO VIGENTE.				51.000.000
AÇÃO	INDICADOR DE PRODUTO (UNIDADE DE MEDIDA)	META	ÓRGÃO	VALOR
4671 - RESERVA DE CONTINGÊNCIA			99000 - RECON	51.000.000

Conquanto os passivos contingentes consistam, obviamente, em eventos de concretização e impactos incertos, a legislação orçamentária cria mecanismos para lidar com seus reflexos em caso de materialização.

Nesse sentido, é importante registrar as previsões da Lei Federal nº 4.320/1964, que institui normas gerais de direito financeiro para a Administração Pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Na forma dos artigos 40 e 41 da Lei, as autorizações de despesa não computadas ou insuficientemente dotadas na lei orçamentária consistem em créditos adicionais, classificados em suplementares (para reforço de dotação orçamentária), especiais (para despesas sem dotação orçamentária específica) e extraordinários (para despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção ou calamidade pública). ***Mais adiante, os artigos subsequentes da Lei nº 4.320/1964 prescrevem que a abertura destes créditos suplementares e especiais demandam a existência de recursos disponíveis para fazer frente à despesa, devidamente justificada, e devem ser autorizados pelo Poder Legislativo.***

Integrando o disposto na legislação federal, as leis orçamentárias paulistas, como se viu, previram reserva de contingência e autorizaram a abertura de crédito adicional para tais contingências, no limite da dotação destacada na reserva. Trata-se, assim, de mecanismo devidamente previsto em lei para tentar conferir ao gestor público ferramentas para lidar com o imponderável, com o risco passível de concretização ao longo do exercício financeiro, que não poderia ser adequadamente previsto quando da elaboração do orçamento.

O ferramental de planejamento da Administração Pública, com o crescente volume de dados catalogados, se bem utilizado, tende a reduzir, com o passar do tempo, o espaço para as contingências no curso do exercício financeiro. É o que aponta Luiz Felipe Valerim Pinheiro, valendo-se de lições de Teixeira Machado Jr. e H. da Costa Reis:

[...] os créditos especiais tendem a perder utilidade com a evolução das técnicas de planejamento, pois há a tendência de maior precisão nos programas e nas ações administrativas previstas pela LOA e pelo PPA.⁴

Desse modo, tem-se que os instrumentos de planejamento e execução orçamentária da Administração Pública no Brasil conferem alguns elementos para a previsão e acompanhamento dos passivos contingentes gerados pelas contratações públicas, em especial as parcerias público-privadas.

Resta avaliar de que forma este acompanhamento tem sido realizado na prática, uma vez que, como visto, entes de bastante expressão na condução de programas de PPP, como o Estado de São Paulo, não parecem ter desenvolvido metodologias específicas para a avaliação e

⁴ PINHEIRO, Luiz Felipe Valerim. **Políticas Públicas nas Leis Orçamentárias**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 184.

tratamento dos passivos contingentes, cingindo-se a prever, tal qual exigido por lei, reserva de contingência geral.

Não parece haver nos instrumentos orçamentários, assim, detalhamento dos fatores de risco que acarretam a existência de passivos contingentes e nem tampouco formas de avaliá-los para aferir eventual concretização do evento ou necessidade de provisioná-lo, mas apenas uma previsão genérica de passivos e reservas de contingência sem maiores elementos de acompanhamento e gestão de riscos.

Mais do que prever, legislativamente, alguns contornos teóricos sobre o tratamento dos passivos contingentes, seria interessante que a Administração Pública pudesse desenvolver um cuidado, no âmbito da gestão dos contratos de parcerias. Ao longo da execução contratual, assim, seria interessante que – casado, até, com a gestão e programação orçamentária (por meio de PPA, LDO e LOA) – se pudesse estimar a probabilidade de materialização de determinado risco a cargo do Poder Concedente, bem como o valor que seria reservado para fazer frente ao eventual compromisso de pagamento.

Atribuir-se-ia, por exemplo, uma escala proporcional, que levaria em conta a chance de ocorrência e os patamares percentuais de cada “intervalo probabilístico”. Mas isso, claro, demanda uma gestão profissional de cada um dos riscos – conhecidos e, também das incertezas – por uma célula de governo bastante dedicada e com gestão profissionalizada. Este tema é bastante desafiador e será retomado adiante.

Desafiador quebrar a inércia de como, historicamente, os entes federativos têm conduzido a sua contabilidade. Tradicionalmente, a contabilização pública era apenas focada nos aspectos orçamentários, tendo evoluído, recentemente, para uma contabilidade mais assemelhada aos parâmetros internacionais, refletindo a avaliação econômica do Estado e não apenas questões orçamentárias.

Desse modo, a aplicação dos conceitos de passivos contingentes e o seu detalhamento contábil ainda consiste, de certo modo, em novidade para os entes federativos, o que tende a ser mais adequadamente avaliado com o passar do tempo e a consolidação das práticas de contabilidade aplicada ao setor público.

Por ora, é importante compreender de que forma a legislação financeira e orçamentária brasileira trata os passivos contingentes, especialmente aqueles decorrentes da contratação de parcerias público-privadas, para que se possa evoluir na análise do impacto destas contratações no orçamento público e no planejamento dos projetos.

2.2. Origens e limites dos passivos contingentes

Abordado o arcabouço legislativo para as contratações públicas, no que tange à sua relação com os passivos contingentes e o orçamento dos entes federativos, passa-se adiante a detalhar aspectos mais específicos quanto ao tratamento de tais passivos nos contratos administrativos.

Na forma do art. 50, parágrafo segundo, da Lei de Responsabilidade Fiscal, o órgão central de contabilidade da União editará normas gerais para consolidação das contas públicas. O referido órgão central é a Secretaria do Tesouro Nacional (STN), vinculada ao Ministério da Economia (antigo Ministério da Fazenda), responsável pela edição de dois dos principais documentos necessários à compreensão do tema dos passivos contingentes no país: o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP) e o Manual de Demonstrativos Fiscais (MDF), que vêm sendo constantemente atualizados e aprimorados.

Segundo definição exarada pela própria STN⁵, o MCASP:

[...] visa colaborar com o processo de elaboração e execução do orçamento, além de contribuir para resgatar o objeto da contabilidade como ciência, que é o patrimônio. Com isso, a contabilidade poderá atender a demanda de informações requeridas por seus usuários, possibilitando a análise de demonstrações contábeis adequadas aos padrões internacionais, sob os enfoques orçamentário e patrimonial, com base em um Plano de Contas Nacional.

Por sua vez, o MDF, a teor de definição trazida também pela STN⁶, tem por intuito propor:

Regras de harmonização a serem observadas, de forma permanente, pela Administração Pública para a elaboração do Anexo de Riscos Fiscais (ARF), do Anexo de Metas Fiscais (AMF), do Relatório Resumido da execução Orçamentária (RREO) e do Relatório de Gestão Fiscal (RGF), e define orientações metodológicas, consoante os parâmetros definidos pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, intitulada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Como se percebe, o MCASP prioriza a disciplina contábil aplicada ao setor público (regime que muito se aproxima da contabilização privada), isto é, a disciplina contábil usual de demonstrações financeiras, também exigidas de empresas e entes privados. Já o MDF disciplina a representação financeira, fiscal e contábil presente nas leis orçamentárias. Estes dois

⁵Disponível em:<https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/manual-de-contabilidade-aplicada-ao-setor-publico-mcasp/2019/26>.

⁶Disponível em:<https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/manual-de-demonstrativos-fiscais-mdf/2020/26>.

instrumentos estabelecem conceituações e procedimentos que podem se diferir. Precisamente por este motivo, haverá uma análise segmentada de cada instrumento.

2.2.2. Os Passivos Contingentes no MCASP

Feitas as considerações do tópico anterior, tem-se que a definição de passivos contingentes, para fins da legislação brasileira das contratações públicas, é trazida pelo Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, cuja 8ª Edição assim prescreve⁷:

Passivo contingente é:

- a. Uma **obrigação possível resultante de eventos passados** e cuja existência será confirmada apenas pela ocorrência ou não de um ou mais eventos futuros incertos que não estão totalmente sob o controle da entidade; ou
- b. Uma obrigação **presente resultante de eventos passados**, mas que não é reconhecida porque:
 - i. É improvável uma saída de recursos que incorporam benefícios econômicos ou potencial de serviços seja exigida para a extinção da obrigação; ou
 - ii. Não é possível fazer uma estimativa confiável do valor da obrigação. Grifos nossos.

Como se percebe, os passivos contingentes, na contabilidade aplicada ao setor público, são sempre decorrentes de eventos passados que geram uma obrigação presente, cujo valor ou probabilidade de gerar saídas efetivas de caixa não são determináveis, ou uma obrigação possível, que depende da confirmação de outros eventos futuros (mantendo-se sua correlação com um evento passado).

Além disso, também é importante destacar que a contabilidade aplicada ao setor público, cuja disciplina é trazida pelo MCASP, complementa a regulamentação dos passivos contingentes associados à atividade da Administração Pública. Para as provisões, passivos e ativos contingentes, deve ser observado o item 12 da parte II do Manual, cuja normatização segue

⁷ Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p. 257.

parâmetros do Conselho Federal de Contabilidade e, ainda, de legislação internacional oriunda do *International Public Sector Accounting Standards Board* (IPSASB).

Nesse sentido, é importante distinguir – porque disso decorre significativo reflexo na forma como o patrimônio público é contabilizado – provisões e passivos contingentes, na forma do MCASP⁸. Provisões são obrigações presentes, derivadas de eventos passados, cujos pagamentos se espera que resultem para a entidade saídas de recursos capazes de gerar benefícios econômicos ou potencial de serviços, e que possuem prazo ou valor incerto. Diferenciam-se dos passivos contingentes, portanto, porque já constituem obrigações presentes, ainda que de prazo ou valor incerto, ao passo em que os passivos representam obrigação ainda a ser confirmada.

Ainda consoante o MCASP, as provisões devem ser reconhecidas na contabilidade do ente público na hipótese de convergência de três elementos: (i) a existência de obrigação presente, ainda que não formalizada, decorrente de eventos passados; (ii) seja provável uma saída de recursos que incorporem benefícios econômicos ou potencial de serviços para extinguir a obrigação; e (iii) seja possível estimar, de modo confiável, o valor da obrigação.

Entre tais elementos, evidencia-se outra distinção entre as provisões e os passivos contingentes: quando a saída de recursos for considerada provável, poderá (desde que atendidos os demais requisitos) ser considerada uma provisão. Por outro lado, sendo baixa a probabilidade, está-se diante de um passivo contingente, não devendo ser provisionado no balanço patrimonial da entidade. Também se estará diante de um passivo contingente, a teor do MCASP, na hipótese de não ser possível a realização de estimativa confiável do impacto da obrigação.

De qualquer sorte, passivos contingentes e provisão carregam consigo o elemento da incerteza, ainda que em maior ou menor grau. Não mais havendo incertezas quanto ao prazo e valor de um passivo, este não mais será considerado contingência ou provisão, devendo ser reconhecida uma obrigação direta. Desse modo, como se percebe, uma mesma obrigação pode, a depender do nível de incerteza que sobre ela recaia, ser inicialmente reconhecida como contingência, passar a ser provisionada e, à medida em que mais informações sobre o evento se revelarem, tornar-se uma obrigação direta.

Ainda quanto à contabilidade aplicada ao setor público, é importante registrar que, conforme preleciona o MCASP, os passivos contingentes não integram contas patrimoniais, sendo apenas registrados em contas de controle e divulgados em notas explicativas, salvo nos casos em que a saída de recursos for considerada remota. O ponto evidencia a necessidade de constante avaliação das contingências apresentadas para aferir o seu grau de incerteza e de probabilidade

⁸ Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p. 252.

de materialização, tendo em vista que, conforme exposto, tornando-se provável a materialização, o passivo contingente torna-se provisão a ser reconhecida nas demonstrações contábeis.

De forma a tornar mais simples a visualização das obrigações e seus reflexos na contabilidade aplicada ao setor público, o MCASP trouxe tabela explicativa dos passivos e provisões, indicando os elementos que a compõem e a sua forma de evidenciação. Por sua clareza, vale a transcrição do item 12.6.2 do MCASP:⁹

Figura 7: Classificações de Passivos Contingentes

12.6.2. Provisão e Passivo Contingente

Quando, em consequência de eventos passados, possa existir uma saída de recursos que incorporam benefícios econômicos ou potencial de serviços seja exigida para a extinção de:				
a) Uma obrigação presente; ou				
b) Uma obrigação possível cuja existência será confirmada apenas pela ocorrência ou não de um ou mais eventos futuros incertos que não estão totalmente sob o controle da entidade.				
Obrigação	Probabilidade de Saída de Recursos	Possibilidade de Estimativa Confiável do Valor	Classificação	Forma de Evidenciação
Presente	Provável	Possível	Provisão	Balanco Patrimonial e Notas Explicativas
Presente	Provável	Não possível	Passivo Contingente	Notas Explicativas
Presente	Pouco provável	Possível ou Não Possível	Passivo Contingente	Notas Explicativas
Presente	Remota	Possível ou Não Possível	Passivo Contingente	Não é divulgado
Possível	Provável	Possível	Passivo Contingente	Notas Explicativas

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional

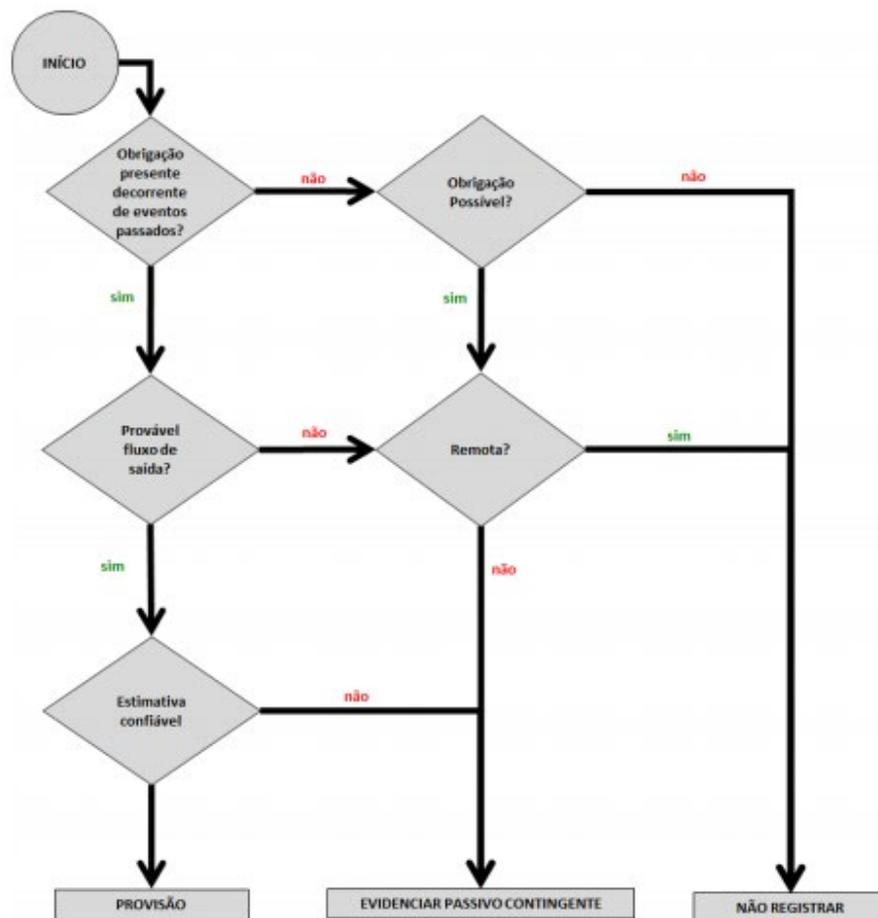
Também em razão de seu caráter didático, vale colacionar a árvore de decisão trazida pelo MCASP para auxiliar o gestor público e aqueles encarregados da administração orçamentária e patrimonial do Estado na categorização das obrigações, trazendo fluxograma das obrigações

⁹ Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p. 264.

para que se conclua tratar-se de provisão, passivo contingente ou de obrigação que não deve ser registrada¹⁰:

Figura 8: Necessidade de Provisionamento

12.6.1. Árvore de Decisão



Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional

Como visto, os agentes públicos precisam percorrer um grande caminho de critérios multifacetados para identificar um passivo contingente e diferenciá-lo de uma provisão. Nos

¹⁰ Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p. 263.

últimos anos, entretanto, este trabalho vem sendo facilitado pela busca cada vez maior de integração entre a contabilidade aplicada ao setor privado e ao público.

No âmbito privado, há uma busca por uniformização das normas contábeis em consonância com diretrizes internacionais – o que, de certa forma, também vem fazendo a contabilidade aplicada ao setor público ¹¹–, merecendo destaque a atuação do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) neste desiderato.

Composto por associações, conselhos e entidades como o Conselho Federal de Contabilidade, a B3 – Brasil Bolsa Balcão, o Instituto dos Auditores Independentes do Brasil, entre outros, o CPC tem por objetivo elaborar documentos técnicos sobre procedimentos de contabilidade, num esforço de convergência internacional, centralização e uniformização da contabilidade no país. Nesse sentido, o Pronunciamento Técnico CPC nº 25¹², em que pese sem caráter cogente para a Administração Pública, endereça a temática dos passivos contingentes, merecendo destaque, a fim de se aferir a medida de sua compatibilidade com o que a STN prescreve para a contabilidade dos entes públicos e, por conseguinte, verificar a aderência das normas brasileiras aos padrões internacionais.

A definição de passivo contingente estatuída pelo CPC se amolda à tratada nas normas de contabilidade aplicada ao setor público¹³. De modo semelhante, também distingue as provisões – reconhecidas como passivo, por se tratar de obrigações presentes – dos passivos contingentes – não reconhecidos como passivo, seja por configurarem obrigações possíveis, seja por não ser provável a sua materialização ou, ainda, porque é inviável uma estimativa confiável de seu impacto. O mesmo se diga quanto ao reconhecimento dos passivos contingentes pelas normas do CPC, para os quais, tal qual demanda a STN, deve haver apenas sua divulgação.

Como se vê, há, no que de essencial, similitude entre os pronunciamentos exarados para as entidades privadas e as normas de contabilidade aplicáveis ao setor público. Tampouco há disciplina específica para ativos ou passivos decorrentes de contratos públicos tradicionais nos pronunciamentos do CPC, o que também serve de elemento de aproximação entre a regulamentação pública e privada, ao tempo em que reforça a necessidade de evolução das

¹¹ Em realidade, a contabilidade aplicada ao setor público segue as normativas da NBC TSP 03 (normas de contabilidade aplicáveis ao setor públicas editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade). Esta, por sua vez, se revela ser muito semelhante às disciplinas do CPC. O MCASP observa as normas da NBC. Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p. 22.

¹² Disponível em <http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos>.

¹³ As normas do CPC são compatíveis com as Normas Internacionais de Contabilidade – IAS 37, referentes ao IASB - *International Accounting Standards Board* (Conselho de Normas Internacionais de Contabilidade), entidade responsável pela revisão do IFRS - *International Financial Reporting Standards*

normativas brasileiras para que se consiga endereçar os desafios trazidos quanto ao tratamento das contingências nas contratações públicas.

É que, como se defendeu, o mapeamento de contingências não encerra fim em si mesmo, configurando elemento para a adequada gestão orçamentária do Estado e, mais especificamente, para o acompanhamento do desempenho dos contratos administrativos enquanto meio para a concretização de políticas públicas. Sua adequada contabilização, portanto, é relevante para que a gestão pública, os órgãos de controle e todos aqueles encarregados do acompanhamento dos projetos consigam reunir dados suficientes para avaliar a atuação administrativa de modo geral, planejando e executando as políticas públicas com maior assertividade em face dos desafios que se apresentam no curso das contratações.

Feitas as considerações apresentadas, acerca do reconhecimento e conceituação dos passivos contingentes disciplinados pela contabilidade aplicável ao setor público, podemos tecer algumas considerações e cuidados contábeis específicos acerca das PPPs.

Estas últimas, como contratos de longo prazo, estão sujeitas às intempéries do tempo e à materialização de eventos que demandam sua constante atualização contábil. As parcerias público-privadas não podem ser vistas como avenças estanques, ficando sujeitas à compatibilização do binômio previsibilidade x flexibilidade. Com efeito, há um núcleo duro em tais contratos que deve ser mantido, sob pena de violação à segurança jurídica e, mesmo, ao dever constitucional de licitar.

No entanto, precisamente por se protraírem no tempo, as PPPs devem ser vistas como arranjos flexíveis, na medida em que as complexidades sociais são crescentes e mutantes. Desse modo, no curso da gestão dos contratos, as parcerias devem ser objeto de constante reavaliação para se aferir a suficiência dos elementos contratuais para lidar com os desafios que se apresentam.

No ciclo do projeto de PPP, portanto, a avaliação dos passivos contingentes não é feita apenas quando de sua celebração, para a previsão nas leis orçamentárias imediatas. É certo que, anualmente, por ocasião da edição da LDO e da LOA, e quadrienalmente, para o PPA, o Poder Público deve reavaliar as PPPs em curso para aferir a eventual incidência de novas contingências ou, ainda, se determinado passivo contingente se tornou provisão ou mesmo obrigação direta.

É de extrema importância que este movimento de reavaliação seja feito permanentemente – e não apenas de modo pontual por ocasião do processo legislativo –, por todos os atores incumbidos, direta ou indiretamente, da gestão do contrato: Poder Concedente, órgãos de controle interno e externo, advocacias públicas, concessionária, verificadores independentes eventualmente contratados, entes responsáveis pela prestação

de seguros ou garantias contratuais e, inclusive, o cidadão comum, por meio dos instrumentos de controle social das parcerias.

É possível cogitar, portanto, de que, a cada marco temporal para a realização de novo orçamento, o produto deste diálogo constante entre os atores envolvidos na gestão do contrato fosse também submetido à detida apreciação do Legislativo pelo Poder Executivo (gestor da PPP), para a complementação do processo de interação, monitoramento e diálogo, para que o processo de elaboração das leis orçamentárias, refletindo passivos, provisões e contingências relacionadas às PPPs, se torne cada vez mais participativo e transparente.

Nesse contexto, é importante registrar a iniciativa do Governo do Estado de São Paulo, que instituiu a Comissão de Acompanhamento dos Contratos de Parcerias Público-Privadas (CAC-PPP), célula destinada especialmente ao acompanhamento das parcerias público-privadas celebradas pela Administração Pública estadual. A CAC-PPP, anteriormente vinculada à Secretaria de Estado da Fazenda e recentemente transferida para a Secretaria de Projetos, Orçamento e Gestão¹⁴, é composta de membros oriundos de diversos órgãos estaduais e responsável por avaliar o desempenho das parcerias e eventuais desdobramentos e impactos fiscais e orçamentários no curso dos contratos.

Consoante prescreve o Decreto Estadual nº 62.540/2017, a CAC-PPP consiste em *“comissão intersecretarial à qual compete o acompanhamento dos contratos de Parcerias Público-Privadas – PPP celebrados pelo Governo do Estado de São Paulo, por empresas por ele controladas ou por entidades da Administração indireta (...), com vistas à identificação de eventos ordinários e extraordinários havidos no curso da execução contratual que possam gerar impactos fiscais, provisionamentos e passivos contingentes”*. Para conduzir seu mister, a Comissão coleta dados e relatórios enviados pelas unidades gestoras das PPPs, podendo convocar agentes públicos e concessionárias para prestar esclarecimentos necessários à assertiva avaliação dos passivos e impactos orçamentários.

A CAC-PPP se manifesta por meio de pareceres que, mesmo sem caráter vinculante ou impositivo, têm por fito não apenas apontar riscos, mas sobretudo alternativas para evitar ou mitigar a sua ocorrência no curso da execução das PPPs. Desse modo, ao acompanhar todos os contratos de parceria público-privada no Estado, inclusive aqueles pactuados pelas estatais não dependentes, a CAC-PPP é capaz de reunir vasto material acerca do comportamento das contingências nas contratações públicas e dos impactos orçamentários e financeiros causados por eventos diversos.

¹⁴ Conforme Decreto Estadual nº 64.998, de 29 de maio de 2020.

A existência de arranjo institucional multidisciplinar especialmente dedicado ao acompanhamento dos contratos de PPP confere, sem dúvidas, robustez ao programa de parcerias estatal, figurando como importante elemento para a avaliação dos projetos e a superação de desafios que se apresentem, seja no curso dos contratos, seja na modelagem de empreendimentos futuros. Entende-se, portanto, ser de fundamental importância o monitoramento de dados durante a gestão do ativo, criando-se mecanismos institucionais para este acompanhamento que, no caso dos passivos contingentes, precisa ser constantemente realizado a fim de se antecipar eventuais impactos às contas públicas e adotar mecanismos para rápida mitigação.

O Tema 2 da presente pesquisa aborda, em detalhes, a existência de uma estrutura ótima de governo para o planejamento e acompanhamento das parcerias, apresentando estudo de caso que contempla, inclusive, o Estado de São Paulo e o papel desempenhado pela CAC-PPP. Demais disso, o Tema 8 da pesquisa, que trata do *Value for Money* em projetos de infraestrutura, também se mostra complementar a esta análise, uma vez que a existência de um órgão específico encarregado do acompanhamento do desempenho do contrato é essencial não apenas para a gestão contratual com todos os desafios a ela inerentes, mas também para reunir dados suficientes para futuros estudos de vantajosidade do modelo escolhido.

Como detalhadamente abordado no Tema 8, entende-se que o *Value for Money* não deve ser conduzido apenas previamente à celebração do contrato, mas constantemente revisitado ao longo de sua execução (*Value for Money ex post*), buscando aferir se a PPP – ou qualquer que seja o modelo contratual adotado – permanece vantajosa para o Poder Público, gerando externalidades positivas para os usuários e para a sociedade. Nesse cenário, a existência de um comitê específico encarregado deste acompanhamento facilita a gestão contratual e as análises não só de impactos orçamentários e contábeis, mas também de resultados contratuais de modo global.

Por fim, cabe introduzir um último tema relativo à contabilização de parcerias público-privadas: A forma de reconhecimento de ativos e passivos patrimoniais relacionados às PPPs. Apesar de a temática não abordar, diretamente, o tratamento de passivos contingentes, continua a ser de fundamental importância. Isso porque a própria identificação de um passivo contingente, conforme o procedimento descrito anteriormente, depende da classificação prévia de outros elementos contábeis relacionados à PPP, como ativos ou passivos. Além disso, existem classificações de despesas relacionadas a passivos e ativos e que precisam estar no referencial básico do gestor.

Este exercício, entretanto, não é atualmente exigido para todos os tipos de concessões. Cumpre salientar que a atual edição atual do MCASP, não determina a contabilização das concessões comuns, embora indique a pretensão de fazê-lo nas próximas edições do Manual. A medida é importante, tendo em vista que, embora não gerem dispêndios diretos do Estado – isto é, não representam impactos orçamentários diretos –, em razão de a remuneração do

concessionário se dar através das tarifas pagas pelo usuário, as concessões podem acarretar reflexos para o orçamento e contabilidade aplicada ao setor público em razão da possibilidade de pagamentos por reequilíbrios e terminação antecipada de contratos, além de gerarem bens reversíveis ao patrimônio do Poder Público ao cabo do prazo da concessão. Desse modo, atualmente, apenas as parcerias público-privadas devem ser contabilizadas no balanço patrimonial público.

Nesse sentido, determina o MCASP que, na contabilização das PPPs, deve-se distinguir entre os passivos relacionados ao ativo da concessão (a infraestrutura) e os passivos relativos à prestação de serviços, tanto no que se refere ao aspecto patrimonial quanto ao aspecto orçamentário. Para o reconhecimento de um ativo da concessão no balanço patrimonial do Poder Concedente, prescreve o MCASP que:

O concedente deve reconhecer um ativo da concessão quando, além dos requisitos para reconhecimento do ativo – probabilidade que benefícios econômicos futuros ou potencial de serviços dele provenientes fluam para a entidade e possibilidade de que seu custo ou valor seja determinado em bases confiáveis – estejam presentes todos os seguintes requisitos:

- a. O concedente controla ou regula o serviço objeto da concessão.
- b. O concedente detém o controle ou qualquer participação residual significativa no ativo ao final do prazo do contrato de concessão ou o ativo é utilizado durante toda a sua vida útil.

Via de regra, portanto, as infraestruturas relacionadas à prestação dos serviços concedidos serão reconhecidas como ativo, já que o Poder Concedente tem por obrigação a gestão da concessão e os bens vinculados aos serviços reverterão ao seu patrimônio ao final da concessão. Como se sabe, as parcerias público-privadas envolvem a prestação de um serviço, que pode ou não ser precedido da realização de obras públicas.

Desse modo, quando o contrato conjugar obras e serviços, a contraprestação paga pelo concedente ao concessionário (acrescido ou não das tarifas pagas diretamente pelo usuário, conforme se trate de concessão patrocinada ou administrativa) servirá para remunerar estas duas parcelas: a amortização dos ativos investidos e a prestação dos serviços. Dispõe o MCASP, nesta hipótese, que os diferentes componentes da contraprestação paga ao particular, referente aos ativos e aos serviços, deverão ser segregados e identificados separadamente¹⁵.

¹⁵ Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p. 282.

Mais especificamente, assim trata o MCASP, segregando as despesas com PPPs entre despesas correntes ou despesas de capital (conforme classificação estatuída pela Lei nº 4.320/1964, art. 12)¹⁶:

As parcelas das contraprestações referentes à remuneração do concessionário pela prestação dos serviços em concessões administrativas são decorrentes dos serviços prestados diretamente ou indiretamente ao concedente. Dessa forma, devem ser classificadas orçamentariamente como despesas correntes decorrentes de contrato de PPP, exceto subvenções econômicas, aporte e fundo garantidor (3.3.67.83).

As despesas continuadas referentes à prestação de serviços, por se tratarem de despesas contratuais, portanto, não derivadas diretamente de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo, são despesas discricionárias que devem ser classificadas como despesas correntes, no grupo de natureza da despesa (GND) 3- outras despesas correntes, conjugadas com a modalidade de aplicação e elemento de despesa acima mencionados, ou como subvenção econômica (elemento 45), quando for o caso.

As parcelas das contraprestações referentes às despesas decorrentes da incorporação de bens de capital devem ser classificadas orçamentariamente como despesas de capital decorrentes de contrato de PPP, exceto subvenções econômicas, aporte e fundo garantidor (4.5.67.83)

No entanto, a despeito de o MCASP sugerir essa segregação, a própria Secretaria do Tesouro Nacional possui normativo em que prescreve a unicidade da contabilização das despesas com contraprestações públicas em PPP. Na linha do que se detalhará adiante, a Portaria STN nº 614/2006¹⁷ utiliza o critério da segregação de riscos entre Poder Concedente e concessionária para a contabilização das parcerias público-privadas. Dispõe, assim, o art. 4º da Portaria que, caso o parceiro público assumira parcela superior a 40% dos riscos de demanda, construção ou disponibilidade, deverá registrar em seu balanço montante equivalente aos ativos contabilizados no balanço da SPE.

Considerando, portanto, contabilização dos passivos como dívida (que geram despesas de capital para fins da Lei nº 4.320/1964), não poderia este montante ser considerado para fins de remuneração de serviços, uma vez que a contraprestação por serviços constitui despesa corrente, na classificação estatuída pela referida Lei nº 4.320/1964 e complementada pela Lei de

¹⁶ Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p. 283.

¹⁷ Cumpre salientar, como já afirmado anteriormente, que para alguns estudiosos do tema a Portaria nº 614 da STN teria sido tacitamente revogada pelas inovações do MCASP (de edição mais recente). Por esta linha, a discussão não seria mais relevante, aplicando-se ao caso apenas as disposições do MCASP. No entanto, considerando não ter havido revogação expressa da norma, entendeu-se relevante abordar, nesta pesquisa, o tratamento dado pela referida Portaria.

Responsabilidade Fiscal. Compreendendo este entrave entre a Portaria STN nº 614/2006 e o MCASP, veja-se o que aponta Maurício Portugal Ribeiro¹⁸:

Uma interpretação isolada da Portaria STN 614/06 e o modo como a experiência internacional (particularmente do Reino Unido e da Eurostat) trata a contabilização de PPP, se a PPP for consolidada no balanço patrimonial do ente público, todos os pagamentos ao parceiro privado teriam a natureza de amortização de dívida. Isso é um desdobramento, da perspectiva contábil, da ideia de pagamento único (unitary charge) pelo serviço prestado nas PPPs. Portanto, a contabilização de pagamentos públicos em PPPs devia ser feita no Brasil até aqui como uma “decisão de tudo ou nada”: ou o montante total do pagamento era classificado como amortização de dívida; ou o montante total do pagamento era visto como despesa corrente.

Contudo, o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público abriu a possibilidade de haver PPPs em que se considere parcela do pagamento ao parceiro privado como dívida (despesa de capital) e parcela como pagamento por serviço (despesa corrente).

Segundo defende o autor, esta alteração do MCASP em comparação ao teor da Portaria STN nº 614/2006 colocaria desafios a serem transpostos nessa compatibilização entre os diplomas, para um adequado tratamento dos passivos nos balanços patrimoniais dos entes públicos, contemplando a segregação entre a amortização de bens e a prestação de serviços e não mais a repartição de riscos como critério para a contabilização ou não do passivo. Nas palavras de Portugal Ribeiro¹⁹:

Essa possibilidade de separar no pagamento público o que é pagamento por serviço e o que é pagamento por aquisição a prazo de bens muda substancialmente a lógica de contabilização das PPPs utilizada até aqui no Brasil. E essa mudança parece-me não ter sido ainda notada por muitos e não ter sido ainda devidamente avaliada pelos especialistas e pelos práticos da contabilidade e do orçamento público. Particularmente, essa mudança traz a necessidade de se criar critérios claros para separar no montante dos pagamentos devidos o que é pagamento por serviço do que é pagamento pela aquisição de bens. E isso levanta uma dúvida em relação à efetividade da própria Portaria 614/06 enquanto critério para consolidação das PPPs no ativo do ente público.

É que se agora, para efeito de contabilização, podemos separar no pagamento público em um dado contrato de PPP o montante que é pagamento por aquisição de bens do montante que é pagamento por prestação de serviços, qual o sentido

¹⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal. **20 anos da Lei de Concessões, 10 anos da Lei de PPPs**: viabilizando a implantação e melhoria de infraestruturas para o desenvolvimento econômico-social. Disponível em <https://portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. P. 338.

¹⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal. **20 anos da Lei de Concessões, 10 anos da Lei de PPPs**: viabilizando a implantação e melhoria de infraestruturas para o desenvolvimento econômico-social. Disponível em <https://portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. P. 339.

de usar a distribuição de riscos contratual para saber se a PPP será consolidada ou não no balanço patrimonial do ente público? Se temos que desenvolver critérios para separar a parcela dos pagamentos devidos em um contrato de PPP que é dívida e a parcela que é mero pagamento por prestação de serviços, não serão esses critérios necessariamente suficientes para definir os montantes a serem registrados no balanço patrimonial do ente público? De qualquer modo, esse é um questionamento “*de lege ferenda*”, isto é, para discussão da mudança futura das normas. Por ora, temos que continuar respeitando a Portaria 614/06 e seguirmos buscando uma conciliação entre ela e o texto do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público.

Cumprе salientar, como já afirmado anteriormente, que seria possível a defesa de que Portaria nº 614/2006 da STN teria sido tacitamente revogada pelas inovações do MCASP (de edição mais recente), tornando a discussão inócua e irrelevante. A falta de uma revogação formal do instrumento, entretanto, confere insegurança jurídica aos gestores, que podem ter dificuldades em eleger um tratamento contábil específico.

Além disso, é de destacar que apesar de termos, aqui, a viabilidade de reconhecimento de uma dívida no âmbito de uma parceria público-privada, esta não seria, na prática, contabilizada para fins de controle da dívida pública (arts. 29 e 3²⁰ da LRF). Isso porque tal reconhecimento necessitaria da afirmação de os investimentos realizados nas PPPs se enquadrariam como operações de crédito ou emissões de títulos por parte da União. Com isso, as dívidas reconhecidas em PPPs são contabilizadas fora dos balanços de controle da dívida consolidada (art.31 da LRF).

