

PROCESSO Nº PGE2007261604
SECRETARIA DA FAZENDA - SEFAZ
SECRETARIA EXECUTIVA DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS - PPP
PARECER PLC-V-1754/2008

CONSULTA. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – PPP’s. Possibilidade da utilização dos recursos do Fundo de Participação dos Estados – FPE, como garantia nos contratos de parceria público-privada. Exame de possível conflito entre os arts. 16, II e 19, I, da Lei nº 9.290/2004 e o art. 204 da Constituição do Estado da Bahia. Constitucionalidade da vinculação de recursos provenientes de *royalties* e da CIDE – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico como garantia das obrigações pecuniárias do Estado da Bahia, decorrentes de contratos de parceria público-privadas. A Resolução nº 43/2001 do Senado Federal. Análise de questões prévias.

O Secretário Executivo de Parcerias Público-Privadas, consulta a esta Procuradoria Geral do Estado, acerca da possibilidade de utilização, como garantia dos contratos de Parcerias Público-Privadas, as receitas públicas provenientes do Fundo de Participação dos Estados - FPE e da compensação financeira de forma direta ou através do fundo garantidor pela exploração dos potenciais de energia hidráulica, petróleo, gás natural e outros recursos minerais (*royalties*).

Explicita que as garantias dos contratos dessa espécie mereceram capítulo próprio, tanto na legislação federal como na legislação estadual, na forma das disposições abaixo transcritas:

–Lei Federal n.º 11.079/2004 – CAPÍTULO III

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

–Lei Estadual n.º 9.290/2004 - CAPÍTULO III

Art. 16 - As obrigações contraídas pela Administração Pública, relativas ao objeto do contrato, sem prejuízo de outros mecanismos admitidos em lei, poderão ser garantidas através de:

I - utilização de fundo garantidor;

II - vinculação de recursos do Estado, inclusive os royalties que lhe são devidos e da CIDE - Contribuição sobre Intervenção no Domínio Econômico, ressalvados os tributos e observado o disposto no art. 167, IV, da Constituição Federal;

Pondera, que a despeito das receitas do Fundo de Participação dos Estados – FPE - serem usualmente vinculadas como garantia de operações de crédito, sobeja “larga margem ainda disponível, passível de ser oferecida em garantia, especialmente considerando que o montante das contraprestações possíveis de serem contratadas em operações de PPP, cerca de R\$ 70 milhões ano, é pequeno comparativamente com o valor da receita anual de FPE do Estado que atingem cerca de R\$ 3,2 bilhões”.

Formula, então, as seguintes indagações:

1. As receitas do FPE podem ser oferecidas em garantia de pagamento de contraprestações de operações de PPP?
2. Em caso afirmativo, a legislação já existente é suficiente para amparar a contratação de operações ou será necessária nova legislação e, nesse caso, seria suficiente uma única lei autorizando o oferecimento dessa receita em garantia para qualquer operação de PPP ou haveria necessidade de leis específicas para cada operação individualmente?

No que concerne aos recursos provenientes dos *royalties*, reporta-se o Consultante ao art. 204 da Constituição do Estado da Bahia, à sua lei regulamentadora - Lei Estadual nº 9.281, de 7/10/04, assim como ao Decreto Federal nº 1 de 11 de janeiro de 1991, confrontando tais dispositivos com a previsão do inciso II, do art. 16, da Lei Estadual nº 9.290/2004. Este último dispositivo prevê a possibilidade de oferecimento desses recursos em garantia de operações de PPP, assim como com o texto do inciso I do artigo 19, do mesmo diploma, que admite a destinação de 20% de tais recursos para a composição do Fundo Garantidor, para afinal questionar:

3. haveria quanto conflito entre o dispositivo da Lei Estadual de PPP e o disposto no art. 204 da Constituição do Estado da Bahia, na legislação que o regulamenta e no Decreto Federal nº 1 de 11 de janeiro de 1991 que também regulamenta a destinação dos recursos provenientes de *royalties* ?

De logo transcrevemos os dispositivos referenciados, a fim de que se possa ter uma clara noção da situação posta sob exame.