Em resumo, pode-se concluir que as disposições do MCASP traduzem uma série de normas que possibilitam à Administração classificar e identificar passivos contingentes, sempre relacionados a eventos passados. As parcerias público-privadas, por sua vez, denotam algumas atenções especiais, precisando ser constantemente atualizadas (contabilmente) e tendo as despesas referentes às mesmas devidamente classificadas.

2.2.2. Os Passivos Contingentes no MDF

Como salientado anteriormente, o Manual de Demonstrativos Fiscais, diferentemente do MCASP, se preocupa em disciplinar, sobretudo, a representação contábil de projetos nas próprias leis orçamentárias, tendo algumas diretivas próprias (que se diferem do tratamento contábil usual aplicado ao setor privado ou público).

²⁰Segundo o art.29 da LRF, dívida pública consolidada ou fundada é “o montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses”.

Cumprindo seu desiderato, a definição de passivos contingentes para fins do Manual de Demonstrativos Fiscais, em sua 11ª Edição, é assim descrita:

Contingência passiva é uma possível obrigação presente **cuja existência será confirmada somente pela ocorrência de um ou mais eventos futuros** que não estão totalmente sob o controle da entidade; ou é uma obrigação presente que surge em decorrência de eventos passados, mas que não é reconhecida ou porque é improvável que a entidade tenha de liquidá-la; ou porque o valor da obrigação não pode ser estimado com suficiente segurança.²¹ Grifos nossos.

Os riscos fiscais, gênero do qual os passivos contingentes são espécie, são assim definidos pela 11ª Edição do MDF:

Riscos Fiscais podem ser conceituados como a possibilidade da ocorrência de eventos que venham a impactar negativamente as contas públicas, eventos estes resultantes da realização das ações previstas no programa de trabalho para o exercício ou decorrentes das metas de resultados, correspondendo, assim, aos riscos provenientes das obrigações financeiras do governo.

Fica claro, assim, que, ao menos para fins do MDF, que os passivos contingentes consistem em riscos cuja materialização impacta as contas públicas, ainda que não convertidos em obrigações, na medida em que dependem da ocorrência de eventos futuros e incertos que não são prováveis ou seu valor não pode ser suficientemente estimado. Em resumo, são obrigações ainda incertas em termos de materialização e/ou impacto, mas cuja eventual e futura ocorrência pode causar significativos reflexos sobre o orçamento público. A grande diferença da conceituação aqui dada com a do MCASP é a vinculação do passivo contingente, predominantemente, com a ocorrência de eventos futuros.

O MDF segmenta as obrigações contingentes em explícitas e implícitas, assim definidas, no que tange à Administração Pública Federal:

(i) Explícitas – Estabelecidas por lei ou em contrato, associadas à ocorrência de algum evento particular que pode ou não ocorrer, tais como: a) Garantias e avais emitidos a favor de entes da Federação e entidades dos setores público e privado (por exemplo, bancos privados e bancos de desenvolvimento²²); b) Garantias guarda-chuva do Estado para vários tipos de financiamentos: hipotecas, financiamentos estudantis e a pequenos e micro empresários, garantia

²¹ Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO:33576, p. 39.

²² Apesar de assim disciplinar o MDF, atesta-se, com o devido rigor técnico, que as garantias não são, de fato, passivos contingentes, mas sim “remédios” a eles. Isso porque, verificado o provisionamento de um passivo contingente, pode ser acionada garantia para cobri-lo. Talvez, para fins fiscais, o MDF tenha feito essa classificação com o intuito de reafirmar que as garantias podem impactar em efeitos fiscais as contas públicas.

de preços agrícolas, etc.; c) Garantias de negócios e de taxa de câmbio para investimentos privados; d) Garantias estatais para investimentos privados; e) Políticas estatais de seguro: seguro de depósitos, participação em caixas privadas de pensão, seguro-inundação, seguro de guerra.

(ii) Implícitas – Obrigação moral ou esperada do Governo devido a pressões políticas, associada à ocorrência de algum evento particular que pode ou não ocorrer, tais como: a) Inadimplência de Entes da Federação e de entidades públicas ou privadas quanto a dívidas não garantidas e outras obrigações; b) Assunção de passivos de entidades privatizadas; c) Falência de bancos, ao assumir valores superiores aos cobertos pela garantia estatal ou por seguro; d) Falência de fundos de pensão, fundos de seguro-desemprego ou fundo de assistência social, ao assumir valores superiores aos cobertos pela garantia estatal ou por seguro (proteção a pequenos investidores); e) Insuficiência financeira do Banco Central em cumprir suas obrigações, como contratos de câmbio, defesa da moeda e estabilidade da balança de pagamentos; f) Socorro a prejuízos de fluxos de capital privado; g) Recuperação ambiental, assistência a catástrofes (epidemias, enchentes, seca e outras situações de calamidade pública), financiamento de guerras.

Como se percebe, as contingências decorrentes de contratos administrativos – como as PPPs e os contratos tradicionais – são consideradas explícitas, justamente por encontrarem seu fundamento de validade em instrumento contratual diretamente celebrado pela Administração Pública, sem relação com pressões políticas. É importante compreender, no ponto, que os passivos contingentes são riscos fiscais, razão pela qual obrigações já recorrentes, sabidas e definidas não se encaixam neste conceito, mas apenas aquelas cuja ocorrência não é possível prever ou cujo impacto não se pode precisar.

As parcerias público-privadas podem gerar quatro formas de transferências de recursos públicos ao particular contratado: (i) o pagamento da contraprestação pecuniária, (ii) o pagamento de aportes, recursos disponibilizados pelo Poder Concedente ao Concessionário antes da entrada em operação do empreendimento (*pari passu* à disponibilização das etapas construtivas e equipamentos), (iii) a execução de garantias e, ainda, (iv) o pagamento de indenizações por terminação antecipada de contratos ou por reequilíbrio econômico-financeiro contratual.

A teor do que prescreve o MDF, caso as obrigações sejam explícitas e diretas, não constituem riscos fiscais, devendo ser reconhecidas, quantificadas e planejadas como despesas na Lei Orçamentária Anual. ***Isso significa que as obrigações já estabelecidas e quantificadas nos contratos administrativos, sejam eles tradicionais ou de parceria público-privada, não representam, por sua própria natureza, passivos contingentes.*** Assim, contraprestações públicas e aportes de recursos configuram despesas e não riscos fiscais, devendo ser expressamente indicados como tal na legislação orçamentária.

O mesmo se diga para as indenizações por terminação antecipada de contratos ou por reequilíbrio econômico-financeiro que tenham sido objeto de ações judiciais já transitadas em julgado, com a expedição de precatório – igualmente indicados como despesa no orçamento público, conforme preconiza o art. 100, parágrafo quinto, da Constituição Federal.²³ Ou seja, ações judiciais ainda em curso podem representar passivos contingentes, mas, sendo certa, líquida e definitiva a condenação, não mais se fala em contingência, e sim em obrigação direta. ***A depender do cenário contratual, portanto, apenas certos riscos assumidos pelo ente público poderiam ser enquadrados como passivos contingentes, conforme a realidade fática de cada contrato, tendo em vista que, para tanto, demandam o aspecto da impossibilidade de quantificação ou previsão do passivo – o que não pode ser definido a priori, mas apenas considerando as particularidades da avença e do contexto em que se insere.***

Emerge, aí, outro desafio a ser transposto pelos entes administrativos quando da elaboração de seus orçamentos: a impossibilidade de se categorizar, previamente, fatores de risco capazes ou não de configurar passivos contingentes, uma vez que esta análise é, em grande medida, casuística, conectada à realidade fática de cada projeto de infraestrutura, que se submete a intempéries e riscos diversos.

Por outro lado, é importante criar instrumentos para conferir um mínimo de previsibilidade ao processo de elaboração do orçamento, o que pode vir a partir de uma catalogação de dados pela Administração Pública quanto ao comportamento de projetos em execução ou já concluídos, buscando conferir elementos de comparação, a partir do passado, com viés prospectivo.

A teor da definição estatuída pelo MDF, os eventos capazes de gerar obrigações explícitas contingentes não podem estar integralmente sob o controle do ente público – isto é, dependem de fatores externos – e podem ou não vir a se materializar.

Desse modo, conclui-se que obrigações de aporte e pagamento, que não se vinculam a fatores externos e já são devidamente detalhadas em contrato, são incompatíveis com o conceito de passivos contingentes. De igual sorte, com base no mesmo fundamento, entende-se que as garantias prestadas pelo Poder Concedente ao Concessionário em contratos de parceria público-privada também não constituem passivos contingentes, sendo, em verdade, espécie de “remédio” contra a sua materialização.

²³ § 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

Isso porque, caso a garantia seja prestada pelo mesmo ente que celebra a PPP, o seu acionamento dependerá de evento de inadimplemento próprio, afastando o critério da ausência de controle para a geração de passivos contingentes. Em outras palavras, se uma determinada PPP é celebrada pelo Estado de São Paulo, por exemplo, e conta com estrutura de garantias do próprio Estado, ele terá controle quanto à concretização do evento que demanda a execução da garantia, já que esta dependerá do seu próprio inadimplemento contratual.

Por outro lado, sendo a garantia prestada por outro ente – a exemplo de garantias federais a projetos subnacionais –, estas garantias poderão constituir riscos fiscais, já que não estão integralmente sob o controle do garantidor e nem tampouco podem ser precisadas quanto a momento e impacto de materialização.

Sobre esse tema, é importante registrar que as empresas estatais não dependentes – que não dependem do orçamento público para executar suas atividades – relacionadas a despesas de custeio – não integram o balanço patrimonial estatal e nem têm seus passivos contingentes considerados para fins de gestão fiscal do Estado. Assim, em caso de garantias prestadas a um determinado ente administrativo por empresa estatal não dependente (a exemplo da Companhia Paulista de Parcerias – CPP, frequentemente utilizada nas modelagens das PPPs paulistas como ente garantidor), ainda que se trate de pessoas jurídicas distintas, aquelas não serão consideradas para fins de contabilização dos passivos contingentes do ente federativo correspondente. Por outro lado, as empresas estatais dependentes são consideradas no orçamento do ente a que se vinculam, razão pela qual, em caso de garantia por ela prestada, poderá haver consideração dos passivos contingentes associados ao respectivo contrato no orçamento e contabilização pública.

A edição vigente do MDF lista alguns exemplos de passivos contingentes, quais sejam:

a) Demandas judiciais contra a atividade reguladora do Estado, com impacto na despesa pública: em sua maior parte, controvérsias sobre indexação e controles de preços praticados durante planos de estabilização e soluções propostas para sua compensação, bem como questionamentos de ordem tributária e previdenciária;

b) Demandas judiciais contra empresas estatais dependentes;

c) Demandas judiciais contra a administração do Ente, tais como privatizações, liquidação ou extinção de órgãos ou de empresas, e reajustes salariais não concedidos em desrespeito à lei;

d) Demandas trabalhistas contra o ente federativo e órgãos da sua administração indireta;

e) Dívidas em processo de reconhecimento pelo Ente e sob sua responsabilidade;

f) Avais e garantias concedidas pelo Ente a entidades públicas, tais como empresas e bancos estatais, a entidades privadas e a fundos de pensão, além de outros riscos.

A teor da regulamentação federal sobre o assunto, os riscos relativos às concessões e parcerias público-privadas e os passivos contingentes integram categorias distintas no Anexo de Riscos Fiscais, devendo as contingências relativas a PPPs ser contabilizadas na seção intitulada “Outros Riscos Específicos”. A segmentação entre os passivos contingentes e as PPPs não importa na conclusão de que tais contratos não gerem contingências, mas apenas em uma segregação, para fins de organização da atividade administrativa do Estado, entre diversas categorias de riscos.

Naturalmente, por ser a incerteza inerente ao conceito de passivo contingente, estimá-lo adequadamente não é tarefa simples. O Anexo de Riscos Fiscais da LDO, assim, deve buscar precisar o cenário da forma mais acurada possível a partir das informações disponíveis. Com efeito, a elaboração do Anexo não constitui fim em si mesma, mas como instrumento para a adequada gestão orçamentária do Estado e para o controle da atividade administrativa. Para tanto, o MDF elenca as funções necessárias para a gestão dos riscos fiscais, que, obviamente, não se resume à elaboração do Anexo à LDO. São as funções listadas pela STN no Manual, todas igualmente relevantes para a adequada gestão, pelo ente administrativo e órgãos de controle, dos riscos capazes de afetar a atividade estatal:

- 1) Identificação do tipo de risco e da exposição ao risco;
- 2) Mensuração ou quantificação dessa exposição;
- 3) Estimativa do grau de tolerância das contas públicas ao comportamento frente ao risco;
- 4) Decisão estratégica sobre as opções para enfrentar o risco;
- 5) Implementação de condutas de mitigação do risco e de mecanismos de controle para prevenir perdas decorrentes do risco;
- 6) Monitoramento contínuo da exposição ao longo do tempo, preferencialmente através de sistemas institucionalizados (controle interno).

Ainda conforme prescreve o MDF para a Administração Pública brasileira, nem todas as funções para a gestão de risco precisam estar refletidas no Anexo de Riscos Fiscais da LDO, sendo certo que as audiências públicas referidas pelos artigos 9º, parágrafo quarto, e 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal podem tratar acerca da estimativa do grau de tolerância das contas

públicas, da implementação das condutas de mitigação de risco e do monitoramento contínuo da exposição do ente ao risco ao longo do tempo.

Estas funções/etapas nem sempre serão todas implementadas pelo ente de forma simultânea, sendo fruto de um processo evolutivo da Administração Pública em sua política de gestão de riscos fiscais. A tendência, assim, é que as legislações orçamentárias – e, em especial, o Anexo de Riscos Fiscais – tornem-se, ao longo do tempo, mais completas e transparentes, reunindo maiores informações que permitam, entre outros fatores, o fortalecimento do controle externo e social e o aproveitamento dos dados coletados para a avaliação das políticas públicas.

Inclusive, no que toca ao caráter instrumental do orçamento e da avaliação de riscos fiscais, cujo fim é a concretização de políticas públicas, é relevante notar o que prescreve a 8ª Edição do MCASP (apesar de o instrumento não ter um foco de tratamento fiscal), destacando que uma boa situação patrimonial e orçamentária do Estado não é suficiente para avaliar o desempenho da Administração Pública de forma geral. Veja-se:

O objetivo principal da maioria das entidades do setor público é prestar serviços à sociedade, em vez de obter lucros e gerar retorno financeiro aos investidores. Esses serviços incluem, por exemplo: programas e políticas de bem-estar, educação pública, segurança nacional e defesa nacional. Consequentemente, o desempenho de tais entidades pode ser apenas parcialmente avaliado por meio da análise da situação patrimonial, do desempenho e dos fluxos de caixa.²⁴

Trata-se de compreensão importante para o estudo dos passivos contingentes, sobretudo em um país marcado por desigualdades e discrepâncias sociais e regionais como o Brasil. Deve-se valorizar, obviamente, a necessidade de previsibilidade orçamentária, austeridade, mapeamento de riscos e adequada gestão fiscal, uma vez que os recursos são escassos. Não se pode perder de vista, entretanto, que, por trás dos números, orçamentos – com todas as particularidades a eles inerentes, inclusive riscos e contingências – refletem políticas públicas, destinadas a pessoas e à sua satisfação.

Desse modo, um planejamento orçamentário e contábil, envolvendo a adequada avaliação de passivos contingentes, deve, como se tem aqui reiterado, funcionar como meio para o atingimento dos fins a que se propõe a Administração Pública.

2.3. Passivos contingentes e as normas de orçamento público

Vistos o arcabouço legislativo e o panorama acerca dos passivos contingentes, se torna possível aprofundar a sua relação com a disciplina presente nas normas de orçamento público.

²⁴ Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p. 19.

Nesse sentido, a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) desempenha papel fundamental na sistematização e uniformização das normas de contabilidade e orçamento público. Essa função ganhou força com a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº101/2000), que atribuiu à STN a realização de normas gerais referentes à consolidação nacional das contas públicas, congregando a União, Estados e Municípios (art. 50, § 2º)²⁵. Tendo em vista essa competência, a Portaria nº 184/2008 do Ministério da Fazenda e o Decreto presidencial nº 6.976/2009 determinam que a STN, enquanto órgão central do Sistema de Contabilidade Federal, edite normativos, manuais e instruções de procedimentos contábeis e plano de contas de âmbito nacional.

Nesse contexto, o órgão passou a ser responsável pela edição dos já referidos Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público (MCASP) e do Manual de Demonstrativos Fiscais (MDF), ambos aplicados à União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Esses instrumentos introduzem classificações contábeis, modos de reconhecimento e enquadramento de ativos, passivos e contingências referentes aos balanços e contas públicas.

Essas categorizações são importantes, pois implicam em consequências práticas de controle fiscal, gerando limitações de investimento e despesas que podem afetar a própria viabilidade de projetos futuros de parcerias. Nesse sentido, o intuito deste subcapítulo é o de, em primeiro lugar, compreender como os passivos contingentes são tratados contabilmente pelas normas da Secretaria do Tesouro Nacional. Posteriormente, visa-se identificar como a efetivação de passivos contingentes, em possíveis pagamentos feitos aos parceiros privados, pode ser classificada e categorizada contábil e orçamentariamente, bem como os mecanismos de controle fiscal ativados a partir disso.

Durante as exposições, também serão realizadas comparações entre a contabilização das contratações tradicionais em relação às PPPs. Metodologicamente, conforme apresentado, deve-se salientar que as concessões comuns não são alvo de tratamento dos manuais da STN. Segundo

²⁵ Segundo o MCASP, “A LRF estabeleceu, ainda, a exigência de realizar-se a consolidação nacional das contas públicas¹. Esta competência é exercida pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN) por meio da publicação anual do Balanço do Setor Público Nacional (BSPN), congregando as contas da União, estados, Distrito Federal e municípios. Tendo em vista essa competência, a Portaria MF nº 184/2008 e o Decreto nº 6.976/2009 determinam que a STN, enquanto órgão central do Sistema de Contabilidade Federal, edite normativos, manuais, instruções de procedimentos contábeis e plano de contas de âmbito nacional, objetivando a elaboração e publicação de demonstrações contábeis consolidadas. Tais instrumentos encontram-se em consonância com as Normas Brasileiras de Contabilidade Técnicas Aplicadas ao Setor Público (NBC TSP) editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC), e buscam a convergência às normas internacionais de contabilidade aplicada ao setor público – International Public Sector Accounting Standards (IPSAS) – editadas pelo International Public Sector Accounting Standards Board (IPSASB). A necessidade de evidenciar com qualidade os fenômenos patrimoniais e a busca por um tratamento contábil padronizado dos atos e fatos administrativos no âmbito do setor público tornou imprescindível a elaboração de um plano de contas com abrangência nacional.” Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p.20.

o item 2.4 do MCASP “*não será objeto deste capítulo a contabilização das concessões comuns, a qual será contemplada nas próximas edições do MCASP*”.²⁶

De forma inicial, cabe saber como os passivos contingentes são tratados pela STN. Segundo o MCASP (baseado na NBC TSP 03 Conselho Federal de Contabilidade), os passivos contingentes são decorrentes de atos potenciais, não devendo ser reconhecidos em contas patrimoniais, mas apenas registrados em contas de controle do ente público (item 12.3 do Manual) e em notas explicativas. Isso significa que, inicialmente, os passivos contingentes não devem constar nos balanços patrimoniais do ente público, sendo indicados nas chamadas “contas de compensado”, que não influem na variação patrimonial do ente (ativos e passivos).

Em resumo, os passivos contingentes não constituem passivos patrimoniais nos balanços públicos. Como consequência, não influem, de forma originária, nos níveis de endividamento ou limitações fiscais para realização de PPPs, já que não constituem, a priori, despesas (tema que ainda será debatido com mais afinco neste tópico). Além disso, também é de se destacar que não há necessidade de se reconhecer, e muito menos de se evidenciar, passivos contingentes que tenham a probabilidade de proporcionar a saída de recursos públicos como remota (mesmo que seus valores correspondentes sejam estimáveis), conforme destaca o item 12.3 do MCASP.

Entretanto, a partir do momento que uma saída possível de recursos se torna provável (e determinável), eles devem ser provisionados, passando a integrar o passivo patrimonial. Nesse sentido, o item 2.4.5 do MCASP ressalta, em relação às parcerias público-privadas, que:

O concedente deverá reconhecer uma provisão para riscos quando for provável a saída de recursos e quando for possível a estimativa confiável do valor. A provisão deverá ser reconhecida em conta patrimonial de Provisão para Riscos Decorrentes de Contratos de PPP. Caso o risco se concretize, o concedente deverá reconhecer a respectiva obrigação a pagar, e a provisão deverá ser baixada. Já no caso de não ser mais provável a saída de recursos relativos ao risco, a provisão deverá ser revertida. Os lançamentos relativos a provisões e passivos contingentes poderão ser consultados no Capítulo 10 da Parte II – Procedimentos Contábeis Patrimoniais (PCP) deste Manual.

Destaca-se que, caso um passivo contingente (depois de devidamente provisionado) venha a se constituir em um crédito futuro para terceiro ou ente privado, deverá este ser devidamente empenhado nos termos do art. 60 da Lei nº 4.320/1964 (dependendo de prévia

²⁶ Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p. 238

aprovação orçamentária²⁷). O empenho nada mais é do que “o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente” (art. 58 da Lei). Sem este ato, veda-se a realização de despesas e pagamentos públicos.

O empenho funciona, portanto, como um ato de controle, identificando o credor e a dotação orçamentária a ser deduzida. Ele pode ser emitido por estimativa, caso não se possa averiguar o montante da despesa (art. 60, § 2º). Entretanto, o pagamento só poderá ser feito quando aquela for líquida (art. 62).²⁸

Feitas essas breves considerações, regressa-se à disciplina estrita das contingências. Segundo o item 12.3 do MCASP, a descrição da natureza jurídica dos passivos contingentes também deve estar presente, mencionando que²⁹:

Para cada tipo/classe de passivo contingente, a entidade deve evidenciar, em notas explicativas, uma breve descrição da natureza do passivo contingente e, quando aplicável:

- a. A estimativa de seu efeito financeiro;
- b. A indicação das incertezas em relação à quantia ou periodicidade da saída; e
- c. A possibilidade de algum reembolso.

Como se percebe, o MCASP prioriza a representação mais fiel possível das consequências financeiras que uma contingência tem o potencial de gerar. Disso, pode-se

²⁷ Cumpre salientar que o empenho somente ocorrerá se a despesa for prevista na Lei Orçamentária Anual (LOA). Ou seja, o reconhecimento contábil não gera necessariamente o empenho do valor devido. Pode ser intentada, também, a abertura de Créditos Orçamentários Adicionais. Estes “São créditos adicionais às autorizações de despesas não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento. Dependendo da sua finalidade, classificam-se em: suplementares, especiais e extraordinários. Os suplementares destinam-se ao reforço de uma dotação orçamentária já existente, ao passo que os especiais visam atender a uma necessidade não contemplada no orçamento. Já créditos extraordinários pressupõem uma situação de urgência ou imprevisão, tal como guerra, comoção interna ou calamidade pública. Os créditos suplementares especiais dependem de autorização legislativa, ao passo que os extraordinários são abertos por decreto do Executivo, que deles dará ciência imediata ao Legislativo. Os créditos adicionais, uma vez aprovados, incorporam-se ao orçamento do exercício”. Mais informações disponíveis em <http://plataformamaisbrasil.gov.br/ajuda/glossario/credito-adicional#:~:text=Os%20suplementares%20destinam%2Dse%20ao,como%3%A7%C3%A3o%20interna%20ou%20calamidade%20p%C3%BAblica>. Acesso em 25 de fevereiro de 2020.

²⁸ Também deve ser destacado que a Lei nº 4.320/1964 veda aos municípios, no último mês dos respectivos mandatos, assumir, por qualquer forma, compromissos financeiros para execução depois do término do mandato do Prefeito (art. 59, §§ 1º e 2º). Seria de se perguntar se, caso um passivo contingente se efetivasse em compromisso financeiro no último mês de mandato, de forma que seu pagamento se estendesse ao mandato posterior, haveria impedimento para o devido empenho. Apesar dos manuais contábeis da STN serem silentes sobre o tema, entendemos que não. Isso porque o município não assumiu de forma voluntária a obrigação decorrente da efetivação de um passivo. Sua previsão, inclusive, pode ser muito anterior ao fim do mandato eletivo de prefeito.

²⁹ Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p.257.

abstrair que, sempre que o valor da contingência possa ser auferido ou estimado, deva ele ser indicado, mesmo que não acarrete efeitos patrimoniais. Isso porque o tratamento quantitativo dos passivos contingentes é o que tem a maior capacidade de representar as estimativas dos seus efeitos financeiros, conforme destaca o MCASP.

O MDF, por sua vez, também acentua esse caráter ao afirmar que os passivos contingentes (para fins de representação fiscal) devem ser os mais transparentes possíveis, buscando a representação que mais se adequa à realidade. Em relação às parcerias público-privadas, o MDF menciona que as contingências devem constar em demonstrativos específicos que discriminem os impactos fiscais das PPPs (item 03.13.01.01), divulgados em relatórios de execução orçamentária (exigidos pelo art. 48 da LRF).

Os atos potenciais passivos devem ser decorrentes de obrigações contratuais, riscos não provisionados, garantias das concessões, entre outros passivos contingentes. O Manual também oferece a seguinte ilustração da forma como este demonstrativo deve se organizar:

Figura 9: Exemplo de Anexo Fiscal

<ENTE DA FEDERAÇÃO>
 RELATÓRIO RESUMIDO DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA
 DEMONSTRATIVO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS
 ORÇAMENTOS FISCAL E DA SEGURIDADE SOCIAL
 <PERÍODO DE REFERÊNCIA>

RREO - Anexo 13 (Lei nº 11.079, de 30.12.2004, arts. 22, 25 e 28) Em reais

IMPACTOS DAS CONTRATAÇÕES DE PPP	SALDO TOTAL EM 31 DE DEZEMBRO DO EXERCÍCIO ANTERIOR	REGISTROS EFETUADOS EM <EXERCÍCIO>	
		No bimestre	Até o Bimestre
TOTAL DE ATIVOS Ativos Constituídos pela SPE			
TOTAL DE PASSIVOS Obrigações decorrentes de Ativos Constituídos pela SPE Provisões de PPP Outros Passivos			
ATOS POTENCIAIS PASSIVOS Obrigações Contratuais Riscos não Provisionados Garantias Concedidas Outros Passivos Contingentes			

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional

A prática, como salientado no subcapítulo anterior, revela que as garantias têm sido contabilizadas como riscos fiscais de maior relevância nos relatórios de execução orçamentária. Como exemplo, veja-se o demonstrativo estadual de PPPs paulistas, referente ao primeiro bimestre de 2020:

Figura 10: Exemplo de Demonstrativo Fiscal

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO RESUMIDO DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA
DEMONSTRATIVO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS
ORÇAMENTOS FISCAL E DA SEGURIDADE SOCIAL
JANEIRO A FEVEREIRO DE 2020 - 1º BIMESTRE

Em milhares (R\$)

IMPACTOS DAS CONTRATAÇÕES DE PPP	SALDO TOTAL EM 31 DE DEZEMBRO DE 2019	REGISTROS EFETUADOS EM 2020	
		No bimestre	Até o Bimestre
TOTAL DE ATIVOS	4.305.992	-	4.305.992
Ativos Constituídos pela SPE	4.305.992	-	4.305.992
TOTAL DE PASSIVOS	1.934.613	-	1.934.613
Obrigações decorrentes de Ativos Constituídos pela SPE	1.934.613	-	1.934.613
Provisões de PPP	-	-	-
Outros passivos	-	-	-
ATOS POTENCIAIS PASSIVOS	8.984.741	18.130	9.002.871
Obrigações contratuais	5.399.066	-	5.399.066
Riscos Não Provisionados	364.588	-	364.588
Garantias concedidas	3.221.087	18.130	3.239.217
Ind. Farmacêutica de Américo Brasileiro - IFAB - FURP	66.820	429	67.249
Habituação - Lote 1 - SH	1.717.563	7.506	1.725.070
Tambores	264.022	0	264.022
Sist. Int. Metrop. da Reg. Met. Baixada Santista - SIM RMBS - STM	18.020	116	18.136
Linha 4 - Metrô	671.131	7.351	678.482
Linha 6 - Metrô	356.167	2.288	358.456
Linha 8 - CPTM	59.037	0	59.037
Complexos Hospitalares - SS	68.326	439	68.765
Outros Passivos Contingentes	-	-	-

Fonte: Governo do Estado de São Paulo

O Manual de Demonstrativos Fiscais também traz exemplos de como os passivos contingentes devem ser demonstrados nos Anexos de Riscos Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias, conforme exigido pela LRF (art. 4º, § 3º).³⁰ Estes devem vir acompanhados das chamadas "providências", que evidenciam as medidas a serem tomadas caso os passivos contingentes se concretizem em obrigações líquidas, certas e exigíveis.

Nesse sentido, as reservas de contingência ganham papel de destaque, como destacado nos subcapítulos anteriores, já que permitem a realização de passivos contingentes que se concretizem. A evidenciação das contingências e suas respectivas providências deveria se dar da seguinte forma:

³⁰ Manual de Demonstrativos Fiscais. 11ª edição. P. 48-49.

Figura 11: Exemplo de Rubrica (Contingências)

<ENTE DA FEDERAÇÃO>
 LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS
 ANEXO DE RISCOS FISCAIS
DEMONSTRATIVO DE RISCOS FISCAIS E PROVIDÊNCIAS
 <ANO DE REFERÊNCIA>

PASSIVOS CONTINGENTES		PROVIDÊNCIAS	
Descrição	Valor	Descrição	Valor
Demandas Judiciais			
Dívidas em Processo de Reconhecimento			
Avais e Garantias Concedidas			
Assunção de Passivos			
Assistências Diversas			
Outros Passivos Contingentes			
SUBTOTAL		SUBTOTAL	

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional

Em síntese, os manuais priorizam uma representação de contingências que sejam, ao mesmo tempo, qualitativas (descrição detalhada dos passivos, suas origens e indicação da possibilidade de saída), bem como quantitativas, sempre que auferível. Ambas as medidas são de extrema importância para a fiel representação financeira e possíveis impactos orçamentários e fiscais que os passivos contingentes podem vir a representar.

Entretanto, a despeito disso, o que a prática vem evidenciado, sobretudo no âmbito das parcerias público-privadas, é uma predominância da representação qualitativa das contingências, sendo raras sistematizações de demonstrações quantitativas. As descrições dos passivos contingentes também costumam ser genéricas, sem perpassar pelos pontos descritivos requeridos pelo item 12.3 do MCASP (apresentados anteriormente). Para se ter exemplo, pode-se valer da discriminação de passivos contingentes da Lei de Diretrizes Orçamentárias do Estado de São Paulo referente ao exercício de 2021, trazido no tópico 2.2:

Figura 12: Passivos Contingentes na LOA

37. Processo nº 1022448-92.2017.8.26.0053

Parte autora: RODOVIAS INTEGRADAS DO OESTE S.A

Objeto: Reequilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão de rodovia 010/CR/2000

Risco: Possível

Órgão ou entidade: ARTESP - AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Estimativa de impacto: Não há

38. Processo nº 1026963-78.2014.8.26.0053

Parte autora: Concessionária do Rodoanel Oeste S/A - Rodoanel

Objeto: Desconstituição de deliberação da Artesp para o fim de manter a regularidade do Contrato de Concessão nº 005/CR/98, assegurando a aplicação do critério previsto no contrato (IPCA) para o reajuste anual

Risco: Possível

Órgão ou entidade: ARTESP - AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Estimativa de impacto: Não há

39. Processo nº 1036762-48.2014.8.26.0053

Parte autora: Concessionária de Rodovias Tebe S/A

Objeto: Validade da deliberação da ARTESP que autorizou a compensação dos valores obtidos com o valor do reajuste do pedágio de 2014,

Risco: Possível

Órgão ou entidade: ARTESP - AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Estimativa de impacto: Não há

Como se pode verificar, há apenas uma descrição genérica dos passivos que não se permite ter qualquer representação dos reais impactos financeiros e orçamentários que estes passivos podem gerar. A Lei também não traz um anexo de riscos fiscais conforme exemplificado no MDF, havendo carência da identificação das providências a serem tomadas caso os passivos contingentes sejam realizados.

Neste ponto, também é de se destacar que os passivos contingentes relacionados às PPPs (em sua função fiscal) não contam com uma análise probabilística dos eventos futuros que possam constituir uma obrigação de provisionamento ou efetivação em dívidas líquidas, exigíveis e certas. Os manuais e normativas da STN não preveem critérios para averiguar a probabilidade de efetivação dos passivos contingentes. A própria classificação de saídas como “provável”, “possível” ou “remota”, conforme indicado no subcapítulo 2.2, não conta com critérios claros ou objetivos de

identificação. A ³¹exceção a este cenário é a análise probabilística da efetivação de passivos contingentes associados a desembolsos extraordinários decorrentes de demandas judiciais.

Nessa linha, cita-se a Portaria nº 40 da Advocacia Geral da União (AGU), vigente apenas para a Administração Pública federal. A norma busca proporcionar a “prestação de informações por parte da Advocacia-Geral da União - AGU para confecção do Anexo de Riscos Fiscais previsto no §3º do art. 4º da Lei Complementar nº 101”. A portaria se vale de elementos processuais e jurisprudenciais para classificar eventuais saídas de caixa decorrentes da perda de demanda judiciais nos Tribunais Superiores como “prováveis”, “possíveis” ou “remotas”. Veja-se a disciplina da AGU:

Art. 3º A classificação das ações quanto à probabilidade de perda observará os seguintes critérios:

I - do Risco Provável, que abrange:

- a) ação judicial de conhecimento, ação de controle concentrado de constitucionalidade ou recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida sobre conjunto de ações judiciais fundadas em idêntica questão de direito com decisão de órgão colegiado do STF desfavorável à Fazenda Pública; e
- b) ação judicial de conhecimento ou recurso representativo de controvérsia com decisão de órgão colegiado do Superior Tribunal de Justiça - STJ ou do Tribunal Superior do Trabalho - TST desfavorável à Fazenda Pública, que não tenha matéria passível de apreciação pelo STF. (NR)

II - do Risco Possível, que abrange:

- a) ação judicial de conhecimento, recurso extraordinário sobre processo individual ou recurso extraordinário desde o reconhecimento da repercussão geral sobre conjunto de ações judiciais fundadas em idêntica questão de direito até a decisão de órgão colegiado do STF desfavorável à Fazenda Pública; e
- b) ação judicial de conhecimento ou recurso representativo de controvérsia com decisão de órgão colegiado do Superior Tribunal de Justiça - STJ ou do Tribunal Superior do Trabalho - TST desfavorável à Fazenda Pública, que tenha matéria passível de apreciação pelo STF. (NR)

III - do Risco Remoto, que abrange as ações judiciais que não se enquadrem nas classificações previstas nos incisos I e II. (NR)

³¹ Também é interessante trazer, aqui, considerações acerca das normas contábeis privadas sobre a estimação de saídas como prováveis, possíveis ou remotas. Nesse sentido, cita-se o pronunciamento técnico nº 25 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC). As considerações do setor privado também são genéricas, dispondo o seguinte: “Para a finalidade deste Pronunciamento Técnico, uma saída de recursos ou outro evento é considerado como provável se o evento for mais provável que sim do que não de ocorrer, isto é, se a probabilidade de que o evento ocorrerá for maior do que a probabilidade de isso não acontecer”. Para saídas possíveis e remotas a norma apenas as trata como “saídas possíveis de acontecerem” ou improváveis. Norma Técnica N°25 CPC, p.7.

No âmbito das parcerias público-privadas, este tratamento probabilístico poderia ser útil em ações judiciais que discutissem obrigações relativas às concessões (inclusive as decorrentes da efetivação de riscos) a serem suportadas pelo Poder Público. Entretanto, suas disposições são limitadas, não se aplicando a Estados e Municípios.

Além disso, as incertezas relativas à segurança jurídica brasileira podem prejudicar a previsibilidade das classificações feitas. Passivos contingentes que não decorram de judicialização, mas diretamente de disposições contratuais (muito importante no âmbito das parcerias), também continuam sem nenhum tratamento probabilístico mais efetivo.

Outro ponto importante se refere à necessidade de uma adequada relação entre a probabilidade de concretização de um risco assumido pelo Poder Público, gerando passivos contingentes, com o contingenciamento efetivo de recursos (por meio de reservas) que garantam liquidez para possíveis pagamentos futuros. Nesse ponto, o importante parece ser o estudo de uma relação de proporcionalidade. Quanto maior for a probabilidade de ocorrência de um risco e da estimativa de valor a ser suportado pelo ente público, maior deve ser o contingenciamento de recursos, de forma que ambos os elementos guardem uma relação de proporcionalidade.

Para tornar essas considerações um pouco menos abstratas, podemos pensar em um caso concreto. Imagine-se que, em um contrato de parceria público-privada, o Poder Concedente assume parte do risco de não efetivação da demanda prevista, garantindo certo fluxo mínimo de receitas ao concessionário. Para estimar o contingenciamento necessário (para fins fiscais), frente a este risco, pode-se associar certos percentuais de variação de demanda com a probabilidade do risco se efetivar. Com isso, poder-se-ia fazer inferências do seguinte modo: caso haja uma variação de 40% na demanda, haverá uma probabilidade 95% da assunção do risco pelo poder público se efetivar, gerando determinada proporção de contingenciamento (caso hipotético).

Tal modelo necessitaria de métodos adequados para a sua efetivação, além de avaliação e acompanhamento periódico (conforme destacado em subcapítulos anteriores), permitindo a atualização constante de contingenciamento do orçamento, por meio dos instrumentos já discutidos, assegurando a liquidez de possíveis compromissos futuros a serem assumidos pelo ente público.

No âmbito das concessões comuns, sujeitas ao pagamento de outorga, uma relação de assunção de riscos e contingenciamento pode ter aplicação mais dinâmica. Isso porque os riscos extraordinários que venham a ser assumidos pelo Poder Concedente podem ser garantidos não pelas reservas de contingências tradicionais (que imobilizam recursos públicos), mas por métodos que não representem o empenho ou contingenciamento direto de recursos públicos. Nesse sentido, podemos citar a alteração ou suspensão dos valores a serem pagos como outorga variável ou até a prorrogação do prazo de concessão.

Contratos de concessão, como o do Trecho Oeste do Rodoanel paulista (Contrato de Concessão Rodoviária nº 001/ARTESP/2008), já previam instrumentos semelhantes. Na ocorrência de eventos extraordinários, como os de caso fortuito e força maior, os riscos e consequências desses acontecimentos não eram integralmente assumidos pelos privados, gerando direito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão em seu favor. Esses fatos, aplicados a certos contextos como o da atual pandemia, podem gerar passivos contingentes ou até provisionamentos pelo Poder Público, já que este pode vir a arcar com parte da queda acentuada de demanda dos serviços oferecidos. O contingenciamento nesses casos, entretanto, não se dava necessariamente a partir de desembolsos do Poder Concedente, conforme se pode verificar da Cláusula 23.2 do Contrato de Concessão³²:

Sempre que haja direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, esta será implementada tomando por base os efeitos dos fatos que lhe deram causa, nos itens respectivos das projeções financeiras incluídas na proposta, por meio de uma das seguintes modalidades previstas na Resolução ST-2 de 11/03/2005:

- I. Prorrogação do prazo de concessão;
- II. Revisão do programa de investimentos;
- III. Utilização de ônus fixo, ouvido o DER previamente;
- IV. Revisão tarifária;
- V. Utilização de ônus variável;
- VI. Emprego de verbas do tesouro;
- VII. Utilização de uma ou mais modalidades.

Ou seja, as concessões permitem que os contingenciamentos se deem de formas alternativas que podem ser objeto de diálogo com os concessionários, garantindo a efetiva liquidez dos empreendimentos.

Em resumo, tem-se que as relações de probabilidade são essenciais para estimar e representar passivos contingentes, bem como proporcionar o adequado contingenciamento de recursos por meio de reservas. Entretanto, a questão que surge é a seguinte: Qual método de análise adotar para isso?

Na experiência internacional existem alguns exemplos interessantes de estimação probabilística de desembolsos extraordinários realizados nas PPPs, em decorrência da efetivação de contingências.

³²Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx>

Com base no Estudo do Banco Mundial "*How do Countries Measure, Manage, and Monitor Fiscal Risks generated by public-private partnerships*"³³, destaca-se o exemplo do Chile, que adota a chamada "simulação de Monte Carlo" para estimar a probabilidade de efetivação de riscos e dos pagamentos futuros realizados ao ente privado. Essa simulação nada mais é do que um programa computacional que avalia a possibilidade de certos riscos assumidos pelo Poder Público se efetivarem, guardando relação direta com os passivos contingentes. O programa é alimentado por uma base de dados associados a estes riscos, como a demanda e oferta do serviço oferecido, bem assim as estimativas de suas curvas de crescimento ou decrescimento.

Nesse sentido, se mostra essencial o acompanhamento constante da execução dos projetos de parcerias (como abordado no subcapítulo 2.2), de forma que se torne viável a coleta periódica de dados que permitam estimações probabilísticas computacionais³⁴, facilitando, também, efetivos contingenciamentos que guardem proporção com os riscos. Segundo o Relatório (p. 20):

the Formulation for each project of the stochastic model (a model with trend and a random element) to estimate the variable that activates the guarantee (e.g. traffic revenue). The starting point is the realized traffic revenues from the previous year. Future revenues are estimated taking into account all recent data. Geometric Brownian (random walk with drift) provides randomness. A rough estimate of the correlations among the revenues on different roads is incorporated in the model. Combination of these two models in a Monte Carlo simulation to obtain the probability distribution of the future payments. The probability distribution would allow for computation of the amount expected to be paid on average (expected loss) or the Value at Risk (maximum probable loss under a certain confidence level). Computation of the estimated payments in present value terms, with appropriate adjustments to the discount rate reflecting the timing of the payments and their risk characteristics³⁵.

³³ World Bank Group. *How do Countries Measure, Manage, and Monitor Fiscal Risks generated by public-private partnerships*. September 2014.

³⁴ Nesse sentido, experiências como a CAC-PPP, como abordado anteriormente, são bem-vindas. Órgãos e comitês de acompanhamento dos projetos poderiam ter papel fundamental no fornecimento de dados referentes ao andamento das parcerias público-privadas.

³⁵ Em tradução livre dos autores: "a Formulação para cada projeto do modelo de estocástica (um modelo com tendência e um elemento aleatório) para estimar a variável que ativa a garantia (por exemplo, receita de tráfego). O ponto de partida são as receitas de tráfego realizadas do ano anterior. As receitas futuras são estimadas levando em consideração todos os dados recentes. Um Browniano geométrico (conceito matemático derivado) fornece aleatoriedade. Uma estimativa grosseira das correlações entre as receitas em diferentes estradas é incorporada ao modelo. A combinação desses dois modelos em uma simulação de Monte Carlo nos permite obter a distribuição de probabilidade dos pagamentos futuros. Essa distribuição de probabilidade permitiria o cálculo do valor esperado a ser pago em média (perda esperada) ou o Valor em risco (perda máxima provável sob um determinado nível de confiança). O programa computacional estima os pagamentos em termos de valor presente, com ajustes adequados à taxa de desconto, refletindo o momento dos pagamentos e suas características de risco."

Assim, com base em um programa computacional que trata dados referentes à própria execução contratual de parcerias público-privadas, o Chile consegue estimar probabilidades de que as previsões dos passivos contingentes se efetivem. O Estudo do Banco Mundial também destaca que países como o Peru, África do Sul e Turquia priorizam meios de diminuir a efetivação de riscos que gerem passivos contingentes, em detrimento de análises probabilísticas.

Além disso, a experiência da Colômbia é outro exemplo que deve ser destacado. A legislação orçamentária e fiscal do país (sobretudo a Lei nº 448/98), prevê a existência de um Fundo de Contingência vinculado a cada entidade estatal, relacionadas aos governos nacionais e subnacionais.

Esse fundo deve ter seus valores periodicamente atualizados através dos chamados “Planos de Aporte”, que avaliam a possibilidade de materialização de riscos e sua consequente tradução em obrigações ou passivos financeiros. Uma descrição mais detalhada do sistema colombiano de controle e acompanhamento de passivos contingentes pode ser consultada abaixo:

En este contexto, se expidió la Ley 448 de 1998 por medio de la cual se adoptaron medidas para el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales. De acuerdo con esta Ley, la Nación y las entidades territoriales o descentralizadas, de cualquier orden, deben incluir, en sus presupuestos de servicio de deuda, apropiaciones para cubrir las posibles pérdidas derivadas de las obligaciones contingentes a su cargo. Asimismo, se estableció el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales para atender las obligaciones contingentes y los riesgos de las entidades estatales, según determine el Gobierno, y para evitar la volatilidad fiscal.

El Decreto 423 implantó un procedimiento claro y detallado para el manejo de los recursos a través del Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales. Este incluye la obligación de mantener los aportes ante la posible ocurrencia de obligaciones contingentes; los criterios para efectuar transferencias de recursos dentro de las subcuentas y los aumentos o disminuciones de los Planes de Aportes, derivados del seguimiento permanente a los riesgos y a los reembolsos de dichos aportes³⁶.

³⁶ Em tradução livre: “ Nesse contexto, foi promulgada a Lei 448, de 1998, por meio da qual foram adotadas medidas para a gestão das obrigações contingentes dos entes estatais. Nos termos desta Lei, a Nação e as entidades territoriais ou descentralizadas, de qualquer ordem, devem incluir, nos seus orçamentos do serviço da dívida, dotações para cobertura de eventuais perdas decorrentes de obrigações contingentes a seu cargo. Da mesma forma, o Fundo de Contingência de Entidades Estaduais foi estabelecido para atender às obrigações contingentes e riscos das entidades estaduais, conforme determinado pelo Governo, e para evitar a volatilidade fiscal. O Decreto 423 introduziu um

Ou seja, o Fundo de Contingências colombiano funciona como um mecanismo de liquidez e de controle da volatilidade fiscal, assegurando recursos garantidos para a transformação de passivos contingentes em contingências reconhecidas nos balanços fiscais e orçamentários, além de se garantir confiança de adimplemento ao mercado por meio da revisão periódica dos riscos dos passivos contingentes e de aportes regulares nos mencionados fundos.

Porém, no contexto brasileiro, no caso de efetivação e concretização das contingências, também devem ser motivo de atenção as formas contábeis e orçamentárias como as obrigações relativas às PPPs são contabilizadas pelos entes públicos. Isso porque, caso um passivo contingente tenha sua previsão efetivada, convertendo-se em passivo patrimonial, poderá gerar importantes efeitos para fins de controle fiscal, referentes às limitações de despesas com os contratos de parcerias público-privadas (art. 28 da Lei de PPPs).

Destaca-se que os passivos contingentes, por si mesmos, não têm o condão de influenciar as limitações fiscais, seja em relação às PPPs ou em referência às dívidas públicas. Isso ocorre porque estes não são passivos concretos, ou seja, não integram, efetivamente, o passivo patrimonial³⁷. A consequência é que os passivos contingentes não são registrados como despesas (já que integram contas de controle, como expresso anteriormente), sendo que não aumentam ou diminuem os passivos e ativos do ente público. Como será especificado com maiores detalhes neste tópico, a contabilização de limitações fiscais e orçamentárias, no sistema brasileiro, trabalha com a consideração de despesas evidenciadas nas contas públicas. Não sendo os passivos contingentes registrados como despesas, não importam nos mecanismos de controle fiscal³⁸. Além disso, cumpre salientar, como descrito anteriormente, que mesmas dívidas que vejam a ser

procedimento claro e detalhado para a gestão de recursos por meio do Fundo de Contingência de Entidades do Estado. Isso inclui a obrigação de manter as contribuições contra a possível ocorrência de obrigações contingentes; os critérios de realização de transferências de recursos dentro das subcontas e de aumentos ou reduções dos Planos de Contribuição, decorrentes do monitoramento permanente dos riscos e do reembolso das referidas contribuições". Disponível em: https://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-009873%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased. Acesso em 26 de outubro de 2021

³⁷ Item 12.3 do Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p.257.

³⁸ Nesse sentido, seria de se questionar se as “reservas de contingência” constituem impactos patrimoniais nos balanços públicos. Segundo o MCASP “A classificação da Reserva de Contingência, destinada ao atendimento de passivos contingentes e outros riscos, bem como eventos fiscais imprevistos, e da Reserva do Regime Próprio de Previdência Social, quanto à natureza da despesa orçamentária, serão identificadas com o código “9.9.99.99”, conforme estabelece o parágrafo único do art. 8º da Portaria Interministerial STN/SOF nº 163, de 2001. Todavia, não são passíveis de execução, servindo de fonte para abertura de créditos adicionais, mediante os quais se darão efetivamente a despesa que será classificada nos respectivos grupos”. Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p.72. A consideração, entretanto, gera dúvidas. Ao mesmo tempo que a “reserva” imobiliza recursos ela não é passível de execução. Assim, não se pode afirmar que as “reservas de contingência” geram, realmente, passivos patrimoniais. Nenhuma outra normativa da STN, entretanto, disciplina o tema, restando certa dúvida acerca do assunto.

reconhecidas, no âmbito de um projeto de PPP, são contabilizadas fora dos balanços e demonstrativos de controle da dívida pública (arts 29,30 e 31 da LRF).³⁹

A situação se altera, relação às limitações fiscais do art.28 da lei de PPPs, quando essas contingências são provisionadas (se convertem, efetivamente, em provisões). Nesses casos, as provisões passam a integrar o passivo patrimonial, podendo ser contabilizadas como despesas. Nesse sentido, o item 12.2.1 do MCASP destaca que “atendidos os requisitos, as provisões devem ser reconhecidas no passivo, em contas patrimoniais específicas”. Tais requisitos são aqueles especificados no subcapítulo 2.2, que se resumem a três exigências cumulativas⁴⁰: (a) Exista uma obrigação presente (formalizada ou não) resultante de eventos passados; (b) seja provável⁴¹ uma saída de recursos que incorporam benefícios econômicos ou potencial de serviços para a extinção da obrigação; e (c) seja possível fazer uma estimativa confiável do valor da obrigação. Caso falte qualquer um desses requisitos, haverá de se reconhecer passivos contingentes e não provisões, não havendo alteração dos balanços patrimoniais.

O Manual também determina a reavaliação constante das provisões, de forma que elas representem o contexto fiscal mais próximo da realidade (possíveis saídas). Nesse sentido, também disciplina o MCASP:⁴²

12.2.2.2. Mudanças nas Provisões

³⁹ Como anteriormente mencionado, somente dívidas decorrentes de operações de crédito e de emissão de títulos públicos são consideradas para fins do controle dos limites de endividamento. O MDF também não faz qualquer exigência sobre o tema, mesmo que as operações financeiras das PPPs possam se assemelhar ao intuito das operações de crédito (financiamento de investimentos de longo prazo). Parcerias que envolvam operações de mútuo, entretanto, podem ter tal valor contabilizado para fins de controle do endividamento público, já que se classificam como operações de crédito (MDF.P.178).

⁴⁰ Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p.253, item 12.2.1.

⁴¹ Como salientado anteriormente, neste tópico, a classificação de uma obrigação como “provável” tem conceituação genérica, dispondo o MCASP que “Uma saída de recursos é considerada como provável se a probabilidade de o evento ocorrer for maior que a de não ocorrer. Quando a probabilidade for baixa, deve-se evidenciar um passivo contingente. Apenas se a possibilidade for remota não será necessária a divulgação do evento”. Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p.253, item 12.2.1. No mesmo sentido editam as normativas da contabilidade privada (Nota Técnica nº15, CPC).

⁴² Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p.255. O MCASP também dita que “Quando o efeito do tempo no dinheiro for material, o valor da provisão deve corresponder ao valor presente dos desembolsos que se espera que sejam exigidos para liquidar a obrigação. Assim, o valor da provisão deverá ser descontado utilizando-se uma taxa que reflita as atuais avaliações de mercado quanto ao valor do dinheiro no tempo e aos riscos específicos para o passivo. A taxa a ser utilizada pode variar a depender do tipo de provisão a ser registrada. São exemplos de taxas usualmente utilizadas para desconto a valor presente: Selic, IPCA e TJLP.p.254

As provisões devem ser reavaliadas na data de apresentação das demonstrações contábeis e ajustadas para refletir a melhor estimativa corrente.

Quando não houver mais incertezas quanto ao valor e ao prazo de determinado passivo este deixará de ser uma provisão, devendo ser reconhecida a obrigação a pagar correspondente. O valor da obrigação a pagar poderá ser exatamente igual ao valor provisionado, situação na qual haverá o registro de um fato meramente permutativo. Entretanto, o valor da obrigação a pagar poderá ser inferior ou superior ao valor da provisão. Nesses casos, deverá ser registrada uma variação patrimonial diminutiva com a complementação ou uma variação patrimonial aumentativa com a reversão da provisão, respectivamente.

O trecho também acaba por refletir a consideração das provisões como despesas já efetivadas⁴³. Isso porque, caso a provisão se converta em uma obrigação efetiva, gerando o dever de pagamento, não haverá variação patrimonial, mas apenas a mudança da classificação contábil do evento relacionado ao evento que efetivou a despesa concreta (fato meramente permutativo). A exceção é quando o valor provisionado não é exatamente igual à obrigação de pagar, casos em que poderá ser registrada uma variação patrimonial, de forma a igualar os valores. Em resumo, tem-se que os passivos contingentes não geram efeitos para fins de averiguação dos diferentes mecanismos de controle fiscal.

Feitas essas considerações, é fundamental aprofundar a compreensão de como as obrigações do Poder Público com as concessões e PPPs interagem com as normas de orçamento público e suas classificações. Nos moldes do art. 12 da Lei nº 4.320/1964, os pagamentos públicos feitos a terceiros e privados são despesas que podem ser divididas em duas categorias principais: as despesas correntes e as despesas de capital. Estas guardam relação com a finalidade das despesas.

Segundo a Lei nº 4.320/1964, as despesas correntes podem ser classificadas como “despesas de custeio”, que se prestam à contratação e manutenção de serviços, inclusive os destinados a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis, ou como “transferências correntes”, definidas como *“as dotações para despesas as quais não corresponda*

⁴³ Entretanto, há de se ressaltar que não há, nos instrumentais da STN, afirmação categórica de que as provisões sejam “despesas”. Esta inferência se dá graças às disposições trazidas, que demonstram os mesmos efeitos patrimoniais que uma despesa traria sendo aplicados às provisões. Entretanto, para se averiguar os efeitos fiscais específicos a serem gerados, dever-se-ia, como se aprofundará mais adiante, estudar a classificação que as eventuais despesas teriam (correntes ou de capital). Para isso, o ideal parece seria identificar como a despesa efetiva, no caso do reconhecimento da obrigação de pagar correspondente, teria. Assim, seria identificado o efeito fiscal específico do feito (art.20 da Lei de PPPs ou art.30 da LRF). Entretanto, interpretações díspares a esta podem ser possíveis. Caso não considere uma provisão como despesa, não haveriam efeitos para fins de controle fiscal.

contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manutenção de outras entidades de direito público ou privado” (art.12, § 2º).

As contabilizações das despesas correntes têm papel primordial no contexto das PPPs. Como destacado nos subcapítulos anteriores, o art. 28 da Lei de PPPs impõe algumas limitações fiscais que podem impedir a realização de novas parcerias. No caso da União, a contratação de parcerias público-privadas só é admitida quando a soma das despesas de caráter continuado decorrentes de todo o conjunto das parcerias já contratadas não tenha excedido, no ano anterior, 1% da receita corrente líquida ⁴⁴do exercício, além de as despesas anuais dos contratos vigentes, para os próximos dez anos, não excederem a 1% da receita corrente líquida projetada para os exercícios vindouros.

Em relação aos entes subnacionais, a União não poderá lhes conceder garantia ou realizar transferência voluntária se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas tenha excedido, no ano anterior, a 5% da receita corrente líquida (RCL) do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes para os dez anos subsequentes excederem o mesmo percentual da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. Percebe-se aqui que essa limitação, em realidade, constitui grande desincentivo aos entes subnacionais. Se as despesas de caráter continuado ultrapassarem 5% da RCL, a União será impedida de conceder garantia aos mesmos ou, muito menos, subsidiar os projetos por transferências voluntárias.

Essas despesas de “caráter continuado”, limitadas a certos percentuais da despesa corrente líquida dos entes federados, são justamente as despesas correntes provenientes dos contratos já estabelecidos. A associação entre estes dois termos seria decorrente do art. 17 da LRF⁴⁵. Nesse sentido, Maurício Portugal Ribeiro defende que:

O artigo 28, da Lei 11.079/04, ao estabelecer limite para “despesas de caráter continuado” com PPPs utilizou claramente categoria que remete a noção de “despesas correntes”. Do ponto de vista da legislação sobre responsabilidade fiscal, existe a categoria das “despesas obrigatórias de caráter continuado”,

⁴⁴ O art.1º, Inciso IV, da LRF (Lei Complementar nº 101) define receita corrente líquida como o “somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição; b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição. Também são computados como receitas correntes líquidas, no caso de Estados e Municípios, os recursos provenientes da Lei Kandir e do Fundeb (O art.1º, § 1º da LRF).

⁴⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal. **20 anos da Lei de Concessões, 10 anos da Lei de PPPs**: viabilizando a implantação e melhoria de infraestruturas para o desenvolvimento econômico-social. Disponível em <https://portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. P. 336.

definida na LRF — Lei de Responsabilidade Fiscal como “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” (art. 17). A LRF dá um tratamento diferenciado a criação dessas despesas, em vista dos riscos que elas trazem para a situação fiscal do ente público. No caso das despesas com PPPs, elas não são “obrigatórias” para efeito do art. 17, pois não derivam diretamente de Lei ou de ato administrativo normativo, mas sim de contrato.

Segundo esse entendimento, o art. 17 da LRF definiria o conceito geral de “despesas de caráter continuado” como despesas correntes. Estas poderiam ser obrigatórias (nos termos descritos da lei) ou não obrigatórias, como no caso das contratações com o Poder Público. Com isso, nos casos das PPPs, somente as despesas correntes se submeteriam aos limites para efetivar novas parcerias, nos termos do art. 28 da Lei de PPPs. O mesmo entendimento pode ser encontrado em relatório do BNDES sobre “O limite de comprometimento da Receita Corrente Líquida em contratos de parceria público-privada”.⁴⁶

Além disso, pareceres da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, que analisam os limites de despesas continuadas os programas de parcerias de Estados e Municípios, como estabelece o art. 28, § 1º, da Lei de PPP, também classificam as despesas de caráter continuado como correntes. Em realidade, os documentos chegam a enunciar que as despesas correntes evidenciadas em PPPs seriam de caráter obrigatório, nos termos do art. 17 da LRF. Nesse sentido cita-se o parecer referente ao Ofício nº 21 de 2015⁴⁷ (programa de parcerias do Estado de São Paulo), relatado pela Senadora Marta Suplicy. O texto assim dispôs:

A Lei nº 11.079, de 2004, instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Em seu art. 28, determinou que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por intermédio de parcerias público-privadas encaminharão ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação, as informações necessárias para a verificação do cumprimento dos limites e parâmetros nele estabelecidos.

Do ponto de vista das finanças públicas, as parcerias pretendidas envolvem contraprestações financeiras pelo Estado de São Paulo que constituem despesas

⁴⁶ Gazzaneo, Bruno. Belsito, Felipe Benedito Viana. O limite de comprometimento da Receita Corrente Líquida em contratos de parceria público-privada. Revista do BNDES 39, junho 2013. Segundo o estudo, “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”. P.154-155.

⁴⁷ COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS. Parecer sobre o Ofício “S” nº 28, de 2015 (Ofício nº 21, de 22 de janeiro de 2015, na origem), da Secretaria de Governo do Estado de São Paulo que encaminha ao Senado Federal, nos termos do § 1º do art. 28 da Lei nº 11.079, de 2004, informações sobre os processos de contratação de parcerias público-privadas.

obrigatórias de caráter continuado. Nos termos definidos no art. 17 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), *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.*

Em termos semelhantes, citam-se o parecer em resposta ao ofício nº12 de 2011⁴⁸ (Programa de Parcerias do Rio Grande do Norte) e parecer da consultoria jurídica do Senado Federal, realizado por Alexandre Castelo Rocha⁴⁹.

Entretanto, a despeito desses entendimentos, a última edição do MDF trouxe à baila considerações que contribuem para um cenário de insegurança jurídica na definição das despesas continuadas como correntes. O Manual⁵⁰ assim dispõe:

03.13.02.02 Despesas de Caráter Continuado

Para efeitos de verificação dos limites estabelecidos na Lei nº 11.079/2004, serão consideradas despesas de caráter continuado todas as despesas executadas, correntes e de capital. No entanto, apenas as despesas correntes de caráter continuado irão compor o cálculo da margem líquida de expansão das DOCC constante do Anexo de Metas Fiscais.

Em suma, de acordo com o MDF, quaisquer despesas relativas às parcerias público-privadas, sejam correntes ou de capital (como será tratado posteriormente), deveriam ser contabilizadas nos limites de 5% da RCL para Estados e Municípios e de 1% para União. Entretanto, essa interpretação demonstra ser incoerente com as posições predominantes na doutrina e em instituições como o Senado Federal. Talvez possa se questionar, inclusive, a contrariedade da norma do STN com as disposições legislativas dadas pela LRF. O próprio dispositivo do MDF parece ter uma incoerência interna, já que afirma que apenas despesas

⁴⁸ COMISSÃO DE SERVIÇOS DE INFRAESTRUTURA, sobre o Ofício “S” nº 12, de 2011 (Ofício nº 001/2011/PRE, de 12 de abril de 2011, na origem), do Conselho Estadual Gestor de Parcerias Público-Privadas do Estado do Rio Grande do Norte (CGPPP/RN), que encaminha ao Senado Federal, nos termos do § 1º do art. 28 da Lei nº 11.079, de 2004, o processo licitatório da construção e operação do Estádio Novo Machado/Arena das Dunas.

⁴⁹ C. ALEXANDRE A. ROCHA. Controle das Parcerias Público Privadas. Consultoria Jurídica do Senado Federal, 2010.

⁵⁰ Manual de Demonstrativos Fiscais. 11ª edição. P.487.

correntes devem ser computadas na expansão das despesas de caráter continuado obrigatório nos Anexos de metas fiscais⁵¹.

O fato é que o dispositivo do MDF não parece ter justificações que indiquem a viabilidade de tal interpretação. Destaca-se que a interpretação feita pelo MDF não foi encontrada em nenhum outro regulamento, norma, parecer ou análise doutrinária. Também não há qualquer indício de que a disposição do STN de classificar despesas de caráter continuado como a junção das correntes e de capital tenha sido efetivamente aplicada por algum ente público. A evidenciação de despesas de caráter continuado como despesas correntes (somente) parece ser a mais adequada diante do contexto atual, merecendo debates aprofundados.

Assim, para estes fins, sempre que se evidenciar uma despesa corrente relativa a contratos de PPPs, ela contribuirá para o atingimento dos limites fiscais impostos na Lei nº 11.079/2004, impondo uma barreira às contratações futuras. Contudo, rememora-se que o descumprimento do entendimento da STN, sem respaldo em decisão judicial, apode acarretar graves consequências para o Estado. O ideal, por isso, é seguir as diretrizes da STN, mas estimular as incongruências aqui apontadas.

Também é de se destacar que as despesas correntes podem abranger despesas que ultrapassam a simples associação com a prestação de serviços. Cita-se, aqui, o caso das indenizações que o Poder Público pode ter que pagar ao parceiro privado. Conforme o item 4.2.2.1 do MCASP, as indenizações, de forma geral, são contabilizadas como encargos especiais⁵². Estes, por sua vez, integram a categoria geral dos encargos que são contabilizados como despesas correntes, conforme o art. 13 da Lei nº 4.320/1964 (despesas de custeio).

Uma exceção pode se referir às indenizações que visem à amortização de investimentos realizados por privados (no caso da rescisão antecipada do contrato). Nestes casos, parece ser possível a classificação da indenização como uma despesa de capital, já que se presta ao abatimento de dívida reconhecida no âmbito da parceria (apesar de não ser contabilizada para fins de endividamento público). Os manuais da STN, entretanto, não disciplinam o tema.

⁵¹ Rememora-se, aqui, que a averiguação de despesas para fins fiscais difere daquela para fins de averiguação dos limites para realização de PPPs (art. 28 da Lei nº 11.079/04)

⁵² Segundo o MCASP “A função “Encargos Especiais” engloba as despesas orçamentárias em relação às quais não se pode associar um bem ou serviço a ser gerado no processo produtivo corrente, tais como: dívidas, ressarcimentos, indenizações e outras afins, representando, portanto, uma agregação neutra. A utilização dessa função irá requerer o uso das suas subfunções típicas. Nesse caso, na União, as ações estarão associadas aos programas do tipo “Operações Especiais” que constarão apenas do orçamento, não integrando o PPA”. Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p.69.

Já a segunda categoria de despesas apresentadas, as despesas de capital, são geralmente relacionadas à aquisição de bens e títulos de empresas. Conforme o art. 12 da Lei nº 4.320/1964, as despesas de capital podem ser classificadas como investimentos, inversões financeiras e transferências de capital. Dentre essas, se destacam os investimentos que são dados pelas dotações destinadas ao planejamento e execução de obras, aquisição de imóveis, instalações, equipamentos, quotas de empresas, entre outros.

É de se destacar que algumas despesas de capital podem não estar relacionadas com a ideia usual de aquisições. É o caso dos aportes feitos por entes federados ao instituírem um Fundo Garantidor de Parcerias. Esses fundos possuem natureza jurídica privada própria, conforme dita o art. 16, § 1º, da Lei de PPP, tendo regramento semelhante aos das empresas públicas. A Portaria nº 614 da STN disciplinou o tema em seu art. 11 § 1º, afirmando que *“a constituição de fundo garantidor de PPP por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios será registrada como investimento, observados os mesmos procedimentos estabelecidos para o registro de participações societárias”*.

Com isso, os recursos públicos aplicados nestes fundos seriam categorizados como despesas de capital, submetendo-se ao controle fiscal da dívida pública. Não se deve confundir, entretanto, os aportes de bens ou direitos feitos aos Fundos Garantidores com o tratamento contábil dado às garantias oferecidas aos parceiros privados. Conforme destaca o item 2.5.6 do MCASP, estas devem ser registradas em contas de controle de atos potenciais, não integrando as contas patrimoniais do ente público (riscos fiscais).

As despesas de capital nas parcerias público-privadas também são disciplinadas, de forma específica, pela Portaria nº 614 da STN⁵³. Para que seja reconhecida uma despesa de capital, nos pagamentos que o Poder Concedente faz ao parceiro privado, deve haver o reconhecimento do bem associado a esta despesa no ativo patrimonial do ente público.

Para tal, a norma estabelece alguns critérios, baseados na assunção de riscos pelo Poder Público, que indicariam a propriedade da aquisição ou melhoria realizada pelo parceiro no âmbito da Sociedade de Propósito Específico, como anteriormente exposto no subcapítulo 2.2. O art. 4º da norma dispõe que, caso o Poder Público assumira parte relevante de um entre os riscos da demanda, disponibilidade ou construção, haverá implicação do registro dos ativos contabilizados

⁵³ Rememora-se, aqui, que, para muitos, a Portaria STN nº 614/2006 foi tacitamente revogada pelas novas disposições do MCASP. Nesse sentido, a prática também revela que despesas com estatais, de caráter financeiro, devem ser classificadas como inversões financeiras (Lei nº 4.320/1964).

na SPE no balanço do ente público, “em contrapartida à assunção de dívida de igual valor decorrente dos riscos assumidos”. Esses riscos, por sua vez, são mensurados da seguinte forma⁵⁴:

Art. 4º [...]

§ 1º Para efeito dessa Portaria considera-se que o parceiro público assume parte relevante:

I - do risco de demanda quando garantir ao parceiro privado receita mínima superior a 40% do fluxo total de receita esperado para o projeto, independente da utilização efetiva do serviço objeto da parceria. Define-se risco de demanda como o reflexo na receita do empreendimento da possibilidade de que a utilização do bem objeto do contrato possa ser diferente da frequência estimada no contrato, desconsideradas as variações de demanda resultantes de inadequação ou qualidade inferior dos serviços prestados, qualquer outro fator de responsabilidade do parceiro privado que altere sua qualidade ou quantidade ou ainda eventual impacto decorrente de ação do parceiro público;

II - do risco de construção quando garantir ao parceiro privado compensação de pelo menos 40% em relação ao custo originalmente contratado ou 40% em relação à variação do custo que exceder ao valor originalmente contratado, considerando todos os custos referentes à constituição ou manutenção do bem associado à parceria, inclusive mediante a indexação da receita do contrato a índices setoriais de preços que reflitam a evolução do custo de construção e manutenção do bem e o repasse de custos de reparos e outros custos de manutenção do bem. Define-se o risco construção como sendo a variação dos principais custos referentes à constituição ou manutenção do bem;

III - do risco de disponibilidade quando garantir ao parceiro privado o pagamento de pelo menos 40% da contraprestação independente da disponibilização do serviço objeto da parceria em desacordo com as especificações contratuais. Define-se o risco de não disponibilização do bem como sendo o fornecimento do serviço em desacordo com os padrões exigidos, ou desempenho abaixo do estipulado.

Em síntese, quando o Poder Público garantir mais de 40% das receitas do projeto independentemente do uso do serviço de parceria (risco da demanda) ou assegurar 40% dos custos de construção ou sua variação ou 40% da contraprestação, independentemente da disponibilização do serviço, se fará necessário reconhecer os ativos da SPE, acompanhado do

⁵⁴ Conforme consta no Anexo de notas explicativas da Portaria STN nº 614, os critérios de riscos para mensuração de ativos públicos foram baseados em regramento Europeu da EUROSTAT (conforme exposto nos subcapítulos anteriores). Entretanto, a disciplina brasileira é mais rígida do que a europeia, já que esta última exige a assunção de 40% de pelo menos dois riscos entre os da construção, demanda e disponibilidade.

reconhecimento da dívida pelos investimentos realizados pelo privado (contabilizados como despesa de capital a serem amortizadas pelas contraprestações)⁵⁵.

Caso o Poder público não assuma, de forma relevante, pelo menos 40% de um dos três riscos, os ativos não serão reconhecidos nos balanços públicos como ativos patrimoniais e também não haverá reconhecimento de dívida. Ou seja, os pagamentos seriam enquadrados como a efetivação de compromissos assumidos e não como amortização de uma dívida. Consequentemente, serão as contraprestações classificadas como despesas correntes, influenciando no limite de 5% da RCL do art. 28 da Lei de PPPs. Nesse sentido assevera Maurício Portugal Ribeiro, afirmando que:⁵⁶

Se nenhum dos mencionados riscos for alocado em mais de 40% para o setor público, então o contrato de PPP é considerado “*off balance sheet*”, isto é, não será consolidado no balanço patrimonial do ente público, e as contraprestações devidas serão consideradas despesa corrente.

Entretanto, no caso da assunção de pelo menos 40% de um dos riscos, os investimentos realizados gerarão dívidas que são reconhecidas nos passivos patrimoniais, como se existisse uma aquisição financiada de bens. Essas dívidas, por sua vez, submetem-se ao controle da dívida pública disciplinado pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Vista a contextualização dos efeitos que a classificação de despesas como “correntes” ou “de capital” proporcionam, podemos compreender a importância sobre a forma de reconhecimento contábil das contraprestações e pagamentos feitos aos privados nas parcerias público-privadas.