O art. 204 da Constituição do Estado da Bahia determina as áreas de aplicação dos recursos provenientes da participação do Estado na exploração de recursos hídricos e minerais, com a seguinte dicção:

Art. 204 - Os recursos financeiros destinados ao Estado, resultantes da participação na exploração dos potenciais de energia hidráulica, petróleo, gás natural e outros recursos minerais serão aplicados, na proporção em que a lei estabelecer, na geração de energia e energização rural e de forma a garantir a adequada gestão dos recursos hídricos e minerais.

A Lei Estadual 9.281, de 07/10/04, estabelece:

Art. 1º - Os recursos financeiros do Estado, resultantes da sua participação na exploração de potenciais de energia hidráulica, petróleo, gás natural e outros recursos minerais, em seu território, serão distribuídos e aplicados, observados os limites dos intervalos e o somatório de 100% (cem por cento) dos percentuais utilizados conforme abaixo indicados:

I - 15% (quinze por cento) a 25% (vinte e cinco por cento) na gestão, pesquisa, prospecção e lavra de recursos minerais;

II - 20% (vinte por cento) a 30% (trinta por cento) na geração de energia e energização rural;

III - 45% (quarenta e cinco por cento) a 55% (cinquenta e cinco por cento) na gestão, aproveitamento e preservação de recursos hídricos, inclusive na preservação do meio ambiente.

O Decreto Federal nº 1 de 11 de janeiro de 1991, determina que os recursos dos *royalties* devem ser aplicados, exclusivamente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e em saneamento básico, nos seguintes termos:

Art. 24. Os Estados e os Municípios deverão aplicar os recursos previstos neste Capítulo, exclusivamente em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e em saneamento básico.

Já a Lei Estadual Lei n.º 9.290/2004, que institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia, estabelece no inciso II, do seu artigo 16, a possibilidade de oferecimento desses recursos em garantia de operações de PPP e, no inciso I do artigo 19, prevê a destinação de 20% de tais recursos para a composição do Fundo Garantidor, da seguinte forma:

Art. 16 - As obrigações contraídas pela Administração Pública, relativas ao objeto do contrato, sem prejuízo de outros mecanismos admitidos em lei, poderão ser garantidas através de:

I - utilização de fundo garantidor;

II - vinculação de recursos do Estado, inclusive os royalties que lhe são devidos e da CIDE - Contribuição sobre Intervenção no Domínio Econômico, ressalvados os tributos e observado o disposto no art. 167, IV, da Constituição Federal;

Art. 19 - São recursos do Fundo:

I - 20% (vinte por cento) dos royalties devidos ao Estado da Bahia, enquanto não atingido o limite estabelecido no art. 21 desta Lei e até 20% (vinte por cento), após superado o limite ou na sua igualdade, observada a legislação aplicável.

A consulta oferecida traz tormentosos temas, alguns dos quais ainda não enfrentados pela doutrina nacional em face da novidade, no nosso direito positivo, das contratações na modalidade de parceria público-privada.

Antes, contudo, de enfrentarmos as indagações formuladas, deveremos arrostar algumas questões prévias, não cogitadas na consulta, mas que merecem atenção.

De pronto, deveremos examinar a constitucionalidade do art. 8º, inciso I, Lei Federal das PPP's – Lei nº 11.079/2004, que admite a vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição da República com a Constituição Federal.

A seguir, devemos examinar a aparente contradição da lei baiana de PPP's, que admite a vinculação dos recursos oriundos da CIDE – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, como garantia das obrigações contraídas pela Administração (art. 16, II) e determina a destinação de 20% dessa contribuição especial para composição de recursos do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia – FAGE (art. 19, II). Isto porque o legislador baiano, ao admitir a vinculação de receitas para estes fins, ressaltou, não somente, os impostos, mas, de maneira mais abrangente, os tributos.

Não podemos passar ao largo, tampouco, do exame da constitucionalidade da criação do Fundo de Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia – FAGE, pela Lei nº 9.290, de 27/12/2004, à vista do disposto no inciso II, do § 9º, do art. 165, da Constituição Federal, que defere à lei complementar “estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos”.