Em resumo, as contraprestações podem ser enquadradas como despesas de capital ou como despesas correntes. Ambas integram o passivo nos balanços patrimoniais. As contraprestações que visam proporcionar a aquisição de bens reversíveis ao Poder Público são despesas de capital. Já aquelas que se destinam ao pagamento dos serviços prestados pelos concessionários são despesas correntes. Atualmente, ambas são contabilizadas para fins dos

⁵⁵ A despeito dessas considerações, também devem-se rememorar algumas considerações feitas acerca da Portaria STN nº 614 no subcapítulo 2.2. Como exposto naquela oportunidade, alguns estudiosos, como Maurício Portugal Ribeiro, interpretam que a portaria estabelecerá uma lógica de “tudo ou nada” em relação às classificações das contraprestações. Ou todas seriam classificadas como despesas de capital ou todas como despesas correntes. O MCASP, entretanto, como também se verá mais adiante neste tópico, permite um tratamento fracionado de uma mesma contraprestação, que poderia ser dividida em parte como despesa de capital e em parte como despesa corrente. Talvez o mais adequado seja fazer uma interpretação sistemática do ordenamento. Ou seja, adotar a lógica da Portaria no registro de ativos a serem amortizados e possibilitar a amortização da dívida nos termos do MCASP.

⁵⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. **20 anos da Lei de Concessões, 10 anos da Lei de PPPs**: viabilizando a implantação e melhoria de infraestruturas para o desenvolvimento econômico-social. Disponível em <https://portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. P. 326.

limites do art. 28, como salientado anteriormente. O que defendemos é apenas as despesas correntes sejam consideradas para tal (apesar de não ser este o entendimento da STN).⁵⁷

A edição mais recente do MCASP também trouxe mais clareza acerca do enquadramento das contraprestações em parcerias como despesas de capital ou corrente. Atualmente, consta o seguinte no item 2.4.4 do Manual:⁵⁸

As classificações orçamentárias relacionadas às PPP guardam relação com a finalidade da despesa. Deste modo, distinguem-se orçamentariamente: a. Os aportes de recursos destinados a obras e aquisição de bens reversíveis; b. As parcelas das contraprestações referentes às despesas com remuneração do concessionário pela prestação dos serviços; c. As parcelas das contraprestações referentes às despesas com prestação de serviços direta ou indiretamente à Administração Pública; e d. As parcelas das contraprestações referentes às despesas decorrentes da incorporação de bens de capital. Além disso, a fim de facilitar o controle e a identificação das despesas decorrentes de PPP foi criada uma modalidade de aplicação específica denominada 67 – Execução de Contratos de Parceria Público-Privada – PPP.

Os aportes de recursos destinados a obras e aquisição de bens reversíveis devem ser classificados orçamentariamente como despesas de capital com aporte de recursos pelo concedente em favor do concessionário decorrente de contrato de PPP (4.5.67.82). As parcelas das contraprestações referentes à remuneração do concessionário pela prestação dos serviços em concessões patrocinadas são, na essência, ajuda financeira. Dessa forma, devem ser classificadas orçamentariamente como despesas correntes com subvenções econômicas (3.3.67.45).

As parcelas das contraprestações referentes à remuneração do concessionário pela prestação dos serviços em concessões administrativas são decorrentes dos serviços prestados diretamente ou indiretamente ao concedente. Dessa forma, devem ser classificadas orçamentariamente como despesas correntes decorrentes de contrato de PPP, exceto subvenções econômicas, aporte e fundo garantidor (3.3.67.83). As despesas continuadas referentes à prestação de serviços, por se tratarem de despesas contratuais, portanto, não derivadas diretamente de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo, são despesas discricionárias que devem ser classificadas como despesas correntes, no grupo de natureza da despesa (GND) 3- outras despesas correntes, conjugadas com a modalidade de aplicação e elemento de despesa acima mencionados, ou como subvenção econômica (elemento 45), quando for o caso. As parcelas das contraprestações referentes às despesas decorrentes da incorporação de bens de capital devem ser classificadas orçamentariamente

⁵⁷ Ressalta-se que esse não é o entendimento da STN. O intuito, aqui, é o de proporcionar o debate.

⁵⁸ Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p.283.

como despesas de capital decorrentes de contrato de PPP, exceto subvenções econômicas, aporte e fundo garantidor (4.5.67.83).

O que se percebe é a indicação de uma classificação a partir da identificação da finalidade das despesas no âmbito da execução contratual. Aportes de recursos e o pagamento de parcelas de dívidas relacionadas à aquisição de bens reversíveis seriam despesas de capital. Já as contraprestações destinadas à remuneração das concessionárias, direta ou indiretamente, por serviços seriam contabilizadas como despesas correntes.

Entretanto, a dúvida que surge neste ponto é: como realmente saber se a contraprestação paga à concessionária se destina à remuneração por um serviço ou se à aquisição ou amortização de um bem? Existem critérios para averiguar a classificação contábil mais adequada?

Esses questionamentos são relevantes, pois o enquadramento e categorização de despesas em PPPs é muito mais complexo do que se comparado com as contratações tradicionais, via Lei nº 8.666/1993. Enquanto nas parcerias tem-se um nexo de contratos consolidado e integrado em um único instrumento jurídico, nas contratações tradicionais tem-se serviços, aquisições ou obras contratadas de maneira separada. Através da Lei nº 8.666/1993, ou se contrata um serviço a ser oferecido pelo privado (evidenciada como despesa corrente) ou se contrata, por exemplo, uma obra pública (evidenciada como despesa de capital).

No caso das contratações tradicionais, o MCASP, inclusive, institui critérios objetivos para averiguar se certas despesas são decorrentes de serviços com terceiros ou se investimentos em casos que aparentem transitar entre as duas classificações. Segundo o item 4.6.1.3 do Manual:⁵⁹

Serão considerados serviços de terceiros as despesas com:

- a. Reparos, consertos, revisões, pinturas, reformas e adaptações de bens imóveis sem que ocorra a ampliação do imóvel;
- b. Reparos em instalações elétricas e hidráulicas;
- c. Reparos, recuperações e adaptações de biombos, carpetes, divisórias e lambris; e
- d. Manutenção de elevadores, limpeza de fossa e afins.

Quando a despesa ocasionar a ampliação relevante do potencial de geração de benefícios econômicos futuros do imóvel, tal despesa deverá ser considerada como obras e instalações, portanto, despesas com investimento.

Em síntese, a classificação contábil desses contratos e a consequente mensuração de seus efeitos (pela geração de despesas) se torna muito mais simples. Já em relação às PPPs diversas

⁵⁹ Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, 8ª Edição, p.109.

dúvidas “pairam no ar”. Se o privado pode prestar concomitantemente serviços, aquisições reversíveis ao ente público e investimentos, se torna complicada a mensuração e classificação das despesas. Ou seja, as classificações dadas pelo MCASP no item 2.4.4 não são de fácil aplicação.

Uma solução que vem sendo adotada é a avaliação dos marcos temporais entre o período de realização de investimentos por parte da concessionária e a oferta de serviços. Por meio desta lógica, poder-se-ia influir a melhor classificação dos pagamentos públicos feitos à concessionária.

Um primeiro cenário seriam os casos em que as contraprestações feitas pelo ente público ocorressem antes da disponibilização efetiva dos serviços públicos concedidos. Envolvendo a parceria público-privada a construção ou melhoria de ativos, seria de se pressupor que o montante pago se enquadraria integralmente como despesa de capital. Em realidade, ter-se-ia aqui a figura dos “aportes de recursos”, previstos no art. 6º, § 2º, da Lei nº 11.079/2004. Esses aportes, realizados na fase de investimento dos projetos, visam proporcionar que o privado possa realizar os investimentos previstos no contrato, sobretudo em relação aos bens reversíveis à Administração Pública, a um custo menor, para o Concedente, em razão da ausência de desencaixe financeiro entre investimento e amortização.

Sendo o aporte de recursos antes da disponibilização de serviços uma despesa de capital, poder-se-ia pressupor que estes seriam reconhecidos como uma dívida no passivo patrimonial, nos termos expressos anteriormente. Entretanto, esta constatação não deve se dar de forma automática. Como destaca Maurício Portugal Ribeiro⁶⁰:

Como, em regra, o pagamento do aporte anterior à disponibilização do serviço será concomitante à realização do investimento pelo parceiro privado, não há que se falar em dívida, pois para caracterizar dívida é preciso haver a dilação entre a disponibilização de um bem para o Poder Público/usuário e o momento em que o Poder Público pagar por esse bem.

Em outras palavras, como os pagamentos são concomitantes ao andamento da obra, não há que se reconhecer uma dívida nos balanços patrimoniais (ausência de prazo entre a construção e aquisição efetiva e a contraprestação). Nesses casos, só haveria de se reconhecer uma dívida caso as contraprestações pagas, a título de aportes, fossem consideradas insuficientes para realização de todos os investimentos vislumbrados. Neste cenário, haveria de se reconhecer uma

⁶⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal. **20 anos da Lei de Concessões, 10 anos da Lei de PPPs**: viabilizando a implantação e melhoria de infraestruturas para o desenvolvimento econômico-social. Disponível em <https://portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. p. 328.

dívida relativa ao valor não contemplado pelos aportes, sendo amortizada ao longo das contraprestações posteriores.

Surgem, entretanto, inúmeras questões: qual percentual futuro das contraprestações deve ser considerado para fins de amortização da dívida? Que prazo deve ser considerado para estas amortizações? Caso o contrato de parceria público-privada seja silente quanto a estes pontos, as normas e manuais da Secretaria do Tesouro Nacional também não oferecem critérios ou soluções práticas para responder a estas dúvidas, sendo difícil qualquer tipo de estipulação.

Um segundo marco temporal para analisar a classificação contábil das contraprestações realizadas ao privado seria o caso da realização de aporte para investimentos de forma posterior à disponibilização de serviços (ambos eventos transcorrem simultaneamente). A problemática nesta fase é a seguinte: se o ente público realiza apenas uma mesma contraprestação, como saber qual proporção desta se direciona aos serviços (sendo reconhecida como despesa corrente) e qual se destina ao pagamento por aquisição a prazo de bens?

Nestes casos, o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP) possibilitava que se considerasse parcela do pagamento ao parceiro privado como dívida (despesa de capital) e parcela como pagamento de serviço (despesa corrente). Maurício Portugal Ribeiro ⁶¹ destacava que em 2014 o MCASP previa, no seu item 2.3.6, o seguinte:

Considera-se que ocorre assunção de dívida contratual de PPP quando o contrato indicar uma segregação, mesmo que implícita, entre despesas correntes e de capital. Por exemplo, suponha-se um contrato de PPP dispondo que depois de realizados os investimentos, e não sendo disponibilizados os serviços contratados, deverão ser pagas por parte do parceiro público 90% das contraprestações contratadas, independentemente da prestação dos serviços. Isto significa que 90% destas contraprestações correspondem ao pagamento de dívida decorrente de investimentos em PPP e 10% contrapartida dos serviços prestados pelo parceiro privado, devendo este fato ser corretamente refletido na contabilidade.

Ou seja, os próprios contratos de PPPs poderiam prever as proporções das contraprestações, durante a execução dos contratos, que seriam referentes à prestação de serviços e à aquisição financiada de bens reversíveis ao Poder Público, facilitando a classificação dos pagamentos como despesas correntes ou de capital. Outra possibilidade de mensuração seria buscar indícios, no contrato, que evidenciassem, mesmo que de forma indireta, alguma divisão interna do pagamento periódico realizado ao parceiro privado e suas destinações.

⁶¹RIBEIRO, Maurício Portugal. **20 anos da Lei de Concessões, 10 anos da Lei de PPPs**: viabilizando a implantação e melhoria de infraestruturas para o desenvolvimento econômico-social. Disponível em <https://portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. p. 338.

Disposições semelhantes foram dispostas na última edição do Manual de Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo⁶², segundo o qual:

43. Nos contratos que envolvem a prestação de serviços públicos com a execução de obras públicas ou fornecimento de bens, existem dois elementos compondo a remuneração do parceiro privado, sendo: Contraprestação de investimento; e Contraprestação de serviço

[...]

48. Quando as contraprestações não são objetivamente separáveis entre contraprestação de investimento e contraprestação de serviços, a alocação dos valores entre esses componentes deve ser realizada através de técnicas de estimativas no início do contrato da concessão.

49. Uma técnica de estimativa consiste em determinar o valor do pagamento referente ao ativo da concessão tendo como referência o valor justo de um ativo similar em um acordo que não contenha outros componentes a não ser a construção, aquisição ou melhoria desse ativo utilizado como referência na Parceria Público-Privada.

50. Caso o parceiro público não possua informações suficientes para determinar a separação do valor da contraprestação entre os dois componentes, essas informações devem ser obtidas junto ao parceiro privado, demonstrando como o mesmo espera ser remunerado pela construção ou aquisição dos ativos da concessão e pela prestação do serviço. O parceiro privado obrigatoriamente possui essas informações, já que são essenciais para a elaboração de suas demonstrações contábeis de acordo com as práticas contábeis adotadas no Brasil para o setor privado.

O Manual paulista acaba por determinar que o contrato de PPP preveja uma divisão objetiva das contraprestações pagas ao privado como de investimento e serviço. Caso isso não seja possível, o ônus dessa determinação é transferido ao próprio parceiro privado, que deverá informar as proporções das contraprestações que são auferidas. O Manual ainda prevê balanços de caixa referentes às PPPs que devem acompanhar seus balanços patrimoniais, mostrando o seguinte exemplo:

Figura 13: Balanço Patrimonial (Exemplo)

⁶²Manual de Parcerias do Estado de São Paulo.p;17-18. O manual pode ser consultado em: <https://portal.fazenda.sp.gov.br/servicos/normas-contabilidade/Paginas/Downloads.aspx>.

- Caixa

	Ano						
	4	5	6	7	8	9	10
Saldo no início do ano	1.800	1.600	1.400	1.200	1.000	800	600
(-) Contraprestação - infraestrutura	(188)	(188)	(188)	(188)	(188)	(188)	(188)
(-) Contraprestação – serviço	(12)	(12)	(12)	(12)	(12)	(12)	(12)
Saldo no final do ano	1.600	1.400	1.200	1.000	800	600	400

Entretanto, a despeito dessas previsões, a prática indica que os contratos brasileiros de PPPs não preveem qualquer divisão de parcelas das contraprestações pagas como destinadas à serviços ou aquisições reversíveis ao poder público. Mesmo no âmbito paulista, não foram identificadas as referidas divisões das contraprestações nas Leis Orçamentárias Anuais, dificultando a sua classificação ou de suas proporções como despesas correntes ou de capital. Com isso, fica difícil mensurar qual e se algum controle fiscal deve ser aplicado aos casos concretos.

A falta de informações detalhadas não nos permite averiguar, concretamente, como são de fato contabilizados e classificados os pagamentos feitos às concessionárias parceiras por parte do poder público. A previsão dessas disposições em contrato, como estimulam as normas de contabilidade, parece ser o mais ideal para trazer segurança jurídica ao tema. Para tal, há a necessidade de se desenvolver uma cultura contábil, em relação às PPPs, ainda inexistente no Brasil.

Nesse interim, outro desafio que surge é o fato de o planejamento contábil e orçamentário brasileiro ser feito em marcos de até 4 anos (plano plurianual), ⁶³enquanto os contratos de parcerias público-privadas chegam a passar dos 30 anos. Com isso, a análise dos impactos fiscais representados pelas PPPs, durante todo o ciclo do projeto, fica prejudicada.

O planejamento orçamentário brasileiro, por meio da LDO, LOA e PPA, segue linhas de planos de governo e não de Estado. Previsões a médio e longo prazo são raras. Sobre os instrumentos brasileiros de planejamento fiscal e orçamentário, destaca relatório promovido pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento:⁶⁴

Os três instrumentos formais e obrigatórios de orçamento no Brasil incorporam especificamente efeitos fiscais das PPP. É relevante notar, entretanto, que o horizonte mais longo formalmente previsto é de quatro anos, bem mais curto do

⁶³ Mesmo que os demonstrativos de PPPs possam abarcar períodos de até quatro anos.

⁶⁴ Siqueira Moraes, Marcos. Os impactos fiscais dos contratos de parceria público-privada: estudo de caso do ambiente institucional e da prática no Brasil / Marcos Siqueira Moraes, Gerardo Reyes-Tagle. (Nota técnica do BID; 1246). P.48.

que os contratos de PPP. Assim, esses instrumentos são pouco efetivos para introduzir as variáveis de sustentabilidade fiscal na decisão sobre assinar ou não contratos de PPP. Em primeiro lugar, os contratos de PPP criam obrigações para muito além do que o horizonte temporal prevê. Em segundo lugar, os compromissos com PPP geralmente começam quando a infraestrutura está concluída, o que pode ocorrer vários anos após a assinatura do contrato. Assim, o sistema orçamentário de médio prazo, baseado em um modelo de caixa modificado, não consegue oferecer informações adequadas sobre os efeitos fiscais dos projetos.

Esse cenário reflete, justamente, uma necessidade de amadurecimento do tratamento público orçamentário e contábil. É preciso pensar em novos instrumentos de planejamento que não sejam, necessariamente, instituídos por leis. Planos de investimentos a longo prazo ou um planejamento orçamentário unificado de PPPs poderiam ser considerados como debates iniciais sobre a temática.

Por fim, é preciso angariar meios de diálogo e discussão institucional que evitem contradições de entendimentos contábeis entre diferentes normas e instituições. Talvez, a debate envolvendo o conceito de “despesas de caráter continuado” seja o mais exemplificativo. A STN, no MDF, realizou um entendimento próprio de que, para fins do art. 28 da Lei de PPPs, as despesas continuadas abrangeriam as correntes e de capitais. Porém, a medida parece não ter sido acompanhada de prévio debate, seja com a academia ou com atores importantes como o Senado Federal, contribuindo para um ambiente de incertezas e inseguranças. Diante dos múltiplos atores envolvidos no planejamento orçamentário e contábil, o diálogo e debates se tornam essenciais.

Neste ponto, cabe fazer uma pequena síntese das relações trazidas neste subcapítulo. Talvez, o essencial seja perceber que os passivos contingentes, a priori, não geram impactos para efeitos de controle fiscal, já que constituem atos potenciais e não patrimoniais. Entretanto, a partir do momento que estes passivos se realizem, convertendo-se em obrigações líquidas, certas e exigíveis, poderão ser contabilizados como despesas. Neste momento, para fins de aplicação dos diferentes meios de controle fiscal (art.28 da Lei de PPPs), se mostra essencial a classificação contábil adequada das despesas evidenciadas.

2.4. O posicionamento jurisprudencial acerca dos passivos contingentes em parcerias público-privadas

Com o intuito de levantar o posicionamento jurisprudencial acerca dos passivos contingentes em parcerias público-privadas, bem como dos limites de endividamento delas decorrentes, foi realizada pesquisa nos Tribunais de Justiça e de Contas dos seguintes Estados: São Paulo, Minas Gerais, Bahia, Rio de Janeiro, Piauí, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Paraná, Santa Catarina, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. Também foram consultados o Tribunal de Contas da

Cidade de São Paulo e do Rio de Janeiro.⁶⁵ O recorte metodológico foi realizado considerando os entes federativos que detêm expressividade na contratação de parcerias público-privadas e que, por conseguinte, poderiam demandar maior atuação das cortes de contas e de justiça na equalização dos desafios enfrentados.

Metodologicamente foram usadas as seguintes chaves de pesquisa: “passivos contingentes”; “parcerias público-privadas”; “PPP”. Os termos foram usados na função de “pesquisa aproximada”, que retorna resultados que identifiquem qualquer um dos termos nos documentos digitalmente disponibilizados.

No âmbito dos Tribunais de Justiça, não foram encontrados quaisquer resultados que versassem sobre o tema. Já nas pesquisas em Tribunais de Contas, foram identificados debates sobre o tema no Estado de São Paulo e da Bahia. Posteriormente, foram adicionados ao universo de análise os resultados obtidos no Tribunal de Contas da União. Estes, apesar de não discutirem temas de PPPs, são importantes por evidenciarem o tratamento do planejamento orçamentário e contábil realizado pela União.

Nesse sentido, também cabe salientar que os Tribunais de Contas cumprem papel fundamental relativo à fiscalização da gestão fiscal das contas públicas, conforme determina o art. 59 da LRF. Como especificado nos subcapítulos anteriores, o Poder Legislativo desempenha papel fundamental na aprovação e discussão das Leis Orçamentárias propostas pelo Executivo. Para tal, contam os parlamentares com a ajuda dos Tribunais de Contas que realizam análises dos orçamentos e de sua adequação aos regramentos fiscais e normas contábeis de uniformização⁶⁶.

Os Tribunais de Contas também têm o papel importante de alertar os Poderes da República e órgãos de públicos sobre matérias relativas ao atingimento de limites da dívida pública, limitações de gastos com pessoal, inativos, pensionistas e operações de crédito, bem como

⁶⁵ As pesquisas foram realizadas no dia 12/01/2021.

⁶⁶ Segundo o art. 59 da LRF “Art. 59. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público fiscalizarão o cumprimento desta Lei Complementar, consideradas as normas de padronização metodológica editadas pelo conselho de que trata o art. 67, com ênfase no que se refere a; I - atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias; II - limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em Restos a Pagar; III - medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite, nos termos dos arts. 22 e 23; IV - providências tomadas, conforme o disposto no art. 31, para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites; V - destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e as desta Lei Complementar; VI - cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais, quando houver.

sobre fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária (art. 59, § 1º, da LRF) ⁶⁷.

Em relação ao TCU, também há uma competência genérica para a apreciação e fiscalização de contas referentes à União. Segundo a Lei orgânica do Tribunal (Lei nº 8.843/1992), a Corte pode “*proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas Comissões, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das demais entidades referidas no inciso anterior*” (art. 1º, inciso II). O dispositivo permite que o TCU possa, sem provocação ou em auxílio ao Legislativo, realizar auditorias próprias referentes aos assuntos contábeis, financeiros e orçamentários envolvendo os poderes da União. É nesse contexto que se inserem os materiais encontrados na pesquisa jurisprudencial.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, foram encontrados dois relatórios de auditoria que discutiam lacunas sobre a previsão de passivos contingentes e demais riscos fiscais nas Leis orçamentárias referentes aos exercícios de 2019 (Acórdão TC 018.440/2018-5⁶⁸) e 2020 (Acórdão TC 017.727/2020-00)⁶⁹.

A primeira auditoria destacava que o Governo Federal deveria melhorar o planejamento fiscal de passivos contingentes, de forma geral, nas Leis Orçamentárias anuais. Além disso,

⁶⁷ § 1º Os Tribunais de Contas alertarão os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 quando constatarem: I - a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4º e no art. 9º; II - que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite; III - que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites; IV - que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei; V - fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária. § 2º Compete ainda aos Tribunais de Contas verificar os cálculos dos limites da despesa total com pessoal de cada Poder e órgão referido no art. 20. § 3º O Tribunal de Contas da União acompanhará o cumprimento do disposto nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 39.

⁶⁸ SUMÁRIO: AUDITORIA OPERACIONAL. AVALIAÇÃO DA CAPACIDADE DO GOVERNO FEDERAL DE PROMOVER A SUSTENTABILIDADE FISCAL, REFERIDA AO NÃO CRESCIMENTO INDEFINIDO DA DÍVIDA PÚBLICA COMO PROPORÇÃO DO PIB. LACUNAS RELATIVAS ÀS LEIS DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS E A REGRA DE NOMEAÇÃO DE DIRIGENTES DE BANCOS PÚBLICOS FEDERAIS. CRIAÇÃO DE DESPESAS OU REDUÇÃO DE RECEITAS SEM SUFICIENTE CONSIDERAÇÃO SOBRE O EQUILÍBRIO DAS CONTAS PÚBLICAS. CRESCIMENTO EM QUANTIDADE DE AÇÕES E EM VALORES DE DECISÕES JUDICIAIS CONTRA A UNIÃO. CARÊNCIA DE ESTRATÉGIA E PLANO DE AÇÃO PARA A GESTÃO DOS RISCOS À SUSTENTABILIDADE FISCAL DE MÉDIO E LONGO PRAZOS. OPORTUNIDADES DE MELHORIAS. RECOMENDAÇÕES.

⁶⁹ SUMÁRIO: RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO ACERCA DOS ASPECTOS FISCAIS E DE CONFORMIDADE SOBRE O PROJETO DE LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS DA UNIÃO PARA O EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2021 (PLN 9/2020). IDENTIFICAÇÃO DE RISCOS FISCAIS E IMPROPRIEDADES. EXPEDIÇÃO DE ALERTAS AO PODER EXECUTIVO FEDERAL. ENVIO DE INFORMAÇÕES AO CONGRESSO NACIONAL E À COMISSÃO MISTA DE PLANOS, ORÇAMENTOS PÚBLICOS E FISCALIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. OITIVA ACERCA DO RISCO DE IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DO PROJETO DE LEI ORÇAMENTÁRIA DE 2021 NA HIPÓTESE DE NÃO APROVAÇÃO DA LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS DE 2021.

também se recomendava representação mais detalhada das contingências na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Consta o seguinte no relatório⁷⁰:

III.1.6. Proposta de encaminhamento

Ante o exposto, propõe-se:

b) recomendar ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão que: (i) inclua no Anexo de Riscos Fiscais das leis de diretrizes orçamentárias, quadro resumo consolidando a apresentação dos riscos identificados, de modo a conferir maior aspecto gerencial e transparência ao documento; e (ii) elabore estudos e plano de ação com vistas a que, futuramente, os passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos identificados e mensurados no Anexo de Riscos Fiscais sejam refletidos de alguma forma nas leis orçamentárias anuais, ainda que parcialmente, seja por meio da Reserva de Contingência ou outros a serem estabelecidos, comunicando ao TCU, no prazo de até 120 dias, as providências eventualmente adotadas neste sentido.

Em resumo, o TCU visava, primeiro, uma descrição mais detalhada dos passivos contingentes nos Anexos de Riscos Fiscais da LDO. Haveria a necessidade de identificação e melhor descrição dos riscos associados às contingências, dando-se melhor tratamento qualitativo aos riscos fiscais. Posteriormente, também foi destacado que os passivos contingentes e demais riscos fiscais não devem ser refletidos apenas na LDO, mas também na LOA. Havia ausência da previsão de riscos fiscais ou de reservas de contingências na Lei Orçamentária Anual referente ao exercício fiscal de 2019, a despeito de estes estarem previstos na LDO do mesmo período.

O que se percebe é a exigência, pelo TCU, de uma coerência mínima entre os diferentes instrumentos legislativos de planejamento orçamentário. As recomendações do Tribunal de Contas também evidenciam a necessidade de melhor disciplina do tema pelos agentes de planejamento fiscal.

No ano de 2020, as recomendações feitas no TC 018.440/2018-5 também foram consideradas em sede da auditoria operacional de contas realizada no TC 017.727/2020-00. O Relatório afirma que o Governo Federal acabou por acatar as recomendações feitas no exercício anterior⁷¹ em relação às novas disposições orçamentárias. Entretanto, as previsões sobre passivos

⁷⁰ TC 018.440/2018-5. p.21.

⁷¹ Em referência ao TC 018.440/2018-5, consta o seguinte “Registre-se, conforme relatado na instrução do Levantamento de Auditoria Operacional (TC 032.462/2019-0), realizado no âmbito desta Semag (ainda não apreciado pelo Tribunal até a conclusão deste relatório), que a STN, responsável pela elaboração do ARF, incorporou, no respectivo Anexo V do PLDO 2020, informações que proporcionaram mais clareza, funcionalidade e efetividade no mapeamento de riscos fiscais. Como exemplo,

contingentes focaram, sobretudo, nas demandas judiciais que possam implicar em obrigações financeiras à União. O próprio Tribunal reconhece dar mais ênfase a esta classe específica de contingências, afirmando que⁷²:

71. Devido à grande materialidade em relação às demais espécies de passivos contingentes, será realizada análise mais aprofundada dos passivos contingentes relacionados às demandas judiciais. A avaliação das ações judiciais ajuizadas contra a União, suas autarquias ou fundações públicas, toma por base os parâmetros definidos na Portaria-AGU 40/2015, que estabelece critérios e procedimentos a serem adotados pela AGU na prestação de informações sobre essas ações que possam representar riscos fiscais.

Ou seja, não há grande preocupação refletida pelas autoridades de contas federais em relação às contingências que não estejam afeitas às demandas judiciais. Com isso, não há como se avaliar se as previsões de riscos fiscais são capazes de representar passivos contingentes que decorram da efetivação de outras fontes de riscos, como as contratuais.

Cenário semelhante ao da União foi encontrado no Estado da Bahia, em parecer sobre as contas do chefe do Poder Executivo estadual sobre o exercício de 2014 (TCE/004023/2015). O relatório identificava a falta de previsões e identificação de riscos fiscais no planejamento orçamentário do Estado, assim dispendo⁷³:

Recomenda-se a implementação de procedimentos para levantamento das contingências que possam afetar o Patrimônio do Estado da Bahia, objetivando estimar o montante dos riscos de perdas relacionadas com cada demanda, a fim de avaliar aquelas que devem ser objeto de contabilização das respectivas provisões, bem como as requerem apenas a divulgação de informações relevantes para uma adequada accountability das contas públicas.

Em resumo, a despeito das previsões normativas e legislativas, o Estado não previa as contingências ou provisões que o Estado poderia enfrentar. O cenário reflete certa relativização no tratamento de riscos fiscais, contribuindo para uma retratação do panorama fiscal do ente público.

Já no âmbito do Estado de São Paulo, destaca-se a análise da prestação anual de contas feita pelo Governador, referente ao exercício fiscal de 2015, em sede do processo TC-003554/026/15. Na oportunidade, o relatório do TCE-SP fez algumas breves considerações

cita-se a inclusão de sumário executivo (destaca as principais informações de cada uma das seções do documento), de tabela resumo (tabula os principais impactos dos riscos fiscais específicos mapeados) e, ainda, de tabela resumo de demandas judiciais (demonstra a evolução das demandas judiciais ao longo dos anos, apontando, adicionalmente, a evolução dos pagamentos efetivos associados à execução das demandas judiciais contra a União, desde 2012). Quanto ao PLDO 2021, objeto deste trabalho, verificou-se que o referido sumário e as tabelas em comento também constaram do respectivo ARF.

⁷² TC 017.727/2020-00, p.16.

⁷³ TCE/004023/2015, p.237.

acerca dos limites de endividamento representados pelas parcerias. A preocupação da Corte era averiguar os limites das despesas de caráter continuado em relação à receita corrente líquida do Estado, conforme disciplinado no art. 28 da Lei de PPPs (tratado nos subcapítulos anteriores). Nesse sentido, o relatório do TCE assim dispunha⁷⁴:

Parcerias Público -Privadas – PPP Com relação às Parcerias Público -Privadas – PPP, conforme a Lei nº 11.079, de 30 -12 -2004, as despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias contratadas pelo Estado não poderão exceder o limite de 5% da RCL.

No Exercício de 2015 as despesas de contratos de PPP totalizaram R\$ 1,143 bilhão, atingindo o percentual de 0,81% da RCL (R\$ 140,399 bilhões), inferior ao limite estabelecido em lei.

Em resumo, a análise do Tribunal de Contas afirma que as despesas de caráter continuado estão abaixo do limite de 5% da Receita Corrente Líquida evidenciada pelo Estado. Entretanto, uma dúvida surge neste ponto: o que, seja do ponto de vista do governo estadual ou do próprio Tribunal, foi contabilizado como uma despesa de caráter continuado? Somente despesas correntes relativas às PPPs foram consideradas? Despesas de capital também foram contabilizadas?

As informações trazidas na análise de contas não especificam ou descrevem como a contabilização das despesas de caráter continuado foi feita. Também não houve qualquer consideração ou recomendação do TCE-SP sobre o tema. Esse cenário não permite averiguar, com segurança, a forma pela qual é realizada a gestão fiscal das PPPs implantadas no Estado.

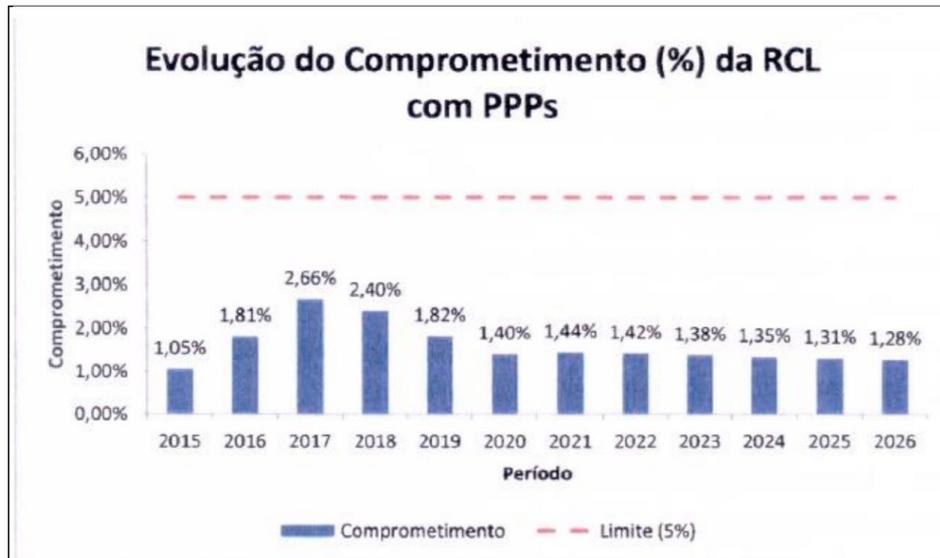
A análise de contas, verificada pelo TCE no precedente indicado, também destaca a previsão futura de comprometimento da Receita Corrente Líquida Estadual com parcerias. As previsões consideravam tanto projetos do programa estadual de Parcerias Público-Privadas (PEPPP), quanto previsões de variações do produto interno bruto (PIB)⁷⁵. O relatório introduz a seguinte previsão⁷⁶:

⁷⁴ TC-003554/026/150, p.90-91.

⁷⁵ Consta o seguinte no relatório: “A lei federal 12.766/12 permitiu a expansão do limite de comprometimento para 5% da Receita Corrente Líquida (RCL) com despesas continuadas das contratações das parcerias público -privadas. Os cálculos apresentados pela Secretaria da Fazenda, para fins de projeção da RCL, tiveram os valores corrigidos conforme crescimento do PIB referência para 2016 e 2017, premissas mais conservadoras advindas do Boletim Focus do Banco Central do Brasil de 19 -02 -2016, sendo retração do PIB de -3,40% em 2016 e crescimento de 0,5% em 2017. p.119.

⁷⁶ TC-003554/026/15, p.119.

Figura 14: Evolução Receita Corrente Líquida



Fonte: Relatório do Conselho Gestor do PPP – 2º semestre/2015

É de se destacar que o Tribunal buscou fazer uma representação a longo prazo dos limites fiscais de despesas de caráter continuado, impostos pelo art. 28 da Lei de PPPs. A Corte, por meio destas informações, acaba por concluir que o programa paulista de parcerias não ultrapassa qualquer limitação fiscal referentes às despesas de caráter continuado, seja no ano então analisado ou nas previsões subsequentes.

Apesar de ainda remanescer a dúvida acerca da contabilização das receitas de caráter continuado, a iniciativa merece destaque por visar um planejamento fiscal a médio e longo prazo que permite o melhor planejamento e representação da situação e horizontes financeiros do Estado de São Paulo.

Em resumo, tem-se que os passivos contingentes, de forma geral, possuem escasso tratamento por parte das autoridades de planejamento fiscal, também sendo objetos de raras discussões nos Tribunais de Contas. Em relação às PPPs, o tratamento contábil é ainda mais precário. Apenas no Estado de São Paulo foi verificada alguma discussão acerca dos controles fiscais a que se submetem. Mesmo assim, ainda são evidentes incompletudes analíticas que não permitem ter real dimensão dos impactos que os programas de parcerias público-privadas podem representar para as contas públicas.

CAPÍTULO III- PROVENDO LIQUIDEZ AOS PASSIVOS CONTINGENTES: UMA ANÁLISE DOS RISCOS NÃO GERENCIÁVEIS

3.1 Um panorama sobre os riscos não gerenciáveis

Conforme vimos nos tópicos anteriores, a infraestrutura é vetor central para o desenvolvimento de um país, possibilitando a expansão da atividade econômica e ampliando a qualidade de vida da população.

Tendo em mente a busca pela potencialização e o estímulo aos projetos de infraestrutura, esta pesquisa se debruçou, até o momento, sobre o tema dos passivos contingentes, fundamentais na análise de atratividade de uma proposta de concessões comuns ou de parcerias público-privadas. Como já destacado, os passivos contingentes constituem atos potenciais, abarcando possíveis obrigações que dependem de um acontecimento futuro e incerto (materialização de um risco) e que podem gerar saídas futuras de caixa. Justamente por isso, é fundamental o bom planejamento e a estruturação de reservas de contingências que provenham liquidez caso os passivos contingentes se convertam em obrigações concretas.

Foram explorados, também, alguns desafios relacionados a este contingenciamento. Em especial, merece destaque a necessidade de reinserção dos compromissos orçamentários em Leis que se renovam a cada ano (ou a cada quatro anos); sendo assim, a reconstituição dos compromissos depende do comportamento e da boa vontade de um gestor. Não são automáticas. E mais: o impacto decorrente do não contingenciamento pode agravar stress contratual em função de um cenário que pode comprometer a liquidez imediata – que muitas vezes é necessária para assegurar investimentos.

Nesse sentido, buscamos aprofundar essas relações, sobretudo em relação às parcerias público-privadas, respondendo às seguintes questões: Como prover liquidez às obrigações potenciais dos passivos contingentes? Que formas alternativas ao simples contingenciamento podem proporcionar liquidez às possíveis obrigações? Que exemplos podemos adotar?

Em síntese, temos que o próprio mercado privado oferece algumas soluções. São diversas as ofertas de garantias securitárias que cobrem os montantes pecuniários devidos pela materialização de um risco, assegurando os pagamentos devidos. O problema aqui é que não são todos os riscos envolvidos em um projeto de infraestrutura que se apresentam como comercialmente atraentes e passíveis de solução pelos agentes privados.

Os entes privados, via de regra, priorizam aqueles riscos que podem ser gerenciados, ou seja, cuja probabilidade de materialização pode ser diminuída e acompanhada através de certas requisições e incentivos feitos pelo segurador.

Esses riscos, comumente, se associam aos dados relativos à demanda, oferta, crescimento econômico, qualidade do serviço, entre outros fatores objetivos de um projeto. Justamente por isso, se torna possível influenciar a concretude da matriz de riscos relacionada à infraestrutura concedida. Também são construídas análises probabilísticas que estimam, em tempo real, o quanto é provável que o risco segurado se materialize.

Situação diferente, entretanto, diz respeito aos chamados riscos não gerenciáveis. Este grupo representa aqueles riscos que não podem ser previstos e precisamente estimados com antecedência. Geralmente, também não são viáveis estruturas de mitigação de riscos, já que não dependem, precisamente, de variáveis objetivas relativas aos projetos e não estão sob o controle dos agentes privados que encabeçam o projeto de infraestrutura.

Segundo aponta André Dabus⁷⁷, esta segmentação, no país, entre riscos gerenciáveis e não gerenciáveis passou a ser realizada de forma mais expressa – ao menos com a nomenclatura indicada – após a criação da Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias – ABGF, que utilizou tais conceitos para a formatação de seus produtos em projetos de infraestrutura.

Desse modo, há que se fazer um esclarecimento quanto aos referidos conceitos. Ainda conforme detalha o referido autor, valendo-se de entrevistas realizadas com gestores da própria ABGF, os riscos gerenciáveis seriam aqueles para os quais haveria cobertura no mercado segurador e ressegurador, ficando sob a incumbência, tradicionalmente, da concessionária. Por sua vez, os riscos não gerenciáveis são aqueles capazes de impactar o fluxo de caixa ou o *capex* do projeto sem que, entretanto, sejam passíveis de gerenciamento pelo setor privado. Se, mesmo que não gerenciável, o risco possa ser transferido ao segurador privado, ele será considerado segurável; inversamente, tratando-se de risco não assumido pelo mercado segurador/ressegurador, estar-se-á diante de um risco não segurável. Ainda que não se possa trata-los como sinônimos, é bem verdade que a maior parte dos riscos não gerenciáveis também não é segurável, isto é, não encontra atratividade para o mercado segurador.

77 DABUS, André. Riscos gerenciáveis e não gerenciáveis em concessões de rodovias. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, v. 15, n. 57, jan./mar. 2017.

Podemos categorizar os riscos não gerenciáveis em diversas categorias, sendo algumas delas mais relevantes para o escopo deste trabalho⁷⁸. Para fins do estudo dos passivos contingentes em projetos de infraestrutura, portanto, centraremos a análise nos riscos que, em certa medida, se materializam a partir de ações ou omissões tomadas por gestores públicos ou membros do parlamento. Seriam, portanto, os riscos políticos (entendidos em sentido amplo, abarcando, portanto, riscos de inadimplência) e cambiais. Parte-se da premissa, aqui, de que os passivos contingentes e seus impactos orçamentários são mais fortemente influenciados por aqueles riscos que, além de não gerenciáveis, se vinculem a atos direta ou indiretamente sob a responsabilidade dos gestores públicos.

Não quer isto dizer que as demais categorias de riscos, mesmo os gerenciáveis, não possam acarretar, em alguma medida, passivos contingentes. No entanto, opta-se por realizar este recorte metodológico para que se consiga compreender o campo de atuação da ABGF e outras medidas possíveis de se adotar para lidar com tais eventos na prática. Haveria, assim, uma relação de classe (riscos não gerenciáveis), gênero (riscos políticos) e espécie (riscos segurados pela ABGF e pela MIGA, conforme adiante especificado) que comporiam o recorte adotado neste capítulo do estudo.

Como salientado, estes riscos não são, comumente, cobertos pelo mercado, gerando-se uma crise de liquidez às obrigações que deles decorram. Mesmo métodos tradicionais, como o prévio contingenciamento do orçamento público, podem não ser suficientes diante dos passivos contingentes decorrentes da potencialidade de atos políticos e governamentais, já que o tamanho das indenizações devidas é dificilmente estimado. Assim, se revela fundamental estudar a forma pela qual Agências Multilaterais e países vêm lidando com o problema.

Apesar de não haver uma definição sistematizada acerca dos “riscos políticos” a literatura os tem definido, de forma genérica, como a probabilidade de ocorrência de algum evento político que pode influenciar a perspectiva de rentabilidade de um determinado investimento. Greene⁷⁹ afirma que “o risco político deve ser entendido como aquela incerteza originada em atos governamentais ou de outras organizações, inesperados ou não previstos, que podem causar perdas para a empresa”.

⁷⁸ Segundo André Dabus, tratando das concessões rodoviárias, os riscos gerenciáveis poderiam ser divididos em (i) projeto e construção; (ii) operacionais (operação); (iii) caso fortuito e força maior (seguráveis); (iv) performance de terceiros; (v) responsabilidades (danos a terceiros); (vi) financeiros (lucros cessantes) e (vii) ambientais (dentro da faixa de domínio). Por sua vez, para o autor, os riscos não gerenciáveis nas concessões rodoviárias compreenderiam os seguintes: (i) demanda/tráfego/trânsito; (ii) legal/tributário; (iii) caso fortuito e força maior (não segurável); (iv) políticos (fato do príncipe) e atos da administração; (v) desapropriação; (vi) licenciamento; (vii) vícios ocultos e obrigações anteriores à concessão; (viii) financiabilidade; (ix) variação cambial; e (x) sociais. DABUS, André. Riscos gerenciáveis e não gerenciáveis em concessões de rodovias. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, v. 15, n. 57, jan./mar. 2017.

⁷⁹ Greene, Mark (1974) The management of political risk, in 75 Best Review.

Em resumo, temos que os riscos políticos representam possíveis restrições aos direitos de gozo de um investidor sobre seus investimentos, decorrentes das medidas praticadas pelo poder público e órgãos governamentais. Também é interessante perceber que esses riscos podem acabar se convertendo em verdadeiros passivos contingentes aos próprios entes privados. Se um país, por exemplo, sofre com grande incidência de riscos políticos que interfiram nos investimentos a serem realizados, os entes privados podem contingenciar determinados riscos, que afetem o fluxo de caixa dos projetos.

Como consequência, pode haver majoração de custos e preços relativos à gestão do empreendimento. Os privados fazem esse exercício para garantir um “colchão de liquidez” à empresa caso o risco político se materialize.

Esse contexto pode criar um cenário de baixa atratividade de investimentos em infraestrutura em determinadas regiões do globo. Quanto maior a percepção pelo investidor quanto à sujeição de seu negócio a riscos políticos, menor será a atratividade dos projetos realizados naquele contexto.

Enquanto países desenvolvidos, com maior grau de desenvolvimento institucional, sofrem com menor inferência de riscos políticos, nações emergentes, como o Brasil, carecem de mecanismos que apresentem respostas suficientes aos investidores e que, de alguma forma, favoreçam o cumprimento das obrigações contratualmente assumidas por governos a despeito do grau de maturidade institucional.

Com medo da expropriação ou perda de ativos, o investidor pode decidir investir em localidades dotadas de maior segurança jurídica e solidez institucional. Para contribuir para a competitividade, localidades com menor desenvolvimento devem garantir estruturas de liquidez próprias que sinalizem solidez no mecanismo de resposta à ocorrência de risco político. Além de conferir atratividade, um ferramental apropriado - para evitar comprometimento do fluxo de caixa em face da materialização de risco político - é elemento que contribui para uma competição mais acirrada pelo ativo e, ainda, uma.

Nesse contexto, surgem os sistemas complementares de garantias não comerciais, que suplementam as falhas de mercado, segurando plena liquidez contra passivos contingentes decorrentes de atos políticos. Essas estruturas securitárias são montadas por agências e entes estatais que não visam, necessariamente, a perseguição do lucro. Com isso, garantem um ambiente de atratividade aos investimentos estrangeiros em nações, sobretudo, subdesenvolvidas.

Esta pesquisa se aprofundará na temática, investigando dois modelos principais de garantias suplementares: o da Agência Multilateral de Garantia de Investimentos e o da Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores (ABGF).

Durante este processo, também especificaremos, de forma mais aprofundada, as diversas categorias de riscos políticos, pontuando aquelas mais presentes no Brasil. Por fim, também

apresentaremos novos métodos alternativos de garantia de liquidez aos riscos políticos, associados, sobretudo, à execução dos próprios projetos.

Cumpra salientar que o nosso intuito, com as presentes análises, é apenas o de promover e estimular o debate a respeito do tema, sobretudo em relação às parcerias público-privadas, sem a pretensão de esgotar propostas e desafios sobre o assunto.

3.2. Buscando soluções: Os exemplos do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e da Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA)

Como visto, os riscos políticos, não gerenciáveis, representam grande desafio no provimento de liquidez aos passivos contingentes. Além de serem dificilmente estimáveis ou previsíveis, a materialização desses riscos pode representar sérias perdas aos investidores que levam à frente projetos de infraestrutura e de parcerias público-privadas. O grande problema é que os riscos políticos, muitas vezes, sequer são previstos nas rubricas orçamentárias ou reservas de contingência. O ineditismo dos atos governamentais acaba por inviabilizar o prévio planejamento fiscal e financeiro. Nada garante, também, que o Estado terá recursos suficientes para arcar com as indenizações e pagamentos decorrentes dos riscos políticos.

O mercado privado securitário, por sua vez, não oferece cobertura à categoria de riscos. O caráter não gerencial faz com que estes não tenham grande atratividade comercial. A consequência é que projetos de infraestrutura, em localidades com alto grau de riscos políticos, acabam afastando investimentos e interessados nas parcerias e concessões da região. Ou, em última análise, encarecendo projetos – já que o investidor que se dispõe acaba por atribuir preço muito elevado ao ativo.

Possivelmente esse foi um dos elementos que contribuiu para que o Banco Mundial fundasse, no ano de 1988, a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA), instituição que visa “*promover o investimento estrangeiro direto (IED) nos países em desenvolvimento, proporcionando garantias (seguro contra riscos políticos e melhoria do crédito) a investidores e mutuantes*”.⁸⁰ Além disso, nos últimos anos, o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) também vem promovendo a concessão de garantias contra riscos políticos não gerenciáveis, através do chamado Instrumento de Garantia Flexível (IGF), conforme se demonstrará posteriormente. Em síntese, são de importante exposição para os estudos de práticas de melhoria da concessão de crédito para financiar a infraestrutura de países emergentes e em desenvolvimento.

⁸⁰ Disponível em: https://www.miga.org/sites/default/files/multilingual/2018-06/IGG_Portuguese_final.pdf. Acesso em 07 de fevereiro de 2020.

Em relação à **MIGA, tem-se que a Agência atua como uma seguradora complementar ao mercado, concedendo garantias não comerciais, indisponíveis no setor privado**⁸¹. Com isso, a Agência visa criar um ambiente propício aos investimentos em países emergentes, subdesenvolvidos e em desenvolvimento. Para tal, a MIGA desenvolveu uma política própria de garantia, segurando empreendimentos que envolvam 4 riscos políticos principais: (i) Restrições pertinentes à inconversibilidade e transferência de moeda; (ii) Expropriações; (iii) Guerra, terrorismo e distúrbios civis; (iv) Quebra de contrato. Essas garantias podem ser concedidas tanto de forma individualizada quanto de forma conjunta, em arranjos contratuais próprios.

Para uma melhor compreensão de sua atuação, especificaremos cada um dos 4 produtos principais ofertados pela MIGA e, com isso, descobriremos como a instituição vem se mostrando capaz de assegurar liquidez às contingências decorrentes dos riscos políticos não gerenciáveis.

Posteriormente, destrinchamos a forma pela qual uma estatal brasileira, a ABGF, também se propôs a segurar riscos não gerenciáveis, com a intenção de traçar uma comparação entre a atuação da ABGF e a experiência da MIGA. Antes de adentrarmos nas categorias de riscos da MIGA, entretanto, cabe trazer algumas condições gerais de concessão de garantias por parte da agência.

De forma inicial, são oferecidas coberturas securitárias apenas para os riscos políticos de países que sejam membros da MIGA (cotistas). Este requisito, contudo, não constitui grande barreira de entrada aos serviços da instituição, já que mais de 180 nações do globo fazem parte dela. Os países beneficiados com as garantias, entretanto, devem estar em desenvolvimento (conforme destaca o art. 14 da Convenção da MIGA). Assim, países desenvolvidos, apesar de poderem ser cotistas da agência, não podem desfrutar de seus projetos de securitização.

A agência também se limita a garantir projetos com duração de até 15 anos. Justificadamente, esse prazo pode ser estendido para um período de 20 anos (item 2.02 da Carta de Políticas Operacionais da MIGA).

O grande diferencial, contudo, diz respeito às condições brandas para que países emergentes possam contrair garantias. **A MIGA não faz qualquer requisição de contragarantia, seja pecuniária, em bens ou direitos, para que possa segurar um risco.** Em realidade, a instituição exige apenas sua sub-rogação nos direitos do investidor após pagamento de uma garantia decorrente da materialização do risco (art. 18 da Convenção da MIGA). Tal disciplina potencializa a viabilização de projetos com baixa disponibilidade orçamentária e que não tenham recursos suficientes para oferecer de contragarantia à seguradora.

⁸¹ Segundo o art.2º da Convenção da MIGA “To serve its objective, the Agency shall: (a) issue guarantees, including coinsurance and reinsurance, against non-commercial risks in respect of investments in a member country which flow from other member countries”.

Os prêmios securitários, por sua vez, são determinados caso a caso, após estudo individualizado feito pela agência sobre os riscos cobertos. É o Conselho de Administração da MIGA que define a sua ordem de prioridade, conforme critérios internos.

Além disso, também existem montantes e limites máximos de cobertura securitária a serem praticados pela Agência. No caso de investimentos de capital, a MIGA poderá garantir até 90% do investimento, mais um adicional de até 500% da contribuição do investimento para cobrir lucros imputáveis ao projeto e nele retidos.

No caso de empréstimos e garantias de empréstimos, a MIGA geralmente oferece cobertura de até 95% do principal (ou percentagem mais alta, a ser determinada caso a caso), mais um adicional de até 150% do principal para custear os juros acumulados durante a vigência do empréstimo. Nos contratos de assistência técnica e em outros acordos contratuais, a MIGA poderá segurar até 90% do valor total dos pagamentos devidos nos termos do acordo segurado (até 95% em circunstâncias excepcionais).

Feitas essas breves considerações, passa-se a analisar o primeiro grande grupo de riscos segurados pela MIGA: as restrições pertinentes à inconvertibilidade e transferência de moeda. Segundo a Agência, estas dizem respeito ao estabelecimento de dificuldades para que um investidor possa converter ou transferir, legalmente, a moeda nacional, de um país, em divisas ou moedas internacionais⁸². Tal situação pode ser decorrente tanto da ação quanto da omissão governamental. Em suma, governos podem estimular essas restrições visando à valorização da moeda nacional ou restringindo a “fuga de capitais” ao exterior⁸³.

Sempre que o risco de inconvertibilidade se materializar, a MIGA compensa as perdas do parceiro privado, garantindo a conversão de ativos em valores equivalentes em moeda estrangeira. **Cumpra salientar, porém, que a instituição não oferece cobertura contra variações cambiais. Sua oferta se restringe às questões de convertibilidade da moeda. Ou seja, quando o governo age para evitar a compra de moeda estrangeira ou impede que recursos sejam legalmente transferidos para outros países (onde se localizam as empresas-sede dos investidores).** ⁸⁴

⁸² Disponível em: https://www.miga.org/sites/default/files/multilingual/2018-06/IGG_Portuguese_final.pdf. Acesso em 07 de fevereiro de 2020.

⁸³ O artigo 11 da MIGA define os riscos de inconvertibilidade como “any introduction attributable to the host government of restrictions on the transfer outside the host country of its currency into a freely usable currency or another currency acceptable to the holder of the guarantee, including a failure of the host government to act within a reasonable period of time on an application by such holder for such transfer”.

⁸⁴ Segundo o guia da agência, a cobertura cobre “Protege contra perdas oriundas da incapacidade de um investidor de converter legalmente moeda nacional (capital, juros, principal, lucros, *royalties* e outras remessas) em divisas e/ou de transferir moeda nacional ou divisas para fora do país quando tal situação for resultante de uma ação ou omissão do governo. Não se cobre a desvalorização da moeda. No caso de reivindicação, a MIGA paga a compensação na moeda especificada no contrato de garantia.” ⁸⁴ Disponível: https://www.miga.org/sites/default/files/multilingual/2018-06/IGG_Portuguese_final.pdf. Acesso em 07 de fevereiro de 2020. p.3.

Já o segundo grupo de riscos públicos segurados pela MIGA diz respeito às expropriações. Segundo a Agência, o intuito da cobertura é:

Proteger o investidor contra perdas decorrentes de ações de um determinado governo que possam reduzir ou eliminar a propriedade e o controle do investimento segurado ou direitos ao mesmo. Além da nacionalização e confisco diretos, são também cobertas ações de desapropriação “progressiva” – uma série de atos que, com o tempo, têm efeito de desapropriação. Há cobertura limitada para desapropriação parcial (por exemplo, confisco de fundos ou de ativos tangíveis). No caso de desapropriação total de investimentos de capital, a compensação à parte segurada baseia-se no valor contábil líquido do investimento segurado. No caso de desapropriação de fundos, a MIGA paga a parte segurada dos recursos bloqueados. No caso de empréstimos e garantias de empréstimos, a MIGA pode segurar o saldo devedor do principal e quaisquer juros acumulados e não pagos. **A compensação será paga mediante a cessão à MIGA do interesse do investidor no investimento desapropriado (por exemplo, ações de capital social ou juros em um acordo de empréstimo)**⁸⁵. **Grifos nossos.**

Em resumo, a instituição do Banco Mundial compensa as perdas decorrentes de expropriações e confiscos de ativos e propriedades, sejam eles diretos ou indiretos (feitos formal ou concretamente). A MIGA também segura o bloqueio de fundos e contas do investidor, honrando as dívidas do projeto. Em contrapartida, a Agência se sub-roga nos direitos relativos aos itens expropriados. Segundo o item 1.34 da política operacional da MIGA, os atos expropriatórios também abarcam tanto ações legislativas, quanto administrativas (seja por meio de ações ou omissões). O fato é que, comprovada alguma restrição ao uso de ativos e bens da concessionária ou investidor, materializa-se o risco, acionando a garantia.

Este modo de apuração da agência é importante, já que introduz uma análise pragmática dos riscos políticos, sem depender de atos formais dos governos. Isso garante mais segurança aos agentes privados, que poderão levar adiante seus projetos sem o remorso de prejuízos e perdas decorrentes da contingência expropriatória.

O terceiro risco político segurado, por sua vez, trata de perdas decorrentes de guerras, terrorismo e distúrbios civis. As coberturas oferecidas dizem respeito tanto aos danos materiais quanto aos problemas decorrentes da impossibilidade de prestação das atividades comerciais relacionadas aos investimentos. Segundo a Agência, o seguro:

Protege contra perdas, danos, destruição ou desaparecimento de ativos tangíveis ou interrupção total de atividades comerciais (a incapacidade total de realizar operações essenciais à viabilidade financeira geral de um projeto), causados por atos de guerra politicamente motivados ou por distúrbio civil no país, incluindo revolução, insurreição, golpe de estado, sabotagem e terrorismo. A cobertura

⁸⁵ Disponível: https://www.miga.org/sites/default/files/multilingual/2018-06/IGG_Portuguese_final.pdf. Acesso em 07 de fevereiro de 2020. p.3.

protege contra perdas atribuíveis diretamente ao dano físico dos ativos e à total interrupção de negócios.

No caso de interrupção total de negócios, a compensação basear-se-á no valor líquido contábil do investimento de capital total segurado ou na parcela segurada do principal e pagamento de juros inadimplente como resultado direto de um evento coberto de guerra e de distúrbio civil. No caso de perda de ativos tangíveis, a MIGA pagará a parcela menor do valor contábil dos ativos do projeto, seu custo de reposição e o custo da reparação de ativos danificados.

A interrupção temporária de negócios também pode ser incluída a pedido do investidor e cobrirá três fontes de interrupção: prejuízo aos ativos, abandono forçado e perda de uso. No caso de interrupção de curto prazo de negócios, a MIGA pagará as despesas contínuas inevitáveis e as despesas extraordinárias associadas ao reinício de operações e à perda de renda proveniente dos negócios ou, no caso de empréstimos, pagamentos inadimplentes. Essa cobertura abrange não somente a violência no país anfitrião direcionada contra o governo do país anfitrião, mas também contra governos de outros países ou investimentos estrangeiros, incluindo o governo ou nacionalidade do investidor.

Assim, tem-se uma ampla cobertura sobre quaisquer dos efeitos decorrentes de conflitos militares e civis sobre os ativos concedidos ou investidos. O modelo de apuração dos danos é semelhante aos dos outros riscos. Verificado concretamente o dano, honra a agência do Banco Mundial com a garantia.

Por fim, há o quarto risco político segurado pela MIGA: aquele decorrente da quebra de contrato. A Agência oferece a cobertura sobre qualquer disposição contratual que tenha sido violada pelo poder público, gerando perdas e prejuízos ao investidor⁸⁶. Incluem-se, aqui, previsões de aportes, términos antecipados dos contratos, exigências de investimentos não previstos, entre outros.

O pagamento da garantia na “quebra de contrato”, entretanto, exige uma condição prévia: a adjudicação de processo judicial ou arbitral, de forma que os valores devidos sejam líquidos,

⁸⁶ Segundo o MIGA, a categoria de seguro “Protege contra perdas decorrentes de quebra ou repúdio, por parte do governo, de um contrato com o investidor. Em determinadas circunstâncias, a cobertura por quebra do contrato pode estender-se às obrigações contratuais de empresas estatais. No caso de suposta quebra ou repúdio de contrato, o investidor deverá ter condições de recorrer a um mecanismo de solução de controvérsias (por exemplo, arbitragem) estabelecido no contrato básico. Se, após um período especificado, o investidor não tiver recebido pagamento de uma adjudicação como consequência da frustração de seus esforços por parte do governo ou tiver recebido uma adjudicação mas o investidor não tiver recebido pagamento conforme adjudicado, a MIGA pagará a compensação. Se forem atendidas certas condições, a MIGA poderá, a seu critério, fazer um pagamento provisório pendente do resultado da controvérsia. A MIGA poderá também decidir pagar indenização sem adjudicação, se o investidor não tiver recurso a um foro de solução de controvérsias ou houver interferência governamental irrazoável no empenho do investidor de assegurar seus direitos legais contra o governo anfitrião. As coberturas acima descritas poderão ser compradas individualmente ou em combinação, mas o investidor deve escolher as coberturas desejadas antes de a MIGA emitir a sua garantia”. Disponível em: https://www.miga.org/sites/default/files/multilingual/2018-06/IGG_Portuguese_final.pdf. p.4.

certos e inquestionáveis. Sem isso, a MIGA não garante a compensação do entre privado. O intuito é assegurar que nenhum pagamento indevido será realizado pela agência multilateral.

Além dos riscos políticos, também deve-se destacar mais um produto ofertado pela MIGA, qual seja, o risco decorrente do não cumprimento de obrigações financeiras assumidas pelo poder público (inadimplência). Este não é categorizado, pela Agência, como um risco político, mas como um mecanismo de melhoria do crédito. Mesmo assim, pode-se inferir que a possibilidade de inadimplência pode derivar de certos riscos políticos. Isso porque é o gestor público que ordena o pagamento ao ente privado (mesmo que tal fato já tenha sido previsto contratualmente), permanecendo certa de margem de discricionariedade política ao ato.

Conforme evidencia o item 1.54 das Políticas Operacionais da MIGA, o devedor deve ser, obrigatoriamente, uma autoridade pública ou empresa controlada pelo governo, confirmando a associação política vislumbrada pelo risco. Materializado o risco, entretanto, não são necessárias sentenças arbitrais ou judiciais para a compensação da inadimplência pela MIGA (ao contrário do que ocorre em relação à quebra de contrato).

Isso ocorre porque a instituição se propõe a segurar apenas aquelas obrigações financeiras incontroversas (de valores previamente conhecidos). São, por exemplo, as contraprestações fixas das parcerias público-privadas no Brasil ou os aportes de investimento (pré-determinados). Com isso, não estão sujeitos a debates ou discussões, sendo as dívidas evidenciadas líquidas, certas e exigíveis. Como será visto, posteriormente, esta categoria de garantia desempenha importante papel no cenário brasileiro de garantias. Também cumpre salientar que a cobertura de inadimplência descrita é não comercial, ou seja, não demonstra atratividade ao mercado privado.

Vistos os principais riscos garantidos pela MIGA, pode-se avançar sobre outro tema de fundamental importância no setor securitário: o acompanhamento e a estimação probabilística de materialização do risco (ocorrência do sinistro), que concretiza o passivo contingente previsto e o transforma em provisão ou obrigação direta. Recentemente, a Agência do Banco Mundial reformulou sua política de acompanhamento e gestão de riscos, adotando o chamado “Método de Monte Carlo”. Conforme o Relatório “Management’s Discussion & Analysis and Financial Statements”, publicado em 2017⁸⁷:

During the quarter ended December 31, 2016, MIGA implemented its new economic capital model and associated core parameters for the purpose of calculating the Agency’s insurance portfolio reserve (IPR), as well as for pricing and assessing capital adequacy. The model was developed in order to ensure that MIGA’s main risk model, in a flexible and transparent manner, reflects the complex risks MIGA faces as an insurer and that it serves as a useful tool for applications which include reserving, pricing, and capital adequacy, while taking into account industry best practice, developments in the political risk landscape, and MIGA’s experience and changes in mix of business and reinsurance

⁸⁷ MIGA. Management’s Discussion & Analysis and Financial Statements, 2017. P. 53.

strategy. The model underwent further refinement during the quarter ended June 30, 2017, which entailed the introduction of the reinsurance counterparty credit risk module.

Operating within MIGA's existing reserving policy and methodology, the new model benefits from a Monte-Carlo simulation approach that is widely used in the insurance industry, enhanced ability to model complex loss structures, and strengthened calculations of extreme loss scenarios indicative of the low-frequency, high-severity nature of MIGA's exposures. Prior to the new model implementation, the model's core parameters underwent comprehensive reviews and refinements, for example in terms of claim probabilities, recoveries, correlations, loss dependency assumptions, and consideration of MIGA's unique nature as a part of the World Bank Group⁸⁸.

Em síntese, o método simula diferentes cenários políticos e econométricos que permitem estimar a probabilidade de efetivação de determinados riscos. O sistema é “alimentado” por uma constante de dados relativos aos projetos, assegurando a construção de projeções futuras de efetivação ou não de riscos. Também deve-se ressaltar, entretanto, as limitações do Modelo de Monte Carlo.

Como exposto, grande parte dos riscos segurados pela MIGA são não gerenciais (políticos). Ou seja, não estão necessariamente relacionados a dados referentes à demanda, oferta e economia relativa aos projetos concedidos ou investidos. Há um “fator surpresa” importante que se relaciona com as vontades e prioridades dos governantes de cada época. Assim, a análise probabilística pode evidenciar sérias limitações diante da previsão da materialização de conflitos armados, civis, desapropriações e quebras de contrato. Muitas vezes, não se mostrará possível construir um modelo matemático ou algorítmico que preveja, com relativa precisão, a viabilidade de concretização de um risco político.

Justamente pelo mesmo motivo, pode haver dificuldades no estabelecimento de *covenants*⁸⁹ e incentivos que visem dirimir o risco de materialização do risco político, não gerenciável (o que é comum na securitização privada e comercial). Nada garante que os agentes

⁸⁸ Em tradução livre dos autores: “Durante o trimestre encerrado em 31 de dezembro de 2016, a MIGA implementou seu novo modelo de capital econômico e parâmetros básicos associados para fins de cálculo da reserva da carteira de seguros (DPI) da Agência, bem como para definição de preços e avaliação da adequação de capital. O modelo foi desenvolvido para garantir que o modelo de risco principal da MIGA, de maneira flexível e transparente, reflita os riscos complexos que a MIGA enfrenta como seguradora e que sirva como uma ferramenta útil para aplicações que incluem reservas, preços e adequação de capital, ao mesmo tempo que leva em consideração as melhores práticas do setor, os desenvolvimentos no cenário de risco político e a experiência e mudanças da MIGA na combinação de negócios e estratégia de resseguro. O modelo passou por refinamentos adicionais durante o trimestre findo em 30 de junho de 2017, o que implicou na introdução do módulo de risco de crédito de contraparte de resseguro. Operando dentro da política e metodologia de reservas existentes da MIGA, o novo modelo se beneficia de uma abordagem de simulação de Monte-Carlo amplamente usada no setor de seguros, maior capacidade de modelar estruturas de perdas complexas e cálculos reforçados de cenários de perdas extremas indicativos de baixa frequência, natureza de alta gravidade das exposições da MIGA. Antes da implementação do novo modelo, os parâmetros essenciais do modelo passaram por revisões e refinamentos abrangentes, por exemplo, em termos de probabilidades de sinistros, recuperações, correlações, premissas de dependência de perdas e consideração da natureza única da MIGA como parte do Grupo Banco Mundial”.

⁸⁹ Determinação de que o segurado cumpra certas condições ou que o proíba de executar determinadas ações ou que possivelmente restrinja certas atividades a circunstâncias em que outras condições são atendidas.

políticos se sentirão influenciados para adotar atividades que afastem a probabilidade de materialização de um passivo contingente não gerenciável pelos parceiros privados.

Mesmo assim, a MIGA vem adotando uma série de standards sociais, ambientais e econômicos nos projetos em que atua. Talvez, um intuito adicional por trás dessas políticas seja revelar ao gestor público os benefícios da continuidade de um projeto bem gerenciado e sem interferência do parceiro público, o que pode se converter em benefícios políticos e em ganhos de popularidade aos governos. Segundo a política de standards da MIGA, os parceiros privados, nos projetos segurados, devem observar os seguintes parâmetros⁹⁰:

Together, the eight Performance Standards establish standards that the client¹ is to meet throughout the life of an investment supported by a MIGA guarantee:

Performance Standard 1: Assessment and Management of Environmental and Social Risks and Impacts

Performance Standard 2: Labor and Working Conditions

Performance Standard 3: Resource Efficiency and Pollution Prevention

Performance Standard 4: Community Health, Safety and Security

Performance Standard 5: Land Acquisition and Involuntary Resettlement

Performance Standard 6: Biodiversity Conservation and Sustainable Management of Living Natural Resources

Performance Standard 7: Indigenous Peoples

Performance Standard 8: Cultural Heritage⁹¹

As metas e atividades referentes aos mencionados padrões socioeconômicos e ambientais são especificadas contratualmente, conforme as peculiaridades de cada projeto. Entretanto, fica evidente a preocupação da agência do Banco Mundial em promover não só a viabilização e desenvolvimento da infraestrutura local, em países em desenvolvimento, como também o avanço de indicadores sociais por meio de políticas sustentáveis. O sucesso dos projetos, em contrapartida, pode se converter em importante estímulo contra a materialização de riscos políticos.

Por fim, também cabe constatar o sucesso do sistema de seguros oferecido pela MIGA. Como exposto, o modelo de securitização da agência cobre riscos não comerciais, não tendo

⁹⁰ MIGA. Performance Standard on Environmental and Social Sustainability, 2017. pp.1-2.

⁹¹ Em tradução livre dos autores: “Juntos, os oito padrões de desempenho estabelecem padrões que o cliente¹ deve atender ao longo da vida de um investimento apoiado por uma garantia da MIGA: Padrão de desempenho 1: avaliação e gestão de riscos e impactos ambientais e sociais; Padrão de desempenho 2: Condições de trabalho e trabalho; Padrão de Desempenho 3: Eficiência de Recursos e Prevenção da Poluição; Padrão de Desempenho 4: Saúde e Proteção da Comunidade; Padrão de Desempenho 5: Aquisição de Terra e Reassentamento Involuntário; Padrão de Desempenho 6: Conservação da Biodiversidade e Gestão Sustentável dos Recursos Naturais Vivos; Padrão de Desempenho 7: Povos Indígenas; Padrão de Desempenho 8: Patrimônio Cultural”.

grandes barreiras de entrada para a solicitação das garantias (não se exigem, por exemplo, contragarantias).

Os relatórios anuais de administração, da instituição, revelam que, nos últimos 5 anos, vem sendo mantida uma média de 60 bilhões de dólares⁹² por ano na concessão de garantias e investimentos nos países membros. Os projetos envolvem as mais diversas áreas da infraestrutura, englobando os setores energéticos, portuários, sociais, aeroportuários, rodoviários, bancário, entre outros⁹³.

Mais da metade dos investimentos tem se concentrado no continente africano, no sul e leste asiático (localidades em que se encontram as nações mais subdesenvolvidas do globo). A América Latina, por sua vez, tem concentrado uma média entre 8 e 9 bilhões de dólares anuais segurados pela agência. O Brasil, entretanto, apesar de ser país-membro da MIGA, tem um histórico de baixa participação⁹⁴ nos projetos da entidade⁹⁵.

Pode-se concluir, contudo, que o modelo de garantias suplementares da agência multilateral se revelou capaz de atrair investimentos em países instáveis, que sofrem com uma série de riscos políticos. O estudo da MIGA revela ser de grande valia para a estruturação de sistemas de concessão de garantias não comerciais, provendo liquidez aos passivos contingentes de alto risco.

Vista a descrição e especificação da política de garantias da MIGA, pode-se apresentar aquela adotada pelo BID. Em resumo, a Instituição trabalha com três categorias de risco político; (I) o risco de conversibilidade; (II) o risco de transferibilidade; (III) o risco contratual. Nesse sentido, percebe-se uma semelhança com a política de garantias da MIGA. Pode ou não ser exigida a oferta de contragarantias por parte do setor público, a depender do caso concreto.

⁹²Consulte-se, por exemplo, os relatórios anuais de 2015, 2016 e 2017.

⁹³Veja-se a carteira de projetos da MIGA em: <https://www.miga.org/projects>.

⁹⁴ Nos últimos anos, a MIGA participou apenas de um projeto referente à construção de pontes nas rodovias paulistas, avaliado em US\$ 361 milhões. Projeto de Transporte Sustentável de São Paulo combina instrumentos financeiros dos setores público e privado do Grupo Banco Mundial, trabalhando em estreita colaboração com o Governo para oferecer uma solução às necessidades de investimento do Brasil – abordando ao mesmo tempo os limites de crédito específicos do país tanto do Banco Mundial como de mutuantes comerciais. MIGA. Relatório Anual, 2015.p.8.