Já no que concerne ao oferecimento das receitas decorrentes de *royalties*, não pode escapar do limite da consulta, mais um aspecto relevante, que lhe diz de perto, embora não suscitado: a vedação imposta pelo art. 5º, inciso VI, alínea “a”, da Resolução nº 43/01 do Senado Federal, do que cuidaremos no tópico pertinente.

I – Alcance da Vedação do art. 167, IV da Constituição Federal. Da receita pública. O Princípio da não-afetação.

Para melhor situar a matéria, impõe-se uma breve incursão sobre o tema “receita pública”.

Receita Pública é a soma de ingressos, impostos, taxas, contribuições e outras fontes de recursos, arrecadados para atender às despesas públicas.

De acordo com a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que se constitui no marco fundamental da Classificação da Receita Pública Orçamentária, há duas categorias econômicas básicas de receitas públicas: as receitas correntes e as receitas de capital.

As receitas correntes são oriundas do poder impositivo do Estado (tributária e de contribuições); da exploração de seu patrimônio (agropecuária, industrial e de serviços); as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em “Despesas Correntes” (transferências correntes) e as demais despesas que não se enquadram nos itens anteriores (outras receitas correntes). Estas receitas se esgotam dentro do período anual, no decurso da execução orçamentária, aumentando, apenas o patrimônio não duradouro do Estado.

As receitas de capital, consoante o art. 11, § 2º da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.939, de 20 de maio de 1982, são as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em despesas de capital e, ainda, o superávit do orçamento corrente. Essas receitas são representadas por mutações patrimoniais que nada acrescentam ao patrimônio público, só ocorrendo uma troca de elementos patrimoniais, isto é, um aumento no sistema financeiro (entrada de recursos financeiros) e uma baixa no sistema patrimonial (saída do patrimônio em troca de recursos financeiros). Albergam, em síntese, as operações de crédito, a alienação de bens, a amortização de empréstimos, as transferências de capital e outras receitas de capital.

Distingue-se, ainda, a Receita de Capital da Receita Financeira, que são aquelas não consideradas na apuração do resultado primário, tais como as oriundas de aplicações no mercado financeiro ou da rolagem e emissão de títulos públicos, bem assim as provenientes de privatizações, entre outras.

Quanto à origem dos recursos temos a receita pública dividida entre receita originária e receita derivada. A primeira (originária), auferida pelos governos pela utilização dos recursos patrimoniais, industriais e outros, não entendidos como tributos. Corresponde, assim, às rendas, como os foros, laudêmios, aluguéis, dividendos, participações (se patrimoniais) e às tarifas (quando se tratar de rendas industriais). A segunda (derivada), é originária do setor privado da economia e são devidas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que desenvolvam atividades econômicas, exceto as que desfrutem de imunidade ou isenção, e correspondem aos tributos.

O art. 167, IV, da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003, assim dispõe:

Art. 167. São vedados:

[...])

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo (g.n.).

Às exceções ao princípio da não-afetação de receitas, inserto no inciso IV, soma-se a do mencionado § 4º, do mesmo dispositivo, que permite a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os artigos 155 e 156, e dos recursos de que tratam os artigos 157, 158 e 159, inciso I, “a” e “b”, e inciso II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.

A vinculação consiste em comprometer, para certo fim, um percentual das receitas de determinado imposto (ou contribuição), ou conjunto de impostos, ou mesmo a totalidade de um imposto, estabelecendo, destarte, um automatismo.

Sem adentrar no mérito quanto aos benefícios ou malefícios da opção do legislador constituinte, a Constituição de 1988 acabou, em verdade, proporcionando legitimidade ao loteamento do orçamento através de vinculações. Primeiro, tratou como partilha de impostos a vinculação de receitas a favor dos estados; em seguida, vedou a vinculação de impostos, mas não de tributos, excluindo-se, assim, de plano, as contribuições; ressalvou, ainda, de forma específica, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária e, ainda, a prestação de garantias. Não se pode, pois, afirmar que foi abraçado, em sua forma pura, o clássico princípio orçamentário da não-afetação das receitas.