⁹⁵ Talvez um dos fatores para isso sejam os períodos mais curtos de concessão que a MIGA adota. A Agência garante, majoritariamente, projetos que tenham uma duração de até 15 anos. Excepcionalmente, este prazo pode ser estendido para 20 anos. Já as concessões e parcerias público-privadas brasileiras costumam ter relações mais longas (que possibilitam a amortização dos investimentos feitos pelo parceiro privado) que podem durar mais de 30 anos.

O risco de conversibilidade engloba justamente as dificuldades cambiais na conversão e troca da moeda nacional por estrangeira, assegurando a conversibilidade ao agente privado mesmo diante eventuais políticas cambiais restritivas por parte dos governos.

Já o risco de transferibilidade engloba a garantia da transferência de remessas monetárias para a sede ou país de origem do investidor estrangeiro, dando segurança para que os entes privados tenham livre circulação de seus rendimentos e retornos com os projetos investidos.

O risco contratual, por sua vez, engloba, sobretudo, o risco de inadimplemento por parte dos entes públicos. Trata-se das obrigações financeiras assumidas pelos entes públicos. Um ponto de destaque é que o BID também oferece tal cobertura de garantia não só para a própria pessoa jurídica pública, representativa do ente governamental, mas também de uma entidade por ele controlada, como as estatais. Um resumo dos riscos políticos cobertos pelo BID pode ser consultado abaixo:

Las garantías contra riesgo político cubren el riesgo de incumplimiento del gobierno o una entidad propiedad del gobierno de ciertas obligaciones contractuales asumidas en relación con una parte privada, lo que a la larga podría acarrear un incumplimiento de pago a los acreedores. Normalmente, las garantías **contra riesgo político cubren la convertibilidad y la transferibilidad monetarias**, y la interrupción de contratos. Por ende, podrían atraer financiamiento privado a las transacciones financieras de los proyectos, en particular en sectores como infraestructura, donde el éxito de los proyectos suele depender de ciertas acciones de los gobiernos.⁹⁶

Ou seja, percebe-se uma clara semelhança entre as estruturas securitárias do BID e da MIGA em relação aos riscos políticos. Ambas as instituições se prestam a proporcionar a viabilização de projetos de infraestrutura, assegurando garantias para riscos não gerenciáveis e sem interesse de securitização pelo mercado privado. No cenário brasileiro, como será demonstrado no tópico seguinte, também são diversos os riscos políticos e não gerenciáveis enfrentados por potenciais investidores nas parcerias público-privadas. O governo federal, nesse sentido, chegou a constituir a chamada Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias (ABGF), visando segurar parte dos nossos riscos não gerenciais. O projeto, por sua vez, não logrou resultados. Comparar a experiência brasileira com a do Banco Mundial será importante para identificar erros e acertos da ABGF, bem como para proporcionar um debate mais amplo sobre a temática no futuro.

⁹⁶ Em tradução livre "As garantias de risco político cobrem o risco de inadimplência por parte do governo ou de uma entidade estatal de certas obrigações contratuais assumidas em relação a uma parte privada, o que pode eventualmente levar a uma inadimplência no pagamento aos credores. Normalmente, as garantias de risco político cobrem a conversibilidade e transferibilidade da moeda e a interrupção do contrato. Assim, eles poderiam atrair financiamento privado para transações financeiras de projetos, especialmente em setores como infraestrutura, onde o sucesso dos projetos muitas vezes depende de certas ações dos governos".

3.3. Riscos Políticos no Brasil

Como exposto no tópico anterior, estruturas de garantias complementares, como a da MIGA, têm o importante potencial de estimular o desenvolvimento da infraestrutura em países emergentes e subdesenvolvidos. Ao se segurar riscos não comerciais, sobretudo os políticos, oferece-se ao investidor segurança contra os prejuízos e perdas que possam ser causadas por decisões e atos governamentais.

Nessa linha, é de se questionar se o Brasil, como país emergente, também estaria sujeito aos riscos políticos em seus projetos de parcerias público-privadas e de concessões, de forma geral. Como já destacado, o país, apesar de ser signatário e acionista da MIGA, nunca contou com grandes investimentos feitos pela Agência no país, que tem focado, sobretudo, em segurar concessões e parcerias da África e do Leste Asiático.

Contudo, o contexto brasileiro também sofre com grande variável de riscos não gerenciáveis pelos entes privados, decorrentes de atos administrativos imprevistos de gestores públicos e das Agências de Estado. Em resumo, nas concessões brasileiras, sejam elas comuns, patrocinadas ou administrativas, apresentam o risco políticos associados ao projeto.

Nos últimos anos, inclusive, surgiram exemplos práticos que mensuram o impacto das inseguranças em que o privado está submetido. Cita-se, nessa linha, o recente caso de encampação da Linha Amarela, na Cidade do Rio de Janeiro⁹⁷.

A Linha Amarela é uma rodovia de 17,4 quilômetros que liga o bairro da Barra da Tijuca ao centro da cidade e ao Aeroporto Internacional do Galeão. Desde 1997, o trecho era concedido à Lamsa (concessão comum), que pagava outorga ao Município. Em outubro de 2019, entretanto, o então Prefeito da Cidade, alegando que a concessionária obtinha benefícios não previstos em contrato (demanda de usuários pagantes maior que o previsto), ordenou a tomada de posse do ativo concedido pelo governo, mandando tratores e caminhões para destruir as cancelas de pedágio⁹⁸.

A encampação, apesar de prevista em lei, pode ser questionada frente ao seu procedimento, como no caso Linha Amarela, uma vez que não houve lei autorizativa permitindo o ato, realizado via Decreto n.º 47.959/20. Também não foi verificada prévia indenização à

⁹⁷ O Processo iniciou quando o prefeito enviou então projeto de lei complementar (PLC 143/2019) à Câmara Municipal para encampar a Linha Amarela. O Chefe do executivo ordenou a encampação antes mesmo da apreciação do PL. Consulte-se a temática em: <https://oglobo.globo.com/rio/liminar-proibe-crivella-de-encampar-linha-amarela-sem-processo-previo-indenizacao-24057000>. Acesso em 17 de fevereiro de 2020.

⁹⁸ Consulte-se notícia referente ao tema em⁹⁸: <https://oglobo.globo.com/rio/com-retroescavadeiras-prefeitura-retira-cancelas-da-linha-amarela-libera-pedagio-1-24045822>. Acesso em 17 de fevereiro de 2020.

concessionária pelos investimentos realizados, o que é condição prévia para retomar uma infraestrutura concedida (art. 37 da Lei federal nº 8.987/95)⁹⁹.

Em resumo, o que se vê no caso em tela é a materialização de um risco político não comercial, podendo ser equiparado às quebras de contrato seguradas pela MIGA. Inesperadamente, a concessionária se viu despojada da administração do ativo concedido, sem receber equiparação por todos os investimentos não amortizados.

Em resumo, casos como esse podem transmitir a imagem de que os projetos de infraestrutura no Brasil se sujeitam a riscos políticos diversos, capazes de afetar a continuidade da relação contratual. O “fator surpresa” desse evento também dificulta qualquer cobertura privada para seguros que abranjam riscos políticos. Como a materialização do risco, aqui, está sobre o controle de um agente político, difícil é qualquer tentativa de mitigação ou previsão probabilística do evento. Como resultado, investidores podem decidir aplicar seus capitais na infraestrutura de países com arranjos institucionais mais desenvolvidos ou de menor influência de riscos políticos, em detrimento de nações como o Brasil.

Esses riscos políticos, no país, não se restringem apenas à possibilidade de encampação de um ativo antes de finda a concessão. Nesse sentido, também é presente o risco regulatório enfrentado pelas companhias e parceiros privados. Segundo pesquisa realizada pela KPMG¹⁰⁰, em 2020, englobando uma série de entrevistas com empresas dos diversos setores econômicos (incluindo o de infraestrutura), o risco regulatório era apontado como o segundo mais presente do país, logo atrás das variações e condições naturais de mercado. Segundo a entidade, esses riscos regulatórios são entendidos como:

Riscos associados a leis, normas e regulamentos atuais e futuros que são aplicáveis ao setor, ao mercado de capitais ou às empresas de modo geral. Incluem fatores como: controle de preços; normas ambientais, de saúde e segurança no trabalho e sanitárias; a política de mudanças climáticas e a regulamentação das emissões de carbono; política de gestão de resíduos sólidos; mudanças em leis trabalhistas ou previdenciárias e regras da CVM ou da bolsa de valores onde a empresa está listada, entre outros.

O relatório da KPMG indicou que, para 91% das empresas e investidores consultados, os riscos regulatórios estavam presentes na condução de seus negócios. O fato se agrava pelo fato de

⁹⁹ Destaca-se que ao final do processo a linha amarela voltou a ser operada pela concessionária. Após pedido da Lamsa, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concedeu liminar ordenando o reestabelecimento do pedágio e da concessão pela concessionária (TJ-RJ. Processo 0000445-81.2021.8.19.0000). Recentemente, tal situação foi consolidada, já que a Prefeitura do Rio de Janeiro não recorreu da decisão; Mais informações disponíveis em: <https://oglobo.globo.com/rio/linha-amarela-prefeitura-nao-vai-recorrer-da-volta-do-pedagio-diz-negociar-valor-menor-24860619>. Acesso em 22 de fevereiro de 2020.

¹⁰⁰KPMG. Gerenciamento de Riscos. 2020. São Paulo, SP. Disponível em:<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2020/08/gerenciamento-riscos-2020-aci.pdf>

o Brasil sofrer com uma grande inflação normativa e legislativa. Ordenamentos e regulações antigas convivem com disposições novas, muitas vezes contraditórias.

Não é raro, também, que regulações de setores como o da infraestrutura sejam realizadas sem a devida escuta e diálogo com os mercados interessados. Nosso arranjo federativo, de competências multifacetadas, também permite que Estados e Municípios possam editar normativas regulatórias próprias, que nem sempre se adequam às disposições federais. O resultado é que o investidor acaba se encontrando em um cenário de incompleta insegurança jurídica. Diversas questões-chave surgem, tais como: Qual regulação adotar? A antiga ou a nova? A federal ou a estadual? A da Agência “B” ou a da “C”? Muitas vezes, eleger um caminho pode significar arcar com multas e penalidades de outras regras que sejam descumpridas.

Consequentemente, um parceiro privado pode vir a sofrer prejuízos e perdas em seu empreendimento, em decorrência dos conflitos e instabilidade regulatória no país. A mudança de normas pode incrementar custos de investimentos. Obras já realizadas podem precisar ser refeitas ou reformuladas. No setor de infraestrutura, por exemplo, pode-se pensar em alguns exemplos hipotéticos. Na concessão de rodovias, existem certos indicadores mínimos de rugosidade da manta asfáltica indicados pelas agências regulatórias. A partir desses índices, os insumos e investimentos utilizados na estrada se alteram. Caso haja uma mudança inesperada dessa regulação, no decorrer do contrato, a concessionária pode ter que readequar a rodovia aos novos parâmetros, gerando custos, originalmente, imprevistos.

Pode-se notar que a prevalência dos riscos regulatórios é característica marcante no Brasil. O mercado interno, por sua vez, também não oferece apólices e garantias contra a materialização de mudanças regulatórias inesperadas. Como já salientado anteriormente, as dificuldades em gerenciar os diversos tipos de riscos políticos, como os regulatórios, faz com que seja raro o interesse privado em segurá-los. Em realidade, a própria MIGA, conforme a política de garantias complementares descrita no tópico anterior, não oferece seguros contra a materialização de riscos regulatórios.

O fato é que, diante da falta de garantias suficientes ou adequadas para mitigá-los, os riscos regulatórios são previamente precificados, majorando os custos de investimentos e as contraprestações a serem pagas pelo poder público nas parcerias público-privadas.

Esta relação entre riscos regulatórios e custos de investimento já vem sendo fonte de estudos pela academia. Segundo estudo conduzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA¹⁰¹, *“as características institucionais e regulatórias do país condicionam substancialmente o spread corporativo dos mercados emergentes, em especial em um momento de crise”*. Esse “spread corporativo” consiste nos custos de operações identificados pelas empresas, como os de

¹⁰¹ ROCHA, K. et al. Determinantes dos spreads corporativos nas economias emergentes: o papel das características institucionais. Brasília: Ipea, 2014. (Texto para Discussão, n. 1978)

concessão, e o valor cobrado dos clientes (poder concedente e usuário no caso de uma PPP). Os riscos regulatórios, por sua vez, majoram o spread. Temendo a materialização de riscos não seguráveis, o privado cobra um valor maior para operar o ativo e os serviços concedidos. Com isso, busca alcançar maior liquidez e solvência contra possíveis prejuízos gerados contra a efetivação de um risco regulatório.

Vistos os riscos regulatórios, merece destaque uma terceira categoria de risco político evidente no país: o de variação cambial. O Brasil adota um sistema de flutuação cambial livre. Isso faz com que, em certos períodos, possa haver grande mudança na correspondência entre o Real, o Dólar, dentre outras moedas estrangeiras mais “fortes” que a brasileira. O grande efeito que essas relações podem gerar é o descasamento cambial entre receitas e despesas do concessionário, caso os valores não sejam assegurados por operações financeiras de contrato de câmbio.

Para investir em um projeto de infraestrutura, o parceiro privado pode contrair dívidas e empréstimos em instituições estrangeiras (baseadas no dólar, sobretudo) ou visar enviar certas remessas de receitas para suas empresas matrizes (com sede em outra nação). Além disso, pode também necessitar de insumos ou equipamentos fortemente dolarizados. Nesse sentido, uma repentina desvalorização da moeda brasileira pode gerar dificuldades para que o ente privado honre com os seus compromissos internacionais. As receitas do empreendimento serão arrecadadas em Real. A queda de cotação da moeda acaba fazendo com que maiores receitas e montantes de recursos sejam necessários para arcar com um mesmo valor em dólar. O problema é que o fluxo de demanda de um projeto e sua delimitação tarifária não se atrelam a uma eventual majoração de receitas que compense o descasamento cambial.

O efeito decorrente deste cenário é que, em períodos de grande instabilidade e variação cambial, investimentos acabam sendo desestimulados. A possibilidade de insolvência dos compromissos internacionais, diante da desvalorização da moeda nacional, faz com que potenciais investidores prefiram aplicar seus recursos em mercados mais estáveis.

O estabelecimento de mecanismos de garantia, mesmo que complementares, tem se mostrado um grande desafio contra os riscos cambiais. Nesse sentido, percebe-se que os riscos da política cambial, segurados pela MIGA, são muito diferentes dos enunciados (variação cambial). A Agência do Banco Mundial segura situações em que haja restrição ao acesso ou conversão da moeda nacional em estrangeira ou à transferência de recursos para outras nações. O Brasil, por sua vez, não sofre com grandes problemas de transferência e conversão de recursos. O nosso sistema de variação cambial livre, entretanto, representa grande instabilidade e fonte de insegurança aos que decidem investir na infraestrutura brasileira. Recentemente, alguns países, que também sofrem com o mesmo problema, vêm pensando em soluções contratuais para lidar com grandes variações de câmbio.

O IPEA¹⁰², em 2016, mapeou as principais políticas desenvolvidas por países emergentes mundo afora, destacando-se as seguintes:

Figura 15: Exemplos de Política Cambial (Riscos)

Chile	Governo oferece <i>hedge</i> cambial para concessionário a custo reduzido para captar recursos em moeda estrangeira, cobrindo variações acima de 10%
Colômbia	Custo de <i>hedge</i> já embutido nas tarifas. Governo cobre variações cambiais acima de 10% da taxa referencial do contrato
Índia	Governo assume o risco integral do financiamento e o concessionário paga o custo de <i>hedge</i> quando houver crédito em moeda estrangeira
Jordânia	Governo cobre variações cambiais acima de 10% da taxa referencial do contrato
México	A petrolífera estatal PEMEX financia infraestrutura por meio da securitização de exportações de commodities
Nigéria	Financiamento dividido em mais de uma moeda estrangeira; parte do risco cambial é assumido pelo governo, parte é <i>hedge</i> direto pelo concessionário
Peru	Tarifas corrigidas automaticamente pela variação cambial, mas em escala menor; Governo assume risco de variações excessivas (e.g. acima de 15%)
Uruguai	Governo cobre variações cambiais acima de 10% da taxa referencial do contrato

Fonte: IPEA (2016)

Em resumo, o que se tem é a oferta de *hedges* cambiais aos concessionários e parceiros privados. O Poder Concedente, em geral, acaba por assumir o risco das variações acentuadas de determinadas bandas cambiais, compensando parte das perdas dos privados. Geralmente, as taxas ou montantes referenciais que ordenam ao Poder Público suportar os custos do *hedge* são

¹⁰²Da Silva Filho, Edson Benedito. CONCESSÕES NO SETOR DE INFRAESTRUTURA: PROPOSTAS PARA ATRAÇÃO DE CAPITAL ESTRANGEIRO A PARTIR DE EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS DE GERENCIAMENTO DE RISCO CAMBIAL. IPEA. Brasília, agosto de 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/apresentacoes/planejamento/infraestrutura-e-parceria-para-o-desenvolvimento/apresentacao-edison-gerenciamento-de-risco-cambial-concessoes.pdf>

descritas no próprio contrato de concessão.¹⁰³ Esses mecanismos evitam que os investidores tenham grandes perdas ou que fiquem sob o risco de não pagamento de suas dívidas em moedas estrangeiras.

Entretanto, esse sistema de garantia ofertado pelo poder público também tem seus riscos. Países e entes com pouca disponibilidade financeira dificilmente poderão arcar com sistemas de compensação cambial através de hedges. Nesse sentido, nações como Chile também adotam meios alternativos para lidar com o risco. O país acaba por permitir a extensão dos prazos de concessão caso a variação de câmbio ultrapasse certa banda pré-determinada. Esses métodos de contragarantia, aliadas à execução do próprio projeto, garantem liquidez contra a materialização de perdas decorrentes do câmbio.

Por fim, cita-se um quarto risco político: o de inadimplência das obrigações pecuniárias do parceiro público (também segurado pela MIGA). Este risco, como já citado no tópico anterior, consiste na possibilidade de que o poder concedente, por algum motivo, não cumpra com as contraprestações ou aportes devidos ao concessionário.

Uma forma de representar essa categoria de risco diz respeito às classificações e notas do chamado “rating de crédito soberano”. Este nada mais é do que uma classificação de risco que avalia a capacidade de um governo ou entidade honrar tempestiva e integralmente com suas obrigações financeiras (dívida)¹⁰⁴. Nos últimos anos, a maioria dos entes brasileiros vem passando por um processo de degradação da capacidade de pagamento, revelando significativa piora nas classificações de risco creditício feitas pelas agências internacionais. Isso significa que o risco de inadimplência passa por um processo de incrementação, sendo, cada vez mais, um possível fator de risco a ser considerado na estruturação contingência a ser pensada para de projetos de parcerias e concessões.

O fato é que os riscos políticos, por si só, enfrentam dificuldades de liquidez, caso materializados, já que são dificilmente estimáveis e valorizados (inviabilizando a instituição de

¹⁰³ O compartilhamento do risco cambial com o poder concedente também é medida presente no Brasil. Cita-se, por exemplo, a previsão feita na concessão rodoviária do Lote Piracicaba-Panorama (concorrência internacional nº01/2019), realizada em São Paulo. O anexo 22 do edital de licitação prevê a divisão de riscos cambiais, prevendo que “MECANISMO DE PROTEÇÃO CAMBIAL (ou “Mecanismo”) terá aplicabilidade para compartilhamento de risco cambial em instrumento(s) de financiamento em moeda estrangeira, e somente poderá ser aplicado à parcela de financiamento em moeda estrangeira relativa aos investimentos vinculados a BENS REVERSÍVEIS e/ou OUTORGA FIXA. O Mecanismo terá aplicabilidade apenas para o montante principal de financiamentos em moeda estrangeira, e não inclui os juros ou quaisquer outros valores devidos no âmbito do financiamento, cujo montante máximo será, individual ou agregado, de US\$500.000.000,00 (quinhentos milhões de dólares norte americanos), ou o equivalente em outras moedas conforme taxa de câmbio PTAX venda, divulgada pelo Banco Central do Brasil, no dia da contratação do respectivo instrumento de financiamento. Caso o Mecanismo seja ativado para mais de um instrumento de financiamento, o valor máximo dos respectivos instrumentos deverá observar o limite indicado acima.” As taxas referenciais são dispostas no item 2.0 do documento. Disponível: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/novas-paginas/CustomPage.aspx?page=54>. Acesso em 18 de fevereiro de 2020.

¹⁰⁴Veja-se: <https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/divida-publica-federal/sobre-a-divida-publica/classificacao-de-risco-da-republica-soberana-do-brasil>. Acesso em 04 de fevereiro de 2020.

reservas de contingências). Diante deste cenário, estruturas securitizadoras que ofereçam coberturas aos riscos políticos e não gerenciáveis podem ser ferramenta interessante como uma resposta, como se verá a seguir.

3.4. A Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias – ABGF: propostas e primeiros desafios

Tendo em mente o panorama dos riscos políticos que afetam os projetos de concessões e parcerias público-privadas, no Brasil, o governo federal passou a se preocupar com o estudo de meios de se lidar com os riscos apresentados, criando incentivos para um ambiente propício e atrativo aos investimentos. A fim de lidar com o problema, foi instituída a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias – ABGF, objeto de estudo deste subcapítulo. Com isso, poderemos compreender o papel ocupado pela Agência no contexto das contingências políticas e não gerenciáveis dos projetos de infraestrutura.

A Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias – ABGF é empresa pública federal, criada sob a forma de sociedade anônima, autorizada pela Lei nº 12.712/2012 e constituída a partir do Decreto nº 7.976/2013. Na forma de sua lei autorizativa, a ABGF seria criada por prazo indeterminado e vinculada ao Ministério da Fazenda (atual Ministério da Economia), possuindo objeto mais amplo que apenas a garantia a projetos de infraestrutura. Nesse sentido, conforme prescreve o art. 38 de sua lei autorizativa, a ABGF tem por objeto:

(i) a concessão de garantias contra riscos:

(i.1) de morte e invalidez permanente - MIP do mutuário, em operações de crédito habitacional no âmbito de programas ou instituições oficiais;

(i.2) de danos físicos ao imóvel - DFI, em operações de crédito habitacional no âmbito de programas ou instituições oficiais;

(i.3) de crédito, em operações de crédito habitacional, no âmbito de programas ou instituições oficiais;

(i.4) comerciais, em operações de crédito ao comércio exterior com prazo superior a 2 (dois) anos;

(i.5) políticos e extraordinários, em operações de crédito ao comércio exterior de qualquer prazo;

(i.6) de descumprimento de obrigações contratuais referentes a operações de exportação de bens ou serviços, conforme garantias previstas em estatuto;

(i.7) de crédito, em operações de aquisição de máquinas e implementos agrícolas, no âmbito de programas ou instituições oficiais;

(i.8) de crédito, em operações a microempreendedores individuais, autônomos, micro, pequenas e médias empresas;

(i.9) de crédito educativo no âmbito de programas ou instituições oficiais;

(i.10) comerciais, em operações de crédito ao comércio exterior para micro, pequenas e médias empresas;

(i.11) do mercado de seguros rurais privados, na forma de cobertura suplementar, nas modalidades agrícola, pecuária, aquícola, florestal e de penhor rural.

(ii) a constituição, a administração, a gestão e a representação de fundos garantidores e de outros fundos de interesse da União;

(iii) a constituição, administração, gestão e representação de fundos que tenham por único objetivo a cobertura suplementar dos riscos de seguro rural nas modalidades agrícola, pecuária, aquícola e florestal, desde que autorizada pela legislação aplicável aos seguros privados, observadas as disposições estabelecidas pelo órgão regulador de seguros.

(iv) a constituição, a administração, a gestão e a representação do fundo para indenização por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares causadas por embarcações não identificadas ou inadimplentes quanto ao seguro obrigatório de danos pessoais tratado pela Lei nº 8.374/1991.

Como se percebe, o objeto da ABGF, segundo previsto pelo legislador, é bastante amplo, não se resumindo aos contratos de infraestrutura. No entanto, para fins deste estudo, é relevante observar o papel da Agência na administração de fundos garantidores federais, além da previsão do art. 38, parágrafo único, de sua lei autorizativa, segundo o qual a ABGF não garantirá riscos que encontrem cobertura no mercado securitário privado, salvo a hipótese de suas taxas e condições serem incompatíveis com as praticadas pela Agência.

Desde sua criação, questionou-se qual seria o propósito e a natureza da ABGF, se assemelhada a uma seguradora, uma agência ou um fundo garantidor. Acabou-se entendendo que a Agência não seria mera seguradora que emitiria certificado de garantias, nem tampouco pretenderia competir com o mercado segurador privado. Por esse motivo, a ABGF não enfocaria,

por exemplo, na garantia de riscos de engenharia e construção, já que são amplamente segurados pelo mercado privado. Pretendia-se, assim, que a Agência fosse um instrumento para garantir ao setor privado proteção contra riscos não gerenciáveis no setor de infraestrutura.

Conforme aponta André Dabus, em entrevista realizada com gestores da ABGF¹⁰⁵, a Agência atuaria apenas em caso de falhas de mercado, quando os riscos não encontrassem plena cobertura no mercado segurador e ressegurador privado, ou, ainda, de forma complementar ou suplementar a operações securitárias do setor privado.

Vale destacar, quanto ao fundo garantidor referido pela lei autorizativa da ABGF, que, segundo o art. 33, parágrafo sétimo, do mesmo diploma legal, poderão se beneficiar de sua cobertura, entre outros, (i) projetos de infraestrutura de grande vulto constantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC ou de programas estratégicos definidos em ato do Poder Executivo; (ii) projetos resultantes de PPPs; (iii) outros programas estratégicos ligados a operações de infraestrutura definidos por ato do Poder Executivo.

Há, inclusive, menção legal expressa à possibilidade de o fundo – de natureza federal – oferecer garantia a projetos de PPP promovidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, desde que não excedam os limites de contratação de operações de crédito estabelecidos pelo Senado Federal e ofereçam contragarantia em valor igual ou superior ao da garantia (salvo em caso de risco de engenharia, para o qual não será exigida contragarantia).

Como empresa estatal, em consonância ao disposto no art. 173, parágrafo primeiro, inciso II, da Constituição Federal, dispõe a lei autorizativa da ABGF que a Agência se sujeitará ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. A concepção é relevante, na medida em que, figurando como ente garantidor em contratos de infraestrutura, emergem discussões quanto à impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens públicos.

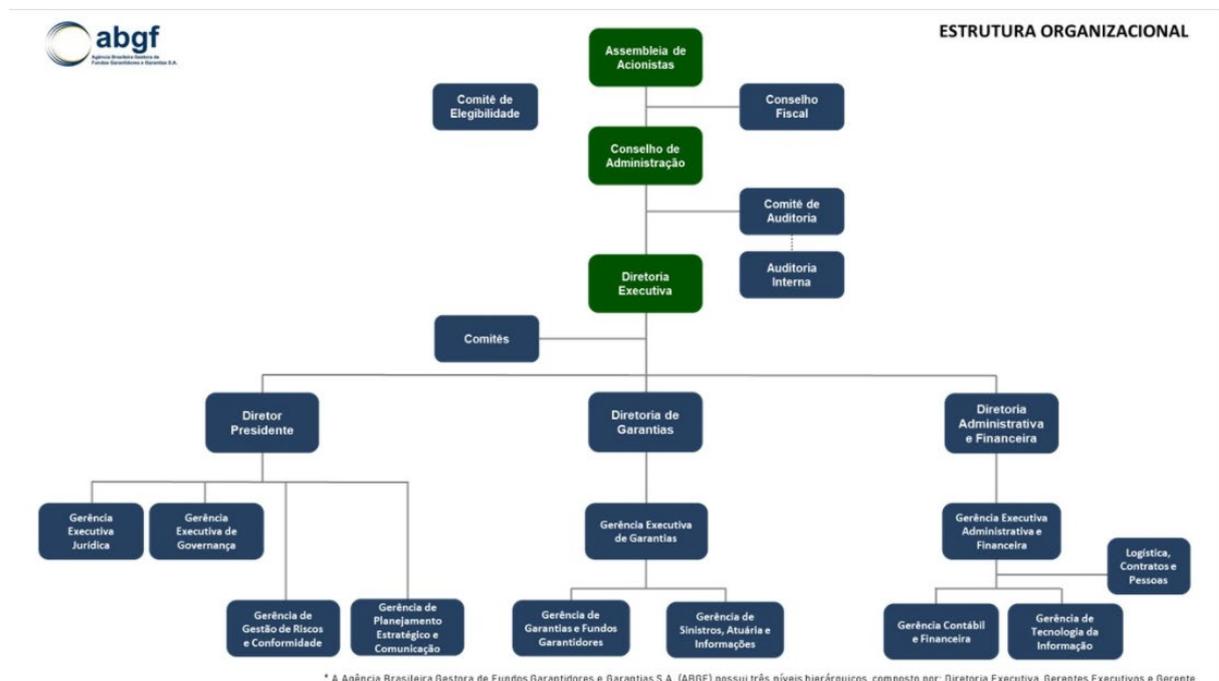
Tratando-se de empresa estatal não prestadora de serviços públicos, contudo, entende-se que não se submetem ao regime jurídico de direito público, permitindo que a companhia possa prestar garantias sem a necessária submissão dos bens em garantia ao regime de precatórios – o que inviabilizaria por completo a função garantidora da ABGF, haja vista que garantias demandam fácil liquidez para que sejam atrativas.

¹⁰⁵ DABUS, André. Riscos gerenciáveis e não gerenciáveis em concessões de rodovias. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, v. 15, n. 57, jan./mar. 2017.

O art. 42 da Lei nº 12.712/2012 prescreve que os recursos da ABGF serão constituídos por (i) transferência de recursos, bens e direitos da União; (ii) produto da alienação das ações e dos títulos e valores mobiliários; (iii) resultado das aplicações financeiras dos recursos; (iv) resultado de suas operações comerciais e de serviços; (v) a recuperação de crédito de operações honradas com recursos por ela providos; (vi) os recursos provenientes de acordos e convênios que realizar com entidades nacionais ou internacionais; (vii) o produto da alienação de bens patrimoniais; (viii) as doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado; e (ix) os recursos oriundos de outras fontes.

A legislação previu, ademais, estrutura societária para a ABGF, contemplando a existência de um Conselho de Administração, uma Diretoria Executiva e um Conselho Fiscal, além da Assembleia Geral de Acionistas, além de regras para admissão e seleção de pessoal, buscando conferir à entidade os recursos humanos necessários ao bom desempenho de suas atividades. Sua estrutura organizacional está assim segmentada:

Figura 16: Estrutura ABGF



Fonte: Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias

Ainda quanto aos elementos centrais da ABGF, é válido destacar as competências estatuídas pelo art. 54 da lei autorizativa da Agência, segundo o qual lhe compete, inclusive na qualidade de administradora e gestora de fundos:

- (i) praticar todos os atos necessários para a concessão de garantias, emissão de certificados de garantia, monitoramento e gestão das garantias outorgadas;
- (ii) receber comissão pecuniária por garantias outorgadas;
- (iii) realizar análise, precificação, aceitação, monitoramento e gestão de riscos;
- (iv) efetuar o pagamento de honras decorrentes de garantias outorgadas;
- (v) impugnar garantias, adiantamentos ou honras prestadas em desacordo com as normas aplicáveis à Agência ou aos fundos por ela administrados;
- (vi) promover a recuperação de créditos referentes às garantias honradas;
- (vii) criar fundos para garantia de suas operações na forma da legislação;
- (viii) administrar e gerir fundos garantidores; e
- (ix) exercer outras atividades necessárias ao cumprimento de seu objeto social ou decorrentes de lei ou estatuto.

Há, assim, ampla margem de atuação da ABGF na gestão dos fundos e garantias por ela administradas, corroborando o relevante papel pretendido para a Agência na formatação do mercado de infraestrutura no país, especialmente no seu mister de garantidor/segurador de negócios. Inclusive, por tal razão, a lei autorizativa da Agência a submeteu à legislação aplicável às empresas seguradoras (art. 55).

A efetiva criação da ABGF se deu a partir do Decreto nº 7.976/2013 e da Assembleia Geral de Acionistas reunida para a sua implementação, com capital social inicial de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais). No entanto, a teor da última alteração de seu estatuto, a ABGF possui, atualmente, capital social equivalente a R\$ 237.370.916,71 (duzentos e trinta e sete milhões, trezentos e setenta mil, novecentos e dezesseis reais e setenta e um centavos).

Entre seus órgãos administrativos, destaca-se, para fins de estudo dos passivos contingentes, a Gerência de Garantias e Fundos Garantidores – GEGAF, encarregada de, entre

outras atribuições, acompanhar, analisar e classificar riscos em suas operações.¹⁰⁶ Tal qual apresentado para os órgãos e entes federais encarregados do acompanhamento dos contratos de infraestrutura, o monitoramento de riscos é etapa essencial do ciclo dos projetos, sobretudo para o desenvolvimento de funções essenciais da ABGF, quais sejam, a concessão de garantias em face de riscos não gerenciáveis e a administração de fundos garantidores em infraestrutura.

Desse modo, ao menos em tese, a avaliação de riscos deve ser acompanhada por diversos atores, objetivando uma análise mais assertiva dos fatores capazes de impactar o projeto de infraestrutura para que se possa agir no sentido de minorar os reflexos negativos e adotar as medidas necessárias para evitar que a execução da avença seja interrompida ou prejudicada – isso pode se dar por meios diversos, entre eles, no caso da ABGF, pelo acionamento de mecanismo de garantia.

Como visto, a ABGF é responsável pela administração do Fundo Garantidor de Infraestrutura – FGIE, que dispõe de produtos específicos para os setores de parcerias público-privadas, construção naval, captação externa e contratos *built to suit*. O FGIE teve seu estatuto aprovado em Assembleia Geral realizada em novembro de 2014, com a subscrição de dez mil cotas pela União e uma cota pela ABGF, dispondo expressamente acerca da sua finalidade de garantia dos riscos relativos às operações listadas na Lei nº 12.712/2012, frisando a possibilidade de garantir riscos não gerenciáveis em concessões.

A teor de seu estatuto, o FGIE poderá ter seu patrimônio aplicado em fontes diversas, desde que respeitados os limites máximos de (i) 100% (cem por cento) em valores em caixa, títulos públicos federais e cotas de fundos de investimento de renda fixa cujas carteiras estejam representadas, exclusivamente, por títulos públicos federais; (ii) 10% (dez por cento) em títulos de renda fixa emitidos por empresas de capital aberto, consideradas de baixo risco de crédito, em no mínimo uma dentre as agências de classificação Standard & Poor's, Fitch ou Moody's; (iii) 20% (vinte por cento) em ações de companhias listadas em bolsa de valores, limitada a 5% (cinco por cento) a aplicação em ações de uma única companhia; e (iv) 5% (cinco por cento) em operações compromissadas com lastro em títulos públicos federais.

É importante salientar, ainda na forma do estatuto do FGIE, que a ABGF atua em caráter subsidiário ao mercado securitário. Com efeito, dispõe o art. 18 do documento que o Fundo apenas poderá oferecer cobertura de forma direta quando as seguradoras e resseguradoras não aceitem assumir ao menos 20% (vinte por cento) da operação.

De qualquer sorte, havendo cobertura securitária, o FGIE pode funcionar como garantidor indireto, complementando ou suplementando operações de seguros e resseguros e

¹⁰⁶Conforme Regimento Interno da ABGF, disponível em <https://www.abgf.gov.br/wp-content/uploads/2020/09/REGIMENTO.-INTERNO.pdf>.

atuando em favor de seguradoras, resseguradoras ou fundos garantidores, desde que a cobertura direta seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do total da operação. A previsão estatutária, contudo, não implica em aceitação *a priori* ou incondicionada de qualquer risco não segurável, sendo certo que o FGIE não estará obrigado a conceder garantia e analisará cada pedido caso a caso. Nessa hipótese, inclusive, é previsto em seu estatuto que o Fundo divulgará edital para confirmar se, de fato, não há interesse do mercado segurador e ressegurador na operação pretendida.