Neste contexto, e a despeito de entendimentos em contrário¹ que conferem à vedação de vinculação de impostos o sentido amplíssimo de vedação de vinculação de qualquer receita pública, estamos em que, dentro do sistema tributário constitucional, a referida vedação somente se aplica, especificamente, a *impostos*, enquanto subespécie do gênero receita pública, e não a quaisquer outras receitas.

¹ HARADA, Kiyoshi. In: Inconstitucionalidade do fundo garantidor das parcerias público-privadas. Disponível em: JUS NAVEGANDI, <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>, acessado em: 28/03/2008.

Assim entende, também, Ricardo Torres² que afirma:

O princípio da não-afetação se restringe aos impostos, ao contrário do que ocorria no regime de 1967/69, quando abrangia todos os tributos (...)

No mesmo sentido, Gesiel de Souza Rodrigues³

Diversamente da previsão existente na CF/67 (§ 2º, art. 62), que inequivocamente determinava a não afetação das receitas tributárias, hiperdilatando o princípio da não afetação, a Carta Política de 1988 optou por apenas admitir tal regra para os impostos, porquanto, modalidade tributária não vinculada.

Portanto, para as taxas, contribuições de melhoria, sociais, de intervenção no domínio econômico, interesse de categorias econômicas e profissionais e empréstimos compulsórios, a afetação do produto da arrecadação passou a ser regra.

[...]

Destarte, a interpretação sistemática se apresenta como apta a atingir o fim colimado. Assim, a previsão inserta no inc. IV do art. 167 da CF/88 demonstra que a não afetação está apenas restrita aos impostos. Portanto, o desejo do legislador constitucional foi de afetar as demais receitas, fazendo-o por exceção, ou seja, tirante os impostos o produto da arrecadação dos demais tributos deverá respeitar a destinação prevista na lei de regência respectiva.

Esta a exegese emprestada, também, pelo Supremo Tribunal Federal, como se evidencia de trecho da ementa vazada na ADI-3643-2 – RJ, julgada em 08/11/2006, da relatoria do Ministro Carlos Brito que, embora tratando de taxa instituída sobre as atividades notariais e de registro, abordou o tema da extensão da vedação do art. 167, IV, registrando que:

[...]

O inciso IV, do at. 167 da Constituição passa ao largo do instituto da taxa, recaindo, isto sim, sobre qualquer modalidade de imposto.

Já se viu, assim, que não somente as receitas de outros tributos que não os impostos, como as demais receitas escapam da vedação do inciso IV, do art. 167 da Constituição Federal. Portanto, não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade na previsão do inciso I, do art. 8º da Lei nº 11.079/2004, que admite a vinculação de

² TORRES, Ricardo Lobo. Cursos de Direito Financeiro e Tributário. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³ RODRIGUES, Gesiel de Souza. O princípio da Afetação e o Desvirtuamento da Arrecadação Tributária. Disponível em: Jus Vigilantibus: <http://jusvi.com/artigos/20229>, acessado em 22/04/2008.

receitas em garantia das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contratos de parceria público-privada.

II. Restrição da lei baiana quanto à vinculação de receitas não somente de impostos, como também de tributos – Natureza jurídica das CIDEs – Contribuições de Intervenção no Domínio. Interpretação conforme do inciso II, do art. 16 da Lei nº 9.290, de 27/12/2004

O legislador estadual, porém, aparentemente, teria ido além do constituinte federal, que limitou a vedação de vinculação a impostos, estabelecendo, no art. 16, II, a possibilidade de as obrigações contraídas pela Administração Pública nos contratos de parceria público-privada serem garantidas através de *vinculação de recursos do Estado, inclusive os royalties que lhe são devidos e da CIDE – Contribuição sobre Intervenção no Domínio Econômico, ressalvados os tributos e observado o disposto no art. 167, IV, da Constituição Federal*. E no inciso II, do art.19, determinou:

Art. 19 – São recursos do Fundo

[...]

II – 20% (vinte por cento) da CIDE – Contribuição sobre Intervenção no domínio Econômico, enquanto não atingido o limite estabelecido no art. 21 desta Lei e até 20% (vinte por cento), após superado o limite ou na sua igualdade, observada a legislação aplicável.

Isto nos impõe analisar a natureza jurídica da CIDE – Contribuição sobre Intervenção no Domínio Econômico.

Ora bem, como é ressabido, tributo é gênero, do qual o imposto é uma de suas espécies, ao lado das taxas, das contribuições de melhoria, das contribuições sociais, havendo quem inclua, também, as contribuições especiais.

Debruçando-se sobre o tema, anota Misabel Abreu Machado Derzi, em comentário ao art; 3º do CTN, ao atualizar a obra de Aliomar Baleeiro⁴:

A Constituição de 1988, como não poderia deixar de ser, não conceitua tributo. Entretanto, leva em consideração, implicitamente, ao disciplinar o sistema tributário, certo conceito de tributo, que, sem dúvida, se aproxima muito mais daquele amplamente disciplinado no art. 3º do CTN, e que prevaleceu na doutrina, do que aquele mais restrito, que limitava a idéia de tributo a impostos, taxas e contribuições de melhoria. Afastou assim as dúvidas que a jurisprudência dos tribunais superiores tinha lançado sobre o tema, consagrando o caráter tributário dos empréstimos compulsórios e das contribuições especiais em geral.

⁴ Direito Tributário Brasileiro, Forense, 11.ed., p 63

A definição de tributo encontra-se no art. 3º do Código Tributário Nacional⁵ e, ainda, na Lei 4.320/64⁶.

A contribuição de intervenção no domínio econômico possui como uma das características essenciais a vinculação a uma finalidade constitucionalmente determinada, qual seja, a de promover intervenção no domínio econômico.

Seja de que espécie for, a contribuição de intervenção está diretamente relacionada com a evolução das tarefas atribuídas ao Estado, no lento processo de evolução da organização política nas sociedades ocidentais.

Trata-se de um mecanismo destinado à realização dos valores e regras que compõem o regime econômico constitucional, reunidos no Art. 170 da CF. Quanto ao nível de envolvimento do Estado na atividade econômica, pode ser classificada em direta ou indireta .

Na primeira, o aparato estatal atua diretamente no campo reservado ao particular, por meio de empresa pública, sociedade de economia mista, ou subsidiária, submetendo-se ao regime jurídico de direito privado. A intervenção direta está disciplinada no art. 173 da Constituição Federal. É dizer, atua como empresário, criando empresas públicas e atuando na economia mediante autorização legal e diante dos motivos de segurança nacional e relevante interesse coletivo. Ao atuar de forma empresarial participa do domínio econômico e às regras de mercado estará sujeito, sem privilégios sob pena de promover concorrências desleais.

Na *intervenção indireta* o Estado deixa de agir como empresário para agir nas atribuições de agente normativo e regulador, fiscalizando, estimulando e planejando determinado setor da economia (Art. 174, CF). Atua, pois, o Estado, como emanador de normas com a função de ordenar o processo produtivo, e não de participar nele.

A previsão constitucional para a criação de contribuições visando única e exclusivamente ao custeio das intervenções estatais indiretas no âmbito econômico (Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico - CIDEs), encontra-se inscrita no art. 149 do Texto Constitucional. Tal preceptivo outorgou competência à União para instituir “*contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e no interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas*”, reservando, no § 1º, aos Estados, Distrito Federal e Municípios a instituição de contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário.

⁵ Art.3º - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

⁶ Art. 9º Tributo é a receita derivada, instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições, nos termos da Constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades.

Hamilton Dias de Souza e Tércio Ferraz Júnior⁷ asserem que:
[...] a instituição de contribuição de intervenção é possível quando haja (i) efetiva intervenção do Estado no domínio econômico, nos limites das possibilidades constitucionalmente previstas para tanto, (ii) em atividade originariamente reservada ao setor privado ou que tenha a este sido transferida por autorização, concessão ou permissão, (iii) e que cause um gasto excepcional do Estado ou benefício especial a determinado grupo de indivíduos, componentes do setor objeto da intervenção efetuada.