Não há, assim, uma limitação prévia à atuação do FGIE no sentido de que apenas riscos não gerenciáveis serão segurados. No entanto, pode-se concluir haver, de certa forma, uma prevalência deste tipo de risco, tendo em vista as previsões de atuação subsidiária em relação às companhias seguradoras e resseguradoras. Por outro lado, há o estabelecimento de limites quanto à extensão das garantias prestadas pelo Fundo, quais sejam, (i) de crédito, 80% (oitenta por cento) do valor total do financiamento, do empréstimo ou da emissão de título de dívida, se garantia direta, e 60% (sessenta por cento), se garantia indireta; (ii) de performance, 30% (trinta por cento) do valor total do projeto, se garantia direta, e 10% (dez por cento), se garantia indireta; (iii) de descumprimento de obrigações contratuais, 100% (cem por cento) do valor total de cada evento, se garantia direta, e 80% (oitenta por cento), se garantia indireta; (iv) de engenharia, 100% (cem por cento) do valor total do projeto, se garantia direta, e 80% (oitenta por cento), se garantia indireta; (v) demais riscos, 100% (cem por cento) do valor total do projeto, se garantia direta e 80% (oitenta por cento), se garantia indireta.

Como se percebe, não é a integralidade do projeto que poderá ser garantida pelo FGIE, tendo em vista que, ao menos em parte, haverá cobertura securitária aos riscos e, no que não houver, o estatuto do Fundo traz limitação percentual para o montante que poderá ser objeto de garantia. Cumpre salientar, ainda, que, para cada garantia ofertada, deverá ser prestada contragarantia através das modalidades de seguro-garantia, cessão ou cessão fiduciária dos direitos emergentes da concessão, dos recebíveis do projeto ou de outros direitos, cessão de contratos relacionados ao projeto, alienação fiduciária ou hipoteca do produto final objeto do financiamento, fiança, penhor da totalidade das ações de emissão do responsável pelo projeto, fiança dos acionistas controladores do responsável pelo projeto, celebração de contrato de comodato das instalações industriais em que o produto final será construído, bem como das máquinas e equipamentos necessários para a sua construção, títulos ou valores mobiliários, outorga ao FGIE do direito de resgate das cotas subscritas e integralizadas pelo parceiro público no próprio Fundo, em projetos de PPP, outras garantias fidejussórias ou reais, ou outros mecanismos admitidos em lei.

As contragarantias prestadas deverão equivaler a, no mínimo, 100% do valor garantido pelo FGIE, salvo em caso de *Project Finance* em que o devedor seja uma sociedade de propósito específico (SPE), hipótese em que a contragarantia deverá equivaler, no mínimo, às garantias prestadas pelo empreendedor aos financiadores. Caso a contragarantia seja dada pela

Administração Pública Federal, o percentual é reduzido para 50% do valor garantido. A única exceção estatutária prevista é para a cobertura de risco de engenharia, em que não se exigirá contragarantia.

Corroborando a sua função no fortalecimento do ambiente institucional das parcerias público-privadas no país, prescreve o estatuto do FGIE que as PPPs contratadas por entes subnacionais (Estados, Distrito Federal e Municípios) poderão se beneficiar do Fundo, desde que não extrapolem os limites para a contratação de operações de crédito definidos pelo Senado Federal.

A outorga de garantia direta pelo FGIE para projetos de PPP, referente ao risco de descumprimento de obrigações pecuniárias assumidas pelo Poder Público, é objeto de regulamento específico¹⁰⁷, cujas principais disposições merecem referência. Salienta-se, inicialmente, a obrigatoriedade de que o parceiro público subscreva e integralize cotas do FGIE para a garantia, em valor a ser indicado pela ABGF.

Além disso, há a possibilidade de constituição de patrimônio de afetação dentro do FGIE, em valor equivalente ao da garantia prestada, de sorte que parcela do patrimônio do fundo ficará vinculada a uma garantia específica, não se submetendo a qualquer ato de constrição (a exemplo de penhora, arresto, sequestro, busca e apreensão, entre outros). Tal medida confere ainda mais atratividade e liquidez ao mecanismo de garantia, uma vez que inviabiliza a comunicação do patrimônio destinado a garantir uma PPP específica em caso de qualquer intercorrência no FGIE por fatores alheios ao contrato de parceria em questão.

Especificamente no que toca ao seu papel quanto aos passivos contingentes em projetos de infraestrutura, dois produtos da ABGF merecem destaque (aprofundados no subcapítulo seguinte). O primeiro, já apresentado, é aquele concernente às garantias em projetos de parceria público-privada, com bastante destaque para os riscos não gerenciáveis e não cobertos pelo mercado segurador/ressegurador. O segundo é o que diz respeito às garantias para captação externa, tendo a ABGF desenvolvido produto específico de garantia para cobertura direta de risco da contraparte em contratos de swap cambial, isto é, contratos de troca de risco das moedas nacional por estrangeira (ou vice-versa), celebrados no Brasil ou no exterior, desde que exclusivamente relacionados à captação de recursos externos através da emissão de debêntures de infraestrutura.

Importante frisar, nesse sentido, a segmentação entre (i) riscos gerenciáveis, cobertos pelo mercado e, portanto, alheios ao escopo de atuação da ABGF; (ii) riscos não gerenciáveis, sobre os quais não se pode controlar e, por isso mesmo, não são segurados pelo mercado privado, a

¹⁰⁷ Disponível em https://www.abgf.gov.br/wp-content/uploads/2018/04/FGIE_Regulamento-de-Operacoes-de-PPP.pdf.

exemplo do risco político; e (iii) riscos não seguráveis, que poderiam ser, ao menos em tese, passíveis de cobertura pelo setor privado mas, por inúmeras razões – como a dificuldade em quantificá-los ou mensurá-los, ou mesmo experiências negativas em projetos anteriores –, não encontram interesse, apetite ou capacidade do mercado securitário privado em garanti-los.

Considerando este cenário, a ABGF identificou lacuna incidente sobre os riscos não seguráveis, compreendendo que a ausência de garantia sobre eles poderia inviabilizar os financiamentos de longo prazo ofertados por bancos oficiais e comerciais a projetos de infraestrutura. Assim, buscou dar enfoque, em sua atuação, a esta categoria de riscos.

Inclusive, sobre a utilização do mercado de capitais para a captação de recursos para o financiamento de projetos de infraestrutura, o Tema 06 da pesquisa aborda em detalhes a regulamentação e os desafios do setor, através de caso prático referente à concessionária Entrevias, em caso paradigmático de financiamento de projetos por meio de debêntures incentivadas.

Nesse prisma, como é cediço, projetos de infraestrutura têm o grande desafio de se mostrarem atrativos para o mercado, captando investimentos a um custo razoável e permitindo que a Administração Pública foque na gestão contratual e na regulação do serviço, a partir de indicadores capazes de assegurar sua qualidade e eficiência.

Assim, o adequado tratamento do risco no contrato tende a reduzir o valor global do projeto e ampliar a competitividade entre potenciais prestadores, tendo em vista que, se um determinado risco não é gerenciável – isto é, às partes não é possível adotar medidas destinadas a evitar a sua ocorrência ou mitigar suas consequências –, a tendência é que isto seja precificado pelo parceiro privado e figure como custo em sua proposta, independentemente de o evento vir ou não a se materializar. Paga-se, portanto, por um fator que pode ou não vir a afetar a execução do contrato, encarecendo o projeto para a Administração Pública sem que se possa agir para prevenir o risco, já que ostenta caráter não gerenciável.

Por conseguinte, considerando que um risco precificado pelo concessionário é, em última análise, assumido pela coletividade, que financia os projetos por meio do pagamento de tributos, a assunção dele por instituição garantidora tende a reduzir o custo geral do projeto. Isso se relaciona ao tema dos passivos contingentes enquanto elementos que devem ser continuamente monitorados por todos os agentes envolvidos no ciclo do projeto – Poder Concedente, concessionário, instituições seguradoras e garantidoras, órgãos de controle, entre outros. Desse modo, riscos não gerenciáveis podem, a depender do caso, configurar provisões ou contingências, sendo importante contar com um adequado acompanhamento e gestão de sua materialização, através de mecanismos sólidos, para assegurar a atratividade do projeto desde o momento da licitação até a execução contratual, garantindo a continuidade e a qualidade dos serviços delegados à iniciativa privada por meio da PPP.

Ao ocupar-se da garantia de riscos não gerenciáveis, portanto, a ABGF assume papel essencial para a viabilização do projeto de infraestrutura ou para evitar que o custo do imponderável seja embutido nas propostas e repartido com a coletividade. Atua a Agência, assim, como elemento mitigador de riscos, ao tempo em que também exerce papel no acompanhamento e na gestão contratual, contribuindo para o fortalecimento institucional do ambiente de parcerias e contratações públicas.

Nesse passo, a ABGF pretendia cobrir riscos não gerenciáveis, desde que o mercado securitário fosse previamente consultado e demonstrasse desinteresse ou falta de capacidade para assumi-los. Em linhas gerais, buscava a Agência utilizar o capital inicial do FGIE com alguma alavancagem, de sorte a alcançar mais projetos e atuar para aumentar o índice de financiabilidade destes junto aos bancos oficiais. Além disso, a garantia provida pelo FGIE poderia atuar para assegurar a manutenção dos *covenants* de serviço da dívida, em caso de algum inadimplemento contratual, evitando que as garantias do projeto fossem acionadas ainda na fase de obras (*pre-completion*).

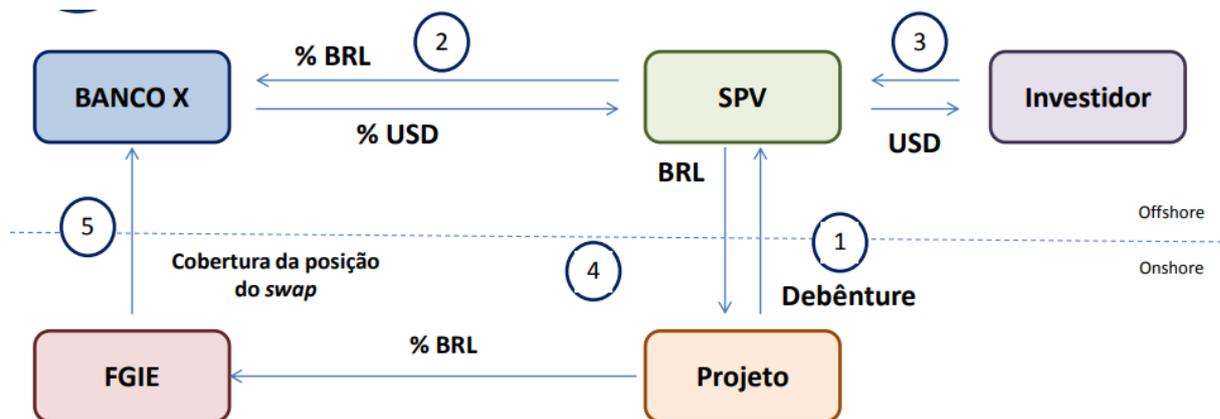
Compreendido o papel que pretendia ocupar a ABGF, serão avaliados os produtos ofertados e os principais desafios encontrados pela Agência no desempenho de suas funções essenciais.

3.5. Os produtos da ABGF

Como já adiantado anteriormente, no que toca ao seu papel quanto aos passivos contingentes em projetos de infraestrutura, dois produtos da ABGF merecem destaque. O primeiro refere-se às garantias em projetos de parceria público-privada, sobretudo aos riscos de inadimplência do parceiro público (não cobertos pelo mercado segurador/ressegurador). O segundo diz respeito às garantias para captação externa, tendo a ABGF desenvolvido um seguro de cobertura direta de risco da contraparte em contratos de swap cambial (contratos de troca de risco das moedas nacional por estrangeira (ou vice-versa)).

Em relação a este último produto, de forma mais específica, a estrutura da garantia prevê que um projeto emita debêntures em Reais, compradas por Sociedade de Propósito Específico (SPE), que emitirá títulos em moeda estrangeira e contratará um *swap* cambial junto a um banco provedor de *hedge*. Este título será referenciado no fluxo de pagamento das debêntures e no *swap* cambial. O projeto, então, contratará o FGIE para emissão de uma garantia em favor do banco provedor de *hedge*. O FGIE proverá, desta forma, colateral para o instrumento de confirmação, na hipótese de ocorrência concomitante de posição devedora do *swap* e *default* do projeto. De forma esquemática, temos o seguinte:

Figura 17: Garantia Colateral (Swap Cambial)



Legenda:

- 1.SPV (Equivalente à SPE), emite debêntures em BRL, referentes ao projeto de infraestrutura.
- 2.SPV executa um swap com o Banco X, trocando BRL por USD.
- 3.SPV emite título em USD, referenciado na debênture e no swap.
- 4.Projeto contrata FGIE para emissão de uma garantia em favor do Banco X.
- 5.FGIE provê colateral para o instrumento de confirmação, na hipótese de um default do projeto e posição devedora no swap.

Fonte: ABGF

Em síntese, a lógica de funcionamento desta espécie de swap cambial é a seguinte: a SPE, primeiro, emite debêntures relacionadas ao projeto e à infraestrutura concedida. Posteriormente, é realizado um swap cambial com uma instituição bancária, trocando-se certo montante em Reais (BRL) por Dólar (USD). Munida da moeda americana, a SPE referencia suas debêntures em lastro estrangeiro, as ofertando aos investidores como garantia contra dívidas contraídas. Perceba-se que, com isso, evita-se a disparidade cambial entre dívidas e receitas (ao menos em parte). Como a garantia de pagamentos, por meio de debêntures, são referenciadas em Dólar, não se evidenciam os efeitos de desvalorização ou valorização acentuada do Real diante dos credores estrangeiros. Caso haja, por exemplo, uma queda bruta da cotação do Real, a empresa se manterá solvente, tendo-se por base seus títulos lastreados em USD.

Em contrapartida, o Banco realizador do swap pode evidenciar perdas. Como salientado, a Instituição trocou seus Dólares pela moeda brasileira. Caso haja uma grande desvalorização do BRL, a instituição acaba por perder dinheiro, já que o USD entregue à SPE ganha valor agregado

em relação ao BRL recebido. Em tese, a SPE seria a responsável por compensar as perdas evidenciadas pelo Banco.

Para a ABGF, portanto, a finalidade da cobertura de risco da contraparte em contratos de swap cambial atrelados à emissão de debêntures de infraestrutura nos primeiros anos do contrato (isto é, na fase *pre-completion*, anterior à conclusão das obras) seria atrair investidores estrangeiros com apetite para risco de crédito em projetos de infraestrutura. Com isso, se mitigaria os riscos cambiais através da emissão de *linknotes* em dólares americanos associados a projetos de infraestrutura no Brasil. Em outras palavras, as debêntures seriam emitidas em reais brasileiros, mas, por meio de contratos de swap cambial, seriam emitidas as *linknotes* em dólares, refletindo as condições e a expectativa de retorno do projeto.

O modelo estruturado pela ABGF fazia com que o investidor estrangeiro assumisse o risco de crédito do projeto, mas não o risco cambial relativo à moeda brasileira. Com isso, o FGIE, gerido pela Agência, ficaria exposto apenas em caso de valorização do real em face do dólar americano. Por conseguinte, haveria uma diversificação do risco, já que, caso o real se valorizasse, em tese, a economia como um todo estaria fortalecida, de sorte que o risco de um *default* sistêmico estaria reduzido.

É nesse contexto que surge o papel da ABGF, por meio do FGIE. O fundo de infraestrutura oferece uma garantia colateral à operação de swap e à emissão de debêntures. Em resumo, a empresa pública garante a cobertura do swap decorrente das obrigações relativas à variação cambial. Os valores devidos pela SPE ao banco são compensados pela ABGF, conferindo segurança e liquidez a todo o arranjo. Perceba-se que, com isso, que a estatal garante a honra de obrigações futuras que decorram de passivos contingentes atuais, representativos da possibilidade de variação cambial.

O grande problema seria o cenário inverso: quando há uma grande desvalorização da moeda brasileira, a economia nacional pode estar em um processo de desaceleração, o que pode prejudicar a demanda e as receitas do próprio projeto de concessão ou de parceria público-privada. Ou seja, pode haver uma diminuição do caixa da empresa, acompanhada da cobrança de compensações bancárias pela operação de swap, sendo possível que a companhia não tenha liquidez ou caixa suficiente para saldar suas obrigações. Em outros termos, havendo uma queda considerável do real em face do dólar americano, todos os projetos acionariam a garantia ao mesmo tempo, representando um risco sistêmico à Agência e ao seu mecanismo garantidor.

A proposta da ABFG também revela ser muito diferente daquela feita pela MIGA, em relação ao mercado cambial. Como já exposto anteriormente, esta última não se propunha a prestar qualquer garantia colateral em operações de *hedge* ou de *swap* cambial, apenas se propondo a segurar operações de restrição ao acesso de moeda estrangeira e de transferência de ativos. Já a estatal brasileira lida com as avaliações cambiais e a volatilidade da moeda nacional,

sendo mais incisiva em um risco tipicamente brasileiro em detrimento da agência do Banco Mundial.

Entretanto, a despeito de o sistema de garantias colaterais desenhado pela ABGF demonstrar ter grande potencial na atratividade de investimentos, o fato é que o mesmo nunca foi testado na prática. A empresa pública não chegou a estruturar um contrato ou modelo de operação para a iniciativa. Em realidade, as operações de garantia aos swaps cambiais não contam com um regulamento ou regimento próprio, como detinham outros modelos de garantias disponibilizados pela ABGF. Também não foram apresentadas as condições, contragarantias ou pré-requisitos para a sua realização. Isso revela que a operação ainda era planejada de forma incipiente pela empresa.

O modelo de garantia nunca chegou a ser completamente especificado, apesar de seus contornos gerais. Ao final de 2017, por exemplo, a ABGF contratou a Fundação Getúlio Vargas, por meio do Processo nº 62/2017, para a estruturação de modelo de garantia de riscos cambiais. Assim previa o item 2.1 do instrumento:

O serviço a ser contratado consistirá na realização de estudo para subsidiar a estruturação da garantia de risco cambial, por parte da ABGF, que prevê o uso de instrumentos de swap cambial, validação e identificação de possíveis limitações e riscos desse modelo de garantia, bem como obtenção de modelos econométricos avançados de câmbio de longo prazo que embasaram a ABGF na tomada de decisão e gestão de sua potencial carteira de projetos.

Conforme revela a disposição contratual, a ABGF ainda buscava implementar e estudar pressupostos econométricos essenciais antes que pudesse, de fato, oferecer alguma garantia colateral para as operações de captação externa. Não há informações, contudo, que revelem se os estudos da FGV foram realmente aplicados em campo. Isso porque, a partir de 2018, a empresa começou a sofrer com um gradual processo de descapitalização que culminou com sua inclusão no Programa de Parcerias e Investimentos do Governo Federal (visando sua privatização), no segundo semestre de 2019. Ou seja, a ABGF não chegou a ter condições operacionais e organizacionais de colocar em prática seu projeto de garantias colaterais. A ideia de cobertura do swap cambial, entretanto, ainda demonstra ser atrativa, apesar de nunca testada.

Demonstrado o primeiro grande produto da ABGF, pode-se analisar as garantias concernentes aos projetos de parceria público-privada, com bastante destaque para os riscos não gerenciáveis e não cobertos pelo mercado segurador/ressegurador (2ª grande linha de atuação da empresa pública).

Nesse sentido, a Agência Brasileira Gestora dos Fundos Garantidores e Garantias (ABGF) oferecia a outorga de garantia direta pelo Fundo Garantidor de Infraestrutura (FGIE) para cobertura do **risco de descumprimento de obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público em contratos de Parcerias Público-Privadas (PPPs)**. Essas “obrigações pecuniárias” englobam todas as contraprestações devidas pelo concedente à concessionária, bem como os

valores devidos em fases de aporte, entre outros. A estatal nunca chegou a definir as espécies de obrigações pecuniárias que estava disposta a segurar, tendo um rol de cobertura genérica e não taxativo. A amplitude das disposições nos permite inferir que seriam permitidos arranjos contratuais inovadores, em que parte das obrigações pecuniárias poderiam ser garantidas pelas securitizadoras privadas e parte, pela empresa pública.

Nesse sentido, como já salientado anteriormente, a ABGF apenas se dispunha a segurar os riscos de descumprimento de obrigações pecuniárias que não encontrassem atratividade ou interesse no mercado privado. Ou seja, a estatal não ofertava, simplesmente, um seguro-garantia contra a possibilidade de o poder concedente não cumprir com as contraprestações devidas ao privado (que podem encontrar ofertas em instituições bancárias privadas). Os projetos envolvidos, aqui, demonstram ter uma parcela maior de riscos, já que eram rejeitadas pelo mercado.

A despeito do cenário, a ABGF nunca chegou a desenvolver um sistema ou política de análise probabilística de materialização do risco de inadimplemento dos parceiros públicos. A medida, inclusive, já era prevista no Estatuto do FGIE, segundo o qual a administradora (ABGF), deveria promover a gestão e monitoramento dos riscos relacionados às garantias concedidas (art. 3º, inciso III).

Em junho de 2019, chegou a ser divulgada uma "política de gestão de riscos e controles internos" pela estatal. O documento, entretanto, traz apenas diretrizes e princípios que a política de riscos da empresa deve adotar, sem qualquer indicação de modelo econométrico ou analítico a ser adotado no acompanhamento dos riscos relacionados à carteira de projetos da empresa. Enquanto a MIGA, por exemplo, adota o modelo computacional de Monte Carlo para avaliar a probabilidade de materialização do risco, ao que se saiba a ABGF não conta com uma metodologia analítica clara e desenvolvida¹⁰⁸, o que se revela prejudicial à condução dos negócios (a estatal

¹⁰⁸ André Dabus, em entrevista com gestores da ABGF, menciona que os riscos não gerenciáveis seriam modelados pela ABGF também se valendo da simulação de Monte Carlo. No entanto, como se apresenta ao longo deste documento, a ABGF nunca chegou a efetivar seu modelo de garantia pretendido, de sorte que não é possível, para os fins deste trabalho, aferir com detalhes a metodologia pretendida pela Agência e a sua efetividade para fins de garantias em projetos de infraestrutura. Vide: DABUS, André. Riscos gerenciáveis e não gerenciáveis em concessões de rodovias. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, v. 15, n. 57, jan./mar. 2017.

não consegue estimar suas variações futuras de caixa pelo pagamento de prêmios dos projetos segurados).

As coberturas dos riscos de descumprimento das obrigações pecuniárias do ente público também contam com uma regulamentação própria feita pela ABGF, editada em março de 2018. O documento ressalta, inicialmente, que as garantias ofertadas pela ABGF funcionam de forma complementar ao mercado privado. O parceiro público que busque uma garantia da estatal deve passar por uma fase de habilitação (art. 3º da regulamentação) para comprovar “*que não houve interesse por parte do mercado segurador e ressegurador privado quanto à emissão da garantia especificada*”.

Em realidade, o ente público interessado só pode solicitar garantia à ABGF após publicação de edital que ofereça a garantia vislumbrada ao mercado de seguros. Este edital pode ser divulgado tanto pela ABGF quanto pelo próprio poder concedente (art. 5º do regulamento). Não havendo interessados, a proposta segue para análise da Diretoria da ABGF.

Outro requisito para concessão de garantia sobre o risco de descumprimento de obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público é a oferta de contragarantias, por parte do poder concedente. Segundo o regulamento mencionado:

Artigo II - As garantias outorgadas de acordo com o disposto neste Regulamento serão contragarantias pelo PARCEIRO PÚBLICO:

I - NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS FEDERAIS: Com bens ou direitos equivalentes a no **mínimo 50% do valor total da garantia**, em qualquer modalidade prevista no Estatuto do FGIE, inclusive por meio da outorga do direito de resgatar as cotas subscritas e integralizadas pelo PARCEIRO PÚBLICO no próprio Fundos.

II - NAS **DEMAIS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**: Com bens ou direitos em valor **igual ou superior ao da garantia a ser concedida**, em qualquer modalidade prevista no Estatuto do FGIE, inclusive por meio da outorga do direito de resgatar as cotas subscritas e integralizadas pelo PARCEIRO PÚBLICO no próprio Fundo. **Grifos nossos.**

Conforme revelam as normativas, há uma importante diferenciação entre as contragarantias exigidas da União, com suas parceiras público-privadas, em relação àquelas requisitadas dos projetos de parcerias dos entes subnacionais. Estados e Municípios devem prestar contragarantias que, no mínimo, sejam equivalentes ao valor garantido. Já no âmbito federal, basta que representem metade do valor garantido. Na prática, há certo desestímulo para que a ABGF conceda garantia aos entes subnacionais.

A lógica, inclusive, tem o condão de tornar rara a viabilidade de garantias aos últimos. Caso os entes públicos oferecessem contragarantias na integralidade do valor a ser garantido, a probabilidade de se conseguirem securitizações privada se torna muito maior. Assim, as exigências da ABGF podem acabar não assegurando a viabilização de projetos de parcerias

público-privadas que se encontrem em dificuldade de estruturação. Não tendo o concedente a condição de oferecer contragarantias tão altas, continua este sem ter acesso a uma garantia sobre o risco de descumprimento das obrigações pecuniárias. O sistema acaba por se assemelhar mais com estruturas e exigências das seguradoras privadas do que, propriamente, com o de uma empresa pública que busca suprir lacunas do mercado.

A prioridade aos projetos de PPPs federais, inclusive, pode se mostrar estrategicamente contrafático. Isso porque o governo federal, até o presente momento, não conseguiu efetivar projetos de parceria, em sentido contrário ao que é verificado nos Estados e Municípios.

Além das contragarantias, o ente público que deseje ser beneficiado com uma garantia da ABGF deve, obrigatoriamente, promover a integralização de cotas de emissão do FGIE (art. 6º da regulamentação). Os valores são estipulados pela estatal no âmbito de cada projeto, sendo o pagamento condicionante à contratação.

São estabelecidas, também, barreiras que vedam a possibilidade de que certos entes tenham acesso a um seguro da ABGF. Segundo o art. 5º, parágrafo de 2º, do regulamento de garantias sobre obrigações pecuniárias do parceiro público, não são passíveis de outorga as garantias pleiteadas por parceiro: (i) inadimplente em outras operações com garantia outorgada pelo FGIE; (ii) com impedimentos à contratação de empréstimos e financiamentos por disposições legais, estatutárias ou decorrentes de determinações ou regulamentação do Senado Federal, do Tesouro Nacional, do Conselho Monetário Nacional ou Banco Central do Brasil; (iii) que esteja em litígio com o Fundo ou sua administradora (ABGF); (iv) cujo beneficiário ou cessionário esteja inserido nas hipóteses previstas nos itens anteriores. Conforme o parágrafo 4º, do mesmo artigo, *“o FGIE não estará obrigado a conceder garantia contra riscos que não obtiverem aceitação no Mercado Segurador e Ressegurador Privado”*.

O que se vê, aqui, é a requisição de um histórico de créditos minimamente positivo. A situação fiscal do ente e seus níveis de endividamento também devem estar em plena observância das disposições legais, assegurando uma demonstração de solvência mínima do parceiro público. A ABGF também se resguarda do dever de aceitar garantias que tenham risco muito elevado, não tendo que garantir, necessariamente, obrigações que sejam recusadas pelas seguradoras privadas.

Passadas essas fases iniciais, prévias à efetivação da própria contratação da garantia, pode-se destacar a forma como ocorre a honra dos compromissos assumidos no caso de materialização do risco segurado. Segundo o art. 12 do regulamento das garantias sobre a inadimplência do parceiro público, evidenciado o “chamado Fato Gerador da Solicitação de Honra”(sinistro), o cumprimento da garantia pode ser solicitado pelo parceiro privado. Feito isso, operam-se os pagamentos e compensações devidos nos prazos estipulados contratualmente.

Há, nesse sentido, uma diferença com as garantias ofertadas pela MIGA. A agência do Banco Mundial apenas honrava os pagamentos diante da prévia comprovação de que os valores não estavam sujeitos a debates em ações judiciais e arbitrais (dívida incontestável), ao passo em que a ABGF não adota este pré-requisito. Tanto o é que o art. 18 do regulamento das garantias referentes às obrigações pecuniárias prevê que:

Se, após um pagamento realizado no âmbito da GARANTIA emitida com base neste Regulamento, for constatado algum erro material ou em decorrência do **resultado de controvérsia ou divergência** entre o PARCEIRO PÚBLICO e o PARCEIRO PRIVADO tenham sido alteradas as condições de pagamento com repercussão sobre o acionamento da garantia, o **valor pago indevidamente deverá ser reembolsado ao FGIE pelo PARCEIRO PRIVADO**, independentemente de notificação, acrescido dos encargos financeiros previstos no Certificado de Garantia. Grifos nossos.

Em resumo, é permitido à ABGF realizar pagamento e honrar compromissos dos entes públicos antes mesmo que os valores devidos ainda passem por processos de divergência ou controvérsia. Caso a garantia paga seja maior do que a realmente devida, fica o parceiro privado obrigado a devolver o montante adicional. Não sendo procedente o pleito administrativo formulado pelo particular, poderia a ABGF, caso houvesse adiantado o montante, executar a contragarantia. A conduta, aqui, se revela menos prudente do que a da agência internacional. Talvez haja alguns motivos vislumbrados para tal: considerando a demora das discussões em âmbito judicial, no Brasil, pode a ABGF ter preferido a instituição de uma política de pagamentos prévios aos valores ainda controversos. Não foi possível identificar, contudo, uma justificação precisa que revele o motivo da adoção de tal posicionamento pela empresa pública.

Com isso, acaba-se por expor a lógica de funcionamento dos dois principais produtos ofertados pela ABGF no âmbito da infraestrutura: a concessão de garantias colaterais em operações de swap cambial e a cobertura do risco de descumprimento de obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público, em contratos de Parcerias Público-Privadas (PPPs). Como visto, o primeiro produto não encontra oferta similar na MIGA, tendo grande potencial de segurar um importante risco político brasileiro: o da política e variação cambial. Já o segundo, apesar de contar com o equivalente na agência do Banco Mundial, possui disposições e aplicação mais branda, exigindo menos requisitos para efetivar pagamento das garantias.

Entretanto, também cabe perguntar: a ABGF, conseguiu se propor a cobrir os principais riscos políticos enfrentados pelos investidores no Brasil (proporcionando liquidez às contingências)?

A resposta é negativa. Isso porque os riscos regulatórios, como exposto anteriormente, continuaram sem qualquer cobertura oferecida por parte da companhia. Em suma, caso o parceiro privado se veja diante dos gastos adicionais ou da necessidade de novos investimentos, decorrentes das mudanças regulatórias, continuará sem o devido amparo de estruturas

securitárias que garantam liquidez contra a materialização desses riscos. A ABGF nunca chegou a propor ou estruturar uma política de garantias para os riscos regulatórios. Talvez, caso projetos semelhantes ao da empresa pública sejam aplicados no futuro, este seja um ponto crucial a ser analisado e proposto, já que também se revela crucial para a plena atratividade de investimentos ao país.

Além disso, como exposto, os entes subnacionais tinham sérias barreiras de acesso às garantias ofertadas pela ABGF, o que dificultava a possibilidade de contratação concreta de garantias. A União detinha um regime de condições privilegiadas para acessar os recursos da estatal, enquanto se requisitavam condições, dos Estados e Municípios, que se assemelhavam às do mercado privado.

Em grande resumo, o papel da agência mediante a cobertura de passivos contingentes, associados aos riscos políticos não gerenciáveis, foi muito limitado. A estrutura securitária realizada exigia o dispêndio de grandes recursos, pecuniários ou não, como forma de contragarantias (ao contrário da política adotada pela MIGA). Também não foram criados protocolos ou sistemas de acompanhamento da probabilidade de materialização dos riscos (ocorrência de sinistro), o que proporcionaria a devida efetivação das contingências representativas destes riscos. Mesmo assim, continua a ser essencial o incentivo aos arranjos garantidores de riscos não comerciais e suas devidas contingências, já que, com isso, se assegura liquidez às obrigações decorrentes dos passivos contingentes.

Importante notar, ainda quanto aos desafios enfrentados pela ABGF na estruturação e desenvolvimento do FGIE e de seus produtos de garantia para projetos de infraestrutura, que o Fundo detinha baixo grau de alavancagem. Enquanto o Fundo de Garantia à Exportação (FGE) da Agência trabalhava com alavancagem de até 5 vezes o seu Patrimônio Líquido Ajustado (PLA), o FGIE apenas podia trabalhar no limite do seu patrimônio, isto é, uma relação de 1:1. Ocorre que, considerando os investimentos necessários aos projetos de infraestrutura que poderiam buscar a ABGF para se viabilizar, esta relação 1:1 entre o PLA e a alavancagem era considerada insuficiente para atender à agenda de infraestrutura brasileira.

É de se destacar, ainda, que a ABGF também sofria com uma série de problemas operacionais que a impediam, na prática, de aprimorar ou mesmo ofertar propostas de garantias às parcerias público-privadas. A companhia, inicialmente, ficou impossibilitada de realizar qualquer operação comercial ou securitária concreta até agosto de 2016, momento em que o Governo Federal capitalizou devidamente a empresa, fazendo um aporte de R\$ 500 milhões no

Fundo Garantidor de Infraestrutura (FGIE). Antes disso, não havia recursos suficientes que permitissem à empresa estruturar ou fazer a contratação de qualquer operação de garantia¹⁰⁹.

O plano original também previa a realização de um aporte de R\$ 2 bilhões no FGIE, a serem integralizados até o final de 2018. Entretanto, o que ocorreu, efetivamente, foi um processo gradual de descapitalização da empresa pública. O processo culminou, ao final de 2019¹¹⁰, com o anúncio da redução de capital em R\$ 1.834.235.375,21 (um bilhão, oitocentos e trinta e quatro milhões, duzentos e trinta e cinco mil, trezentos e setenta e cinco reais e vinte e um centavos) mediante transferência de cotas das ABGF para a União relativa aos fundos garantidores FGO (Fundo de Garantia de Operações), FGI (Fundo Garantidor para Investimentos), FGhab (Fundo Garantidor da Habitação Popular) e FGIE (Fundo Garantidor de Infraestrutura).

O procedimento, em realidade, desestruturou qualquer viabilidade de oferta de garantia pela empresa, que se tornou, mais uma vez, inoperacional. Também em 2019 a ABGF foi incluída na lista de empresas do programa de desestatização do Programa de Parcerias e Investimentos (PPI), do governo federal¹¹¹. Por fim, em novembro de 2020, houve o cancelamento da autorização funcionamento da ABGF junto à SUSEP, através da portaria nº 7.707 da Superintendência de Seguros Privados. A medida, na prática, selou o destino da ABGF, que deixou de ter qualquer viabilidade operacional.

Como se pode abstrair dos fatos, a estatal, de fato, só teve plena capacidade de desenvolver suas atividades por período de aproximadamente 2 anos (2017-2018). Nesse interregno, foram escassos os projetos desenvolvidos, já que a empresa estruturava suas primeiras políticas¹¹². Este contexto dificultava que a companhia cumprisse seus objetivos sociais e ofertasse, aos entes públicos, seus dois produtos principais de garantias não comerciais aos novos projetos de infraestrutura que surgiam.

¹⁰⁹Disponível em: <https://www.abgf.gov.br/abgf-na-midia/fundo-que-garante-obra-tera-aporte-do-governo/>. Acesso em 08 de fevereiro de 2020.

¹¹⁰Fato relevante divulgado em 12 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.abgf.gov.br/wp-content/uploads/2015/08/12_12_19_FATO-RELEVANTE-Reducao-de-Capital-Social.pdf. Acesso em 10 de fevereiro de 2020.

¹¹¹A ABGF foi incluída no Programa Nacional de Desestatização – PND por meio do Decreto nº 10.007, de 05 de setembro de 2019, que designou o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES como responsável pela execução e acompanhamento dos atos necessários à desestatização da empresa.

¹¹²Este fato consta, inclusive, nos relatórios anuais de Administração da ABGF. Conforme destaca o relatório referente ao exercício de 2017, em seu item “2”: “O FGIE não prestou garantias até esta data, tendo em vista que foi capitalizado somente em novembro/2016 e no exercício de 2017 foram estruturados modelos de garantia, os quais estão em análise e discussão com os parceiros envolvidos”.