Mesmo após a Constituição de 1988, até os dias atuais, ainda há discussões sobre a natureza tributária ou não das contribuições, embora venha ganhando força e se tornando prevalecente a corrente que postula a natureza tributária destas exações⁸, sendo certo que a elas se aplicam os princípios constitucionais tributários que nada mais são que expressas limitações ao poder de tributar.

Neste sentido tem reiteradamente decidido o Supremo Tribunal Federal⁹

Vale a pena transcrever excerto do voto do Ministro Moreira Alves no Recurso Extraordinário 146.733-9/SP, a propósito da natureza jurídica dessa contribuição especial:

Segue-se a questão de saber se essa contribuição tem, ou não, natureza tributária em face dos textos constitucionais em vigor. Perante a Constituição de 1988, não tenho dúvida em manifestar-me afirmativamente.

De efeito, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria) a que se refere o art. 145 para declarar que são competentes para instituí-los a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os artigos 148 e 149 aludem a duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição só a União é competente: o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive as de intervenção no domínio

⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; SOUZA, Hamilton Dias de. Contribuições de intervenção no domínio econômico e a federação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). Contribuições de intervenção no domínio econômico. São Paulo: RT, 2002, p. 71.

⁸ PIMENTA, Paulo Roberto de Lyrio. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. p.12.

⁹ RE 405885 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL- AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 16/08/2005; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJ 09-09-2005 PP-00044 EMENT VOL-02204-03 PP-00521); RE 389020 AgR / PR – PARANÁ; AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. ELLEN GRACIE; Julgamento: 23/11/2004; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJ 10-12-2004 PP-00047 EMENT VOL-02176-03 PP-00490); RE 368014 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL; AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA; Julgamento: 08/04/2003; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJ 16-05-2003 PP-00117 EMENT VOL-02110-04 PP-00839)

*conômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas.*¹⁰

Autores de nomeada há, entretanto, que sustentam a natureza não-tributária das contribuições, asseverando alguns que a simples circunstância de o art. 149 ter determinado que elas devam obedecer às normas gerais tributárias e aos princípios da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade, já demonstra que não detêm esta natureza, pois do contrário, a referência a esses princípios seria despicienda.

GRECO¹¹, por exemplo, afirma que as contribuições não estão sujeitas ao regime jurídico do direito tributário, pois o ordenamento impõe limitações à atuação estatal para criar contribuições, de forma a controlá-lo; entretanto, isto não quer dizer que estão sujeitas ao regime tributário como um todo, pois o art. 149 da CF faz menção a apenas alguns elementos que compõem o regime tributário e não ao todo.

A lei baiana das Parcerias Público-Privadas – Lei nº 9.290/2004, parece-nos que prestigiou o entendimento de que a CIDE não tem natureza tributária, em face do que admitiu a vinculação desta contribuição especial, como garantia, nos contratos de parceria público-privada, a despeito de ressaltar a possibilidade da vinculação da receita de tributos para este fim, ou estaríamos diante de uma *contradictio in terminis*.

Outra interpretação do dispositivo, recorrendo-se à regra geral de hermenêutica da interpretação conforme a Constituição, também aplicável quando um conteúdo ambíguo de uma norma resultar coerente, graças ao conteúdo da Constituição, nos levará à conclusão de que o legislador referiu-se ao gênero, em lugar da espécie: é dizer, referiu-se a tributo, ao invés de imposto, até porque, após a ressalva, remete ao disposto no art. 167, IV da Constituição Federal.

Seja qual tenha sido a *mens legislatoris*, temos para nós que a *mens legis* que resulta da leitura do preceptivo, considerando, ainda, o inciso II do art. 19, da Lei 9.290/2004, infirma a idéia de que a menção feita a *tributos*, em lugar de *impostos*, tenha o sentido de ampliar a vedação inscrita na Carta Federal (art. 167, IV).

Sobre a CIDE, ressalte-se que a doutrina, de forma predominante, afirma que o traço característico das contribuições especiais é serem estas cobradas para a consecução de uma finalidade específica, constitucionalmente determinada.

Destarte, diferentemente das demais exações, não se caracterizariam pelo seu fato gerador e sim pela finalidade a ser alcançada.

¹⁰ DJU-1, de 06 nov. 1992, p. 20110.

¹¹ GRECO, Marco Aurélio. Contribuições (uma figura sui generis). p. 144.

Confira-se a lição de Arthur Maia Ferreira Neto¹²:

Todo tributo projeta em alguma medida um fim público que necessita ser promovido, mesmo quando este não vem dotado de contornos plenamente objetivos. Uma tributação que pudesse ser afirmada como carente de qualquer finalidade seria, por certo, inconstitucional. A finalidade que interessa às contribuições é, porém, de ordem diferenciada.

Relativamente a elas, a Constituição, de pronto, estabeleceu os fins que devem ser atingidos através de sua instituição.

É, como, com clareza, expõe Márcio Severo Marques:¹³

A contribuição de intervenção no domínio econômico é instrumento legal para gerar recursos destinados a cobrir despesas incorridas, ou a serem incorridas, pelo Estado em virtude de sua ingerência na economia (essa é a razão de sua instituição). Daí a necessidade de previsão legal de destinação específica para o produto de sua arrecadação, que deve ser aplicado no custeio dessa atividade, concernente à sua intervenção na economia, para implementação e efetivação de gastos e/ou investimentos pertinentes a setores específicos do mercado.

(...)

....não há (...) nenhuma exigência constitucional relativa ao exercício de uma atividade estatal referida ao contribuinte. Em compensação, exige-se do Estado o emprego da verba arrecadada no custeio de sua intervenção em determinado setor da economia, intervenção esta que autorizou a instituição da contribuição.

Traz-se esse tema à baila, tendo em vista o objeto dos contratos de parceria público-privadas que poderão ser garantidos com essas receitas. Tem-se, então, que os recursos auferidos com esta espécie tributária devem ser destinados, *in totum*, para o financiamento da intervenção que fundamentou a sua instituição. Quando a contribuição for o próprio instrumento da intervenção, em que não há uma atuação material do Estado a ser custeada, os recursos obtidos com a arrecadação poderão ser destinados a um Fundo de apoio ao setor. A utilização dos recursos para finalidade diversa da estabelecida na constituição, ao nosso aviso, desvio de finalidade.

III. Criação de fundo mediante lei ordinária. A constitucionalidade da criação do Fundo de Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia – FAGE, pela Lei nº 9.290, de 27/12/2004

¹² FERREIRA NETO, Arthur Maria. Natureza jurídica das contribuições na Constituição de 1988, p. 156

¹³ MARQUES, Márcio Severo. Classificação Constitucional dos Tributos. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 193/194.

O conceito de Fundo remete à afetação do patrimônio de uma pessoa ou entidade a uma finalidade específica, constituindo este uma entidade contábil independente, sem personalidade jurídica própria, criada e mantida com um propósito particular e cujas transações sujeitam-se a restrições legais e administrativas especiais.

A lei de parcerias público-privadas, no âmbito federal - Lei nº 11.079/2004, no inciso II do art. 8º, admite que as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contratos de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante *instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei*, autorizando o art. 16, de seu turno, à União, suas autarquias e fundações públicas, a participar, no limite global ali estabelecido, em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP.

A Lei estadual nº 9.290/2004, por sua vez, contém idêntica previsão no inciso II do art. 16 e, no art. 17, estabelece a criação do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia – FAGE.

O Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas foi concebido como instrumento de mitigação do risco de crédito do Estado.

A Constituição Federal de 1988, através do art. 36 do ADCT, extinguiu, sob condição e com as ressalvas aí previstas, todos os fundos até então existentes e sobre a criação de fundos, assim verberou no inciso II, do § 9º, do art. 165:

Art. 165 – [...]

[...]

§ 9º - Cabe à lei complementar:

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

E, entre as vedações enumeradas no art. 167, do Texto Maior, inclui-se, no inciso IX, a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

No mesmo passo, a Constituição do Estado da Bahia (arts. 160, § 9º, II e 161, IX).

Embora alguns doutrinadores, a exemplo de Ives Gandra Martins