Mesmo assim, no âmbito do FGIE, foram identificados dois projetos específicos analisados pela ABGF. O primeiro dizia respeito à proposta de Parceria Público-Privada da gestão da rede de comunicação do Comando da Aeronáutica (Comaer)¹¹³. A iniciativa visava, em síntese, o monitoramento do espaço aéreo brasileiro, mas acabou não sendo desenvolvida por falta de interesse do mercado privado na concessão. Posteriormente, a ABGF chegou a estruturar um modelo de garantia para um projeto de parceria público-privada de gestão de resíduos sólidos referente ao município de Salto-SP¹¹⁴.

Não há evidência, contudo, de que a contratação tenha sido efetivada, inexistindo qualquer documento, divulgado pela ABGF, que apresente alguma oferta concreta de garantia. Ou seja, a estatal não foi capaz, durante sua existência, de efetivar qualquer projeto relacionado às garantias de infraestrutura. Enquanto isso, restou presente a dificuldade em levar à frente projetos marcados pelas contingências não gerenciáveis. No futuro, caso resolva-se implementar um projeto semelhante ao da ABGF, será importante considerar as lições apreendidas nos últimos anos.

Estruturar uma política securitária que também abarque passivos contingentes decorrentes de outros riscos políticos tipicamente brasileiros, como o regulatório, aliado com maiores facilidades de acesso às garantias ofertadas podem ser medidas de grande valia. Contudo, enquanto novas seguradoras, no estilo da ABGF ou da MIGA, não sejam atuantes no Brasil, nos cabe incentivar e pensar em novas soluções que promovam liquidez aos passivos contingentes derivados de riscos políticos e não gerenciáveis, dando-se, com isso, mais segurança à potenciais investidores.

3.6. Alternativas aos Seguros: Modelos de Garantias intrínsecas aos projetos

Conforme exposto nos tópicos anteriores, os riscos políticos podem representar sérios desestímulos para a realização de investimentos privados na infraestrutura de países emergentes e subdesenvolvidos. As incertezas sobre a realização de certas atividades estatais podem levar parceiros a contingenciarem, previamente, e monetizarem tais riscos nos custos de operação do projeto, tornando um empreendimento mais custoso e/ou menos atrativo.

¹¹³ Disponível em: <https://www.abgf.gov.br/abgf-na-midia/lei-autoriza-integralizar-r-45-milhoes-no-fgie-para-ppp-do-comando-da-aeronautica/>. Acesso em 17 de fevereiro de 2020.

¹¹⁴ Disponível em: <https://www.abgf.gov.br/abgf-na-midia/prefeitura-de-salto-sp-publica-decreto-sobre-garantia-do-fgie-para-ppp/>. Acesso em 17 de fevereiro de 2020.

Para evitar esse cenário, garantidores subsidiários como a MIGA e a ABFG se mostram fundamentais. Elas seguram determinados riscos políticos específicos, com coberturas indisponíveis no mercado, e garantem liquidez aos privados contra possíveis expropriações e prejuízos que onerem, inesperadamente, o caixa das empresas, bem como do tesouro público (maior segurança contra a concretização de passivos contingentes).

Entretanto, conforme identificado, o Brasil sofre com a atual falta de sistemas garantidores de riscos políticos. O projeto da ABGF, apesar de bem intencionado, se encontra em uma fase de desestruturação. A estatal já foi incluída no programa de parcerias e investimentos do governo federal, visando-se sua privatização, e sofreu com um recente processo de descapitalização dos seus fundos garantidores, o que a impede, na prática, de desempenhar papel relevante em segurar riscos políticos no país.

Diante deste cenário de escassez de garantia aos riscos políticos e da necessidade de estimular investimentos em infraestrutura, surge uma alternativa: a instituição de sistemas de garantias intrínsecas aos próprios projetos e empreendimentos concedidos. A lógica é que outorgas de concessão, sejam elas fixas ou variáveis, sirvam como garantia de liquidez diante da materialização de determinado risco político. Ou seja, ao invés de se encaminhar os valores devidos de outorga ao Tesouro Público, para serem gastos com finalidades diversas e alheias ao contrato de concessão em si, os recursos são depositados em uma conta reserva que só pode ser acionada caso algum dos riscos políticos relativos ao projeto se efetive.

Esta metodologia garante confiança aos investidores privados de que terão asseguradas suas indenizações diante da ocorrência de algum evento político que pode influenciar a perspectiva de rentabilidade de um determinado investimento ou que represente perdas e prejuízos financeiros ao parceiro privado.

Um exemplo que merece destaque é o projeto de concessão comum do trecho Rodoanel Norte em São Paulo¹¹⁵, apresentado através do edital de concorrência internacional nº 01/2017. Cumpre salientar que atualmente o projeto se encontra em fase de remodelagem. Acontece que a empresa vencedora do certame licitatório não chegou a assinar o contrato de concessão¹¹⁶. O projeto original de concessão previa a realização de grande parte das obras de infraestrutura

¹¹⁵ O Lote Rodoanel Norte é constituído pela Rodovia SP 021 (Rodoanel Mário Covas) – entre o km 172,620 (encontro com o Rodoanel Oeste / dispositivo de entroncamento com a Av. Raimundo Pereira de Magalhães) e o km 129,000 (encontro com o Rodoanel Leste / dispositivo de entroncamento com a Rodovia Presidente Dutra), incluindo vias de acesso, bem como Rodovia de Acesso ao Aeroporto Internacional de Guarulhos do km 0,000 ao km 3,600. Acesso em: Consulte-se: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-tribunal-contas-paralisa-edital-para-conclusao-obras-rodoanel>.

¹¹⁶ A vencedora do certame foi a Ecorodovias. Entretanto, ocorreram sucessivos sobrestamentos da licitação, por parte do poder público, até a decisão de remodelagem da concessão em 10 de dezembro de 2020. Para mais informações, acesse: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/149>.

rodoviária por iniciativa do próprio poder público. A construção, entretanto, foi paralisada em 2018, por medidas decorrentes da Operação Lava-Jato. Houve, posteriormente, uma tentativa de retomada das obras com a contratação de novas empreiteiras, o que foi frustrado pelo Tribunal de Contas Estadual (TC-023760.989.20-2)¹¹⁷. Com isso, o Conselho Estadual de Parcerias, ao final de 2020, decidiu promover uma remodelagem da concessão, incluindo a conclusão das obras entre as obrigações da concessionária.

A despeito disso, foi analisado o contrato de concessão referente ao certame licitatório de 2017 (modelagem original). Mesmo que possíveis alterações da estrutura contratual possam surgir¹¹⁸, a iniciativa continua sendo um bom exemplo de inovação na cobertura de passivos contingentes decorrentes de riscos políticos e não gerenciáveis.

Nesse sentido, a minuta do contrato de concessão, não assinado, prevê, em sua cláusula trigésima quarta, a instituição de uma conta de reserva de outorga em que serão depositadas a totalidade das parcelas de outorga fixa e variável (subcláusulas 34.4 e 34.5).

Essa conta é administrada por um banco depositário eleito pela concessionária, tendo seus custos de manutenção por ela mantidos (subcláusula 34.1 do contrato). Os recursos disponíveis na conta apenas podem ser movimentados e transferidos no caso aplicação de dispositivos contratuais previstos na concessão (subcláusula 34.2), sendo as transferências realizadas de forma automática pelo Banco quando os valores forem incontroversos (subcláusula 34.2, inciso IV).

Com isso, o poder concedente não tem a capacidade de interferir ou bloquear quaisquer saídas de recursos para arcar com as obrigações devidas. A concessionária, por sua vez, também não tem o poder de solicitar recursos da conta reserva para abater obrigações do poder público que ainda estejam sujeitas a contestações.

Para tal, é estabelecido um sistema de notificações. Nesse sentido, a ARTESP (Agência de Transportes do Estado de São Paulo) desempenha papel fundamental. É ela que fornece ao banco depositário as notificações e reequilíbrio incontroverso, controverso e as notificações de compensação (subcláusula 34.2, inciso II). São esses documentos que motivam os pagamentos, movimentações e transferências bancárias.

¹¹⁷ O TCE paralisou o anadamento do edital de empreitada, para conclusão das obras. Consulte-se: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-tribunal-contas-paralisa-edital-para-conclusao-obras-rodoanel>.

¹¹⁸Em dezembro de 2020 foi constituída comissão para remodelar a concessão. Não houve, após isso, divulgação de informações oficiais referentes ao projeto. O novo modelo, contudo, visará apenas a inclusão das novas previsões de obras nos projetos. Não se sabe, contudo, se a política de outorgas se manterá a mesma.

A ARTESP, nesse sentido, desempenha o papel de uma “terceira desinteressada” na averiguação da adequação ou não dos pagamentos devidos à concessionária. Apesar desses arranjos e soluções contratuais ainda serem inovadores, nada impede, no futuro, que novas estruturas de notificações sejam pensadas. Atribuir aos verificadores independentes, por exemplo, as atribuições aqui desempenhadas pela ARTESP, pode ser medida interessante em regiões que não contem com agências reguladoras bem estruturadas ou com grande expertise analítica dos contratos firmados. Este tema em específico, contudo, pode ser mais bem delimitado em estudos e análises posteriores.

O relevante é que a conta reserva de outorgas permite o acesso a recursos que garantam pagamentos decorrentes da materialização de riscos. Tal acesso seria permitido em determinadas situações especificadas no contrato. A primeira delas diz respeito a um risco político tratado nos tópicos anteriores: a extinção antecipada do contrato. Segundo a subcláusula 34.8 do contrato:

Caso ocorra a **extinção antecipada do CONTRATO** em decorrência da hipótese prevista na cláusula 6.4 (iii), a ARTESP **determinará ao BANCO DEPOSITÁRIO a transferência da totalidade dos valores disponíveis na CONTA RESERVA DE OUTORGA para a Conta Bancária Centralizadora**, até o limite do montante de indenização devido pelo PODER CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA, nos termos da Cláusula 44.4 (iii).

Essa extinção antecipada do contrato, por sua vez, decorre da materialização de outros riscos mais bem especificados na subcláusula 6.4 do contrato, segundo a qual:

6.4. O CONTRATO poderá ser extinto antecipadamente por iniciativa de quaisquer das PARTES, quando da eventual ocorrência das seguintes hipóteses, observado o regramento estabelecido por este CONTRATO:

- i. Verificação, no 24º (vigésimo quarto) mês contado da assinatura do TERMO DE TRANSFERÊNCIA INICIAL, da inviabilidade da contratação do(s) financiamento(s) de longo prazo pela CONCESSIONÁRIA, nos casos em que seja(m) necessário(s) para a continuidade da CONCESSÃO;
- ii. Materialização de eventos de caso fortuito ou força maior, quando tais eventos não forem seguráveis conforme regramento estabelecido neste CONTRATO, e cujas consequências irreparáveis se estendam por mais de 90 (noventa) dias, ou por período definido de comum acordo entre as PARTES, quando da verificação de que os efeitos possam comprometer de forma irreversível a exploração da CONCESSÃO; e
- iii. O montante incontroverso devido pelo PODER CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA previsto no TERMO DE ACERTO DE CONTAS seja maior que o valor indicado na tabela a seguir, de acordo com o ano da CONCESSÃO em que o TERMO DE ACERTO DE CONTAS tenha sido assinado:

O que se verifica é que o inciso III do dispositivo trata justamente de um risco político referente às obrigações financeiras pecuniárias assumidas pelo poder concedente frente à concessionária. O caso, em específico, diz respeito ao “acerto de contas” a ser realizado pelo ente público, que consiste no *“montante incontroverso e modalidades envolvidas nas recomposições de*

equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, decorrentes da do RELATÓRIO CONSOLIDADO DE VISTORIA INICIAL aprovado e das RECOMPOSIÇÕES AUTOMÁTICAS eventualmente ocorridas¹¹⁹”.

Assim, sempre que houver a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (pelos motivos previamente disciplinados), surge, para a concedente, a obrigação de arcar financeiramente com tais custos. Como forma de garantir liquidez a essas obrigações que podem ser, inicialmente, imprevisíveis, o privado passa a ter o direito de requerer à ARTESP o acesso aos recursos devidos, evitando prejuízos ao fluxo de caixa do empreendimento.

Pode-se perceber que esse sistema é benéfico, inclusive, ao setor público. Como os valores de reequilíbrio, muitas vezes, não são previamente determinados com grande grau de certeza, passa a Administração Pública a ter o dever de reconhecer um passivo contingente, conforme aprofundado neste documento¹²⁰. É recomendável, nesse sentido, que os órgãos contábeis públicos responsáveis pelo projeto busquem estimar as saídas futuras (decorrentes dos desequilíbrios) e que estabeleçam reservas de contingência, tanto na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) quanto na Lei Orçamentária Anual (LOA), de forma a prover liquidez às possíveis obrigações futuras.

O problema é que, caso as reservas realizadas não sejam suficientes para arcar com as obrigações evidenciadas, o poder concedente não terá plenas condições de pagar o montante devido à concessionária. Com isso, prejudica-se toda a execução do projeto, prejudicando o caixa da Sociedade de Propósito Específico responsável pela execução do contrato e, com isso, comprometendo a realização de investimentos inerentes à concessão. A alternativa seria solicitar ao legislativo do ente federado correspondente a abertura de crédito suplementar (instituído por lei¹²¹) para arcar com todas as obrigações, o que depende da boa articulação política dos parlamentares com o Executivo, gerando grande insegurança acerca da efetivação ou não do pagamento.

¹¹⁹ Veja-se a pág.21 do edital (conceituação de termos).

¹²⁰ Segundo o MCASP (baseado na NBC TSP 03 Conselho Federal de Contabilidade), os passivos contingentes são decorrentes de atos potenciais, não devendo ser reconhecidos em contas patrimoniais, mas apenas registrados em contas de controle do ente público (item 12.3 do Manual) ou em notas explicativas. Isso significa que, inicialmente, os passivos não devem constar nos balanços patrimoniais do ente público, sendo indicados nas chamadas “contas de compensado”, que não influem na variação patrimonial do ente (ativos e passivos).

¹²¹ Exigência feita pelo art. 167, inciso V, da Constituição Federal.

Já o mecanismo de conta reserva, alimentada pelas outorgas pecuniárias da concessão, dirime esses riscos. Passa-se a haver uma garantia efetiva de pagamento. Não arcando o Poder concedente com suas obrigações, basta se valer dos recursos depositados. **Tem-se, com isso, uma espécie de reserva de contingência interna e individualizada aos próprios contratos e projetos de concessão. As indenizações por materialização de riscos deixam de ser dependentes das disposições orçamentárias e políticas da Administração Pública, conferindo maior segurança jurídica e financeira aos parceiros privados e, em última análise, ao usuário beneficiário do serviço concedido.**

Como visto, essa lógica é justamente disseminada no contrato original de concessão do Rodoanel Norte, em São Paulo (em processo de remodelagem). Voltando à subcláusula 6.4, tem-se que os recursos da conta reserva também serão acionados caso o poder concedente deva ao privado indenização decorrente da rescisão antecipada do contrato pela efetivação da materialização de eventos decorrentes de caso fortuito e força maior, bem como da dificuldade em ser encontrar financiamento ao projeto (incisos I e II). Em resumo, sempre que o poder público tiver uma obrigação financeira decorrente do contrato, haverá a garantia de acesso aos recursos da conta reserva de outorgas (subcláusula 34.7 do contrato).

Entretanto, todo este sistema de garantias complementares e intrínsecas aos próprios projetos de concessão é aplicável – ao menos diretamente – somente às concessões comuns. As parcerias público-privadas, moldadas pelas concessões administrativas e patrocinadas, não contam com outorgas devidas pela concessionária ao poder público. Na realidade, a relação aqui é inversa: é o poder público o responsável por destinar contraprestações financeiras ao ente privado. **A dificuldade que surge é a seguinte: como criar meios que alimentem uma conta reserva ou que garantam um parâmetro de liquidez contra a materialização de riscos, sobretudo políticos, previstos nos contratos de PPPs?**

A discussão ainda é recente e não conta, no Brasil, com projetos já propostos. Há grande espaço, contudo, para se pensar em arranjos e soluções criativas. Para tal, talvez possamos nos inspirar nos métodos de contraprestação que vêm sendo concedidos aos parceiros privados. Conforme dita o art. 6º da Lei nº 11.079/2004, a contraprestação da Administração Pública, nos contratos de parceria, poderá se dar através de: (i) ordem bancária; (ii) cessão de créditos não tributáveis; (iii) outorga de direitos em face da Administração Pública; (iv) outorga de direitos sobre bens públicos dominicais e outros meios admitidos em lei.

A ideia é que o uso de mecanismos assemelhados (não pecuniários) possam ser utilizados na criação de garantias ao projeto, ofertadas pelo poder público. Ao invés de haver uma outorga que provém liquidez a uma conta reserva, poder-se-ia pensar em um arranjo pelo qual o banco depositário passa a deter, por exemplo, direitos sobre um bem dominical, sendo autorizado a se valer destes em caso de materialização de um risco político, em contrapartida ao pagamento de dos valores devidos à concessionária.

Este bem não precisa ser, necessariamente, localizado nos entornos do objeto de concessão. Pode-se pensar, por exemplo, na concessão de direitos de exploração sobre terrenos e imóveis construídos que estejam ociosos à Administração.

Outra alternativa seria destinar rubrica específica das receitas da concessionária para a formação de um colchão de liquidez destinado a sanar contingências contratuais, conferindo ao parceiro privado a automaticidade e a liquidez de uma reserva financeira, que poderia posteriormente ser compensada com outros mecanismos de reequilíbrio contratual, sem que haja risco de paralisação da concessão ou de travamento de investimentos em razão da indisponibilidade de recursos no curto prazo.

Cumprido salientar, contudo, que as ideias trazidas neste ponto são muito incipientes. Os desafios de um possível modelo, nesses moldes, seriam grandes. Seria necessária a verificação da atratividade de possíveis bancos depositários nesses arranjos. Prazos de exploração também podem conflitar com os períodos de concessão. Estudos de viabilidade financeira desse arranjo complementar de garantia seriam exigidos. O principal intuito aqui é fomentar o debate acerca de disposições e construções contratuais inovadoras que garantam liquidez diante a materialização de riscos dos projetos, sobretudo os não seguráveis (políticos).

Também seria de se questionar se seriam necessárias autorizações legislativas para tais arranjos, ao que se entende ser negativa a resposta. Basta lembrar que as disposições de direito público não afastam a autonomia contratual entre as partes (arts. 421 e 425 do Código Civil), mesmo quando uma dessas seja um ente público. O regime de direito privado é complementar e não excludente ao direito público. As normas administrativas, em realidade, se preocupam com a seleção das contrapartes contratuais, como se dá por meio das licitações. A autonomia para disciplinar as cláusulas contratuais, bem como para firmar arranjos inicialmente atípicos, entretanto, remanesce.

Por fim, também cumpre lembrar outro exemplo de métodos que podem ser usados como mecanismos de liquidez contra a efetivação de riscos relativos aos projetos. Como destacado anteriormente, contratos de concessão, como o do Trecho Oeste do Rodoanel paulista (Contrato de Concessão Rodoviária nº 001/ARTESP/2008), já previam instrumentos compensatórios contra a efetivação de riscos.

Na ocorrência de eventos extraordinários, como os de caso fortuito e força maior, os riscos e consequências desses acontecimentos não eram integralmente assumidos pelos privados, gerando direito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão em seu favor. Esses fatos, aplicados a certos contextos como o da atual pandemia, podem gerar passivos contingentes ou até provisionamentos pelo Poder Público, já que este pode vir a arcar com parte da queda acentuada de demanda dos serviços oferecidos. O contingenciamento nesses casos,

entretanto, não se dava necessariamente a partir de desembolsos do Poder Concedente, conforme se pode verificar da Cláusula 23.2 do Contrato de Concessão¹²²:

Sempre que haja direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, esta será implementada tomando por base os efeitos dos fatos que lhe deram causa, nos itens respectivos das projeções financeiras incluídas na proposta, por meio de uma das seguintes modalidades previstas na Resolução ST-2 de 11/03/2005:

- I. Prorrogação do prazo de concessão;
- II. Revisão do programa de investimentos;
- III. Utilização de ônus fixo, ouvido o DER previamente;
- IV. Revisão tarifária;
- V. Utilização de ônus variável;
- VI. Emprego de verbas do tesouro;
- VII. Utilização de uma ou mais modalidades.

Ou seja, as concessões permitem que os contingenciamentos se deem de formas alternativas que podem ser objeto de diálogo com os concessionários, garantindo a efetiva liquidez dos empreendimentos. Há todo um caminho aberto para que, no futuro, riscos políticos e não gerenciáveis sejam segurados por garantias intrínsecas aos próprios projetos, dirimindo os problemas decorrentes das dificuldades de acesso às garantias suplementares ao mercado privado.

¹²² A concessão de créditos tributários pode ser mais complexa, já que implica na renúncia de receitas por parte do Estado, estando sujeita às disposições e previsões orçamentárias especificadas na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº101, art.14), exigindo-se uma série de Estudos e tramites cautelosos.

CAPÍTULO IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perpassados todos os pontos trazidos neste artigo, pode-se fazer algumas considerações acerca dos passivos contingentes e dos desafios fiscais e orçamentários trazidos pelas parcerias público-privadas.

Como salientado no subcapítulo 2.1.2, o Brasil conta com importantes instrumentos de planejamento fiscal. Nesse sentido, citam-se os Planos Plurianuais (com um horizonte de até 4 anos), as Leis de Diretrizes Orçamentárias e as Leis Orçamentárias Anuais, coordenadas por iniciativa dos chefes do Poder Executivo dos diferentes entes da federação. A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) acabou por disciplinar conteúdo a ser abarcado por esses diplomas, exigindo, inclusive a previsão de passivos contingentes na LDO, em anexo específico de riscos fiscais. Tais instrumentos também conferiram à Secretaria do Tesouro Nacional importante papel de uniformização de normas contábeis referentes à União, aos Estados e aos Municípios, com intuito de facilitar a representação da contabilidade aplicada ao setor público no país.

O que a prática demonstra, entretanto, é certa incongruência entre as previsões e exigências normativas e legislativas com as práticas orçamentárias identificadas. Como demonstrado na pesquisa jurisprudencial (subcapítulo 2.4) e nos exemplos práticos trazidos durante este artigo, os passivos contingentes são relativizados no planejamento fiscal da maioria dos entes públicos. As previsões e análises de riscos fiscais são, inclusive, muitas vezes inexistentes nos balanços e demonstrativos públicos. Quando evidenciadas, costumam conter teor genérico, sem maiores preocupações com uma metodologia clara para estimativa dos passivos ou de seus impactos.

O que se revela na prática é que as contingências registradas não possuem o adequado tratamento qualitativo ou quantitativo exigido em lei. Não há descrição minuciosa da origem desses passivos contingentes, dos riscos com que se relacionam ou de suas reais chances de efetivação. Quantificações de possíveis valores a serem desembolsados também são raras. Os dados existentes também são muito focalizados na análise de demandas judiciais que possam implicar em obrigações pecuniárias ao Poder Público, muitas vezes esquecendo-se de analisar ou contabilizar contingências que estejam afeitas a relações contratuais, sistemas de garantias ou outros instrumentos.

No âmbito das parcerias público-privadas, as lacunas são ainda maiores. Há a falta de regramentos mais específicos que indiquem as fontes de contingências a serem consideradas ou formas de estimação probabilística das contingências. Pairam diversas dúvidas sobre o tema: como definir uma contingência como provável, possível ou remota? Quais critérios adotar? Qual o momento de provisionar? Como determinar, estatisticamente, as chances de saídas

extraordinárias do caixa público? As previsões genéricas existem e são, muitas vezes, bem aceitas pela contabilidade. Buscar o aprimoramento dessas disposições, entretanto, se revela boa medida.

Apesar das recentes tentativas de aproximação da contabilidade aplicada ao setor público com a privada, estas são dúvidas sem horizontes de respostas evidentes. O próprio planejamento das contingências, aqui, se torna muito mais complexo. Isso porque as parcerias público-privadas constituem verdadeiros nexos de contratos a longo prazo que podem se estender por mais de três décadas. O resultado é que, diferentemente das contratações tradicionais, as previsões orçamentárias não conseguem ser globalmente previstas nos instrumentos de planejamento que se limitam a períodos de até 4 anos (no caso do PPA). Com isso, se torna difícil traçar a real situação fiscal dos entes públicos que busquem estruturar seus programas de parcerias.

Nesse cenário, se torna essencial o acompanhamento contábil constante das PPPs por atores incumbidos, direta ou indiretamente, da gestão do contrato, como o Poder Concedente, órgãos de controle interno e externo, advocacias públicas, concessionária, verificadores independentes, seguradoras, entre outros. Há necessidade da reavaliação contínua das contingências, divulgação periódica de informações por parte desses atores e maior sistematização de dados, no curso execução contratual e após seu encerramento (hipótese em que servirá de base para estudos de viabilidade e impacto de projetos futuros). A experiência internacional pode dar importantes lições ao Brasil sobre como estimar e acompanhar contingências. Nesse sentido, a busca por relações que permitam aferição de bandas de riscos, sua possibilidade de efetivação e o contingenciamento necessário para proporcionar a liquidez de possíveis obrigações futuras também se mostra essencial.

Experiências como a CAC-PPP no Estado de São Paulo e avaliações de riscos fiscais decorrentes de parcerias por parte dos Tribunais de Contas demonstram ser boas iniciativas nesse sentido, apesar de ainda serem muito deficientes e marcadas por certas incompletudes analíticas.

No caso das PPPs, também são de se ressaltar algumas incongruências relativas à forma como contraprestações e pagamentos públicos feitos aos privados devem ser contabilizados. Nesse sentido, além das dúvidas referentes às formas de identificação e mensuração dos passivos contingentes, a questão que surge é a seguinte: caso as contingências se realizem, implicando em pagamentos ao ente privado, como deve se dar a sua contabilização?

Como trabalhado ao longo deste artigo, o registro de contraprestações e pagamento em diferentes classificações contábeis implica em diversos efeitos de controle fiscal, a destacar (a) as limitações de despesas de caráter continuado em relação à Receita Corrente Líquida dos entes (art. 28 da Lei de PPP). Os limites da dívida pública, indicados nos arts. 29,30 e 31 da LRF, contudo, não englobam a contabilização de dívidas que sejam reconhecidas no âmbito das PPPs, já que estas não são classificadas como operações de crédito (até o presente momento).

Também se identificam contradições nas normas de contabilidade aplicada ao setor público, sobretudo nas divulgadas pela Secretaria do Tesouro Nacional através do MCASP, MDF, portarias específicas e nos entendimentos vigentes em leis e em instituições como o Senado Federal.

Cita-se, nesse sentido, a controvérsia acerca da conceituação do termo “despesas de caráter continuado” e sua relação com as despesas correntes e de capital. Outra controvérsia interessante diz respeito à Portaria STN nº 614/2006 e a forma de reconhecimento de ativos e dívidas nos balanços públicos (tema que para alguns já foi superado). Enquanto a norma possibilita reconhecimentos com base na assunção de riscos por parte do poder público, o MCASP e outras normativas estaduais orientam, cada vez mais, a disposição contratual das formas de contabilização de despesas, cultura esta ainda não desenvolvida no país.

Enquanto isso, permanecem as dúvidas sobre como contabilizar despesas, reconhecer dívidas e evidenciar os efeitos fiscais aplicáveis aos pagamentos, prejudicando qualquer tentativa de contabilização adequada das parcerias público-privadas.

Essa complexidade é ainda maior do que se comparada com métodos tradicionais de contratação ou concessões. Em relação às primeiras, há mais facilidade na classificação de despesas e categorias contábeis, já que não há rede de contratos que dificulte a separação entre prestação de serviços e aquisições, sendo os casos de dúvida bem discriminados por instrumentos como o MCASP. Já as concessões comuns ainda não possuem disciplina própria sobre o tema, havendo verdadeiro “relaxamento” para o gestor contabilizá-las da forma que melhor entender.

Também em relação aos passivos contingentes, há de se ressaltar alguns outros desafios essenciais e básicos. São necessários melhores critérios de identificação de contingências e conceitos mais claros que permitam diferenciar com maior facilidade saídas prováveis e possíveis. Nesse sentido, também se faz necessário assegurar liquidez às saídas representadas por esses passivos contingentes.

Como visto durante as exposições, ainda são raros os mecanismos que provenham segurança aos investidores de que um risco, se materializado, será devidamente compensado pelo poder público, conforme as disposições contratuais. São diversos os fatores que contribuem para este cenário.

No campo dos riscos gerenciáveis, sobretudo, são escassos os sistemas que sejam capazes de apurar o grau de contingenciamento necessário às possíveis saídas futuras do caixa público. Não há uma estimativa dos montantes pecuniários ou do grau de probabilidade de acontecimento de um risco que gere obrigações futuras. Com efeito, a falta de tratamento quantitativo dos passivos contingentes faz com que dificilmente sejam feitas reservas de contingência no orçamento público, relacionadas aos próprios projetos de parcerias e de

concessões. Essas falhas também contribuem para que os contingenciamentos realizados não representem os valores apropriados.

Para dirimir o problema, se fazem necessárias novas discussões acerca de um arranjo institucional apropriado ao acompanhamento e determinação de contingências. É preciso, nesse sentido, desenvolver mecanismos automáticos e institucionalizados, aliados a uma estrutura de gestão de contratos bem delineada, para assegurar que as contingências – invariavelmente presentes nas contratações administrativas – serão adequadamente endereçadas. Há, assim, uma preocupação com o estabelecimento de estruturas para conferir liquidez no caso da materialização de riscos, conferindo aos investidores a segurança necessária para enfrentar os desafios contratuais a partir de critérios e soluções delineadas desde o início da execução da avença.

Na sistemática atual da infraestrutura no país, os particulares que executam contratos de concessão e PPP valem-se de simples confiança de que o gestor público irá adotar os caminhos adequados e envidar seus maiores esforços para mensurar o impacto de um determinado fator de risco e a probabilidade de sua ocorrência, realizando os contingenciamentos necessários e utilizando-se dos meios adequados para reequilibrar a avença após a materialização do evento. No entanto, é relevante avançar neste desenho institucional, conferindo elementos de adequada gestão de risco e acompanhamento contratual para aferir a materialização de contingências e mitigar os seus impactos para o desenvolvimento da concessão.

Estruturas, no exemplo da CAC-PPP, em São Paulo, devem ser estimuladas e aprimoradas. Deve haver um acompanhamento constante dos diversos tipos de riscos, de forma que haja atualizações constantes dos contingenciamentos orçamentários relacionados aos projetos. Além disso, esse acompanhamento deve se dar de forma próxima, constante e específica para a realidade de cada contrato, enxergando-se, naquele caso concreto, quais as alternativas mais adequadas para conferir segurança, automaticidade e liquidez aos parceiros privados.

Destacam-se, nesse passo, alternativas que também garantam liquidez às obrigações decorrentes de passivos contingentes. Um exemplo são os mecanismos securitários que asseguram o pagamento apropriado diante a materialização de um risco assumido pelo poder concedente. Outros meios são as espécies de compensações que podem ser evidenciadas em um contrato de concessão, quando da materialização de um risco. Citam-se, nesse sentido, extensões dos prazos de concessão, mudanças no plano de investimentos, entre outros.

Também é de se destacar a necessidade do provimento de liquidez às obrigações que decorram da materialização de passivos contingentes associados aos riscos não gerenciáveis. Identificam-se, para tal, arranjos internacionais e estatais de securitização, que funcionam de forma complementar e suplementar às ofertas disponíveis no mercado (sem regime de concorrência).

Nesse sentido, cita-se a experiência da MIGA, que vem obtendo grande sucesso na estruturação e oferta de garantias aos países em desenvolvimento. O Brasil, por sua vez, também buscou estruturar um sistema próprio de garantias públicas per meio da ABGF. Entretanto, dificuldades de capitalização e uma política estratégica de estabelecimento de barreiras de acesso dos entes federados subnacionais aos serviços ofertados pela estatal, parecem ter contribuído para o insucesso do empreendimento.

Mesmo assim, também surgem novas estruturas e arranjos contratuais criativos e inovadores. Citam-se, nesse sentido, as contas-reservas vinculadas às outorgas pagas ao poder público, nas concessões comuns. O método garante, na prática, um verdadeiro “colchão de liquidez” contra riscos do projeto que se materializam. Talvez, o grande debate do futuro seja pensar em estratégias semelhantes a serem aplicadas nas parcerias público-privadas. Apesar de não contarem com o pagamento de outorgas pelos parceiros privados, pode-se pensar no uso de bens e direitos, adicionais, que venham acompanhados dos projetos e que sirvam como instrumento de liquidez diante a efetivação de um risco.

Com essas breves considerações, este artigo espera contribuir para incentivar debates e estudos mais aprofundados relativos à contabilidade aplicada ao setor público em parcerias público-privadas. Assim, pode-se contribuir para criação do “retrato” mais fiel possível da situação fiscal dos entes públicos, facilitando investimentos e a estruturação de projetos.

BIBLIOGRAFIA

ABGF. Relatório Integrado de Gestão:2015. Brasília, DF.

ABGF. Relatório Integrado de Gestão:2016. Brasília, DF.

ABGF. Relatório Integrado de Gestão:2017. Brasília, DF.

ABGF. Relatório Integrado de Gestão:2018. Brasília, DF.

ABGF. Estatuto do Fundo Garantidor de Infraestrutura. Brasília, DF.

ABGF. Estatuto Social. Brasília, DF.

BID. Introductory guide to infrastructure guarantee products from multilateral development banks / Pablo Pereira dos Santos. p. cm. — (IDB Technical Note ; 1611).2018, Washington, DC.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS (CPC). CPC 25 (R14) – Provisões, Passivos Contingentes e Ativos Contingentes, 2009. Disponível em: www.cpc.org.br.

DABUS, André. Riscos gerenciáveis e não gerenciáveis em concessões de rodovias. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, v. 15, n. 57, jan./mar. 2017.

IPEA. Risco regulatório no Brasil: conceito e contribuição para o debate. Brasília: 2014.

KPMG. Gerenciamento de Riscos. 2020. São Paulo, SP.

Meyer, Hannah. Political risk insurance and its effectiveness in supporting private sector investment in fragile states. LSE, 2015. London, UK.

MORAES, Marcos Siqueira. **Os impactos fiscais dos contratos de parceria público-privada**: estudo de caso do ambiente institucional e da prática no Brasil / Marcos Siqueira Moraes, Gerardo Reyes-Tagle. (Nota técnica do BID; 1246).

PINHEIRO, Luiz Felipe Valerim. **Políticas Públicas nas Leis Orçamentárias**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **20 anos da Lei de Concessões, 10 anos da Lei de PPPs:** viabilizando a implantação e melhoria de infraestruturas para o desenvolvimento econômico-social. Disponível em <https://portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Novo fundo garantidor de PPPs federais pode também ser utilizado por Estados e Distrito Federal: agora vai? São Paulo, 2013.

ROCHA, C. Alexandre A. **Controle das Parcerias Público-Privadas.** Consultoria Jurídica do Senado Federal, 2010.

SECRETARIA DE GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Manual de Parcerias do Estado de São Paulo.** Disponível em <https://portal.fazenda.sp.gov.br/servicos/normas-contabilidade/Paginas/Downloads.aspx>.

SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. **Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público.** Ministério da Fazenda, 8ª Edição. Brasília, 2018.

_____. **Manual de Demonstrativos Fiscais.** Ministério da Fazenda, 11ª Edição. Brasília, 2020.

SOUZA, Leonardo Nunes de. CLARK, Giovani. Uma análise sobre o financiamento da infraestrutura rodoviária por meio da utilização de parcerias público-privadas.

Revista do Direito Público, Londrina, v. 11, n. 3, p.150-188, dez. 2016. DOI: 10.5433/1980-511X.2016v11n3o150.

World Bank. World Investment Trends and Corporate Perspectives The Political Risk Insurance Industry Breach of Contract.2017, Washington, DC.

World Bank. Operational Policies.2018, Washington, DC.

World Bank. Management's Discussion & Analysis and Financial Statements.2017, Washington, DC.

World Bank. GUARANTEE PRODUCTS, 2018. Washington, DC.

WORLD BANK GROUP. **How do Countries Measure, Manage, and Monitor Fiscal Risks generated by public-private partnerships.** September 2014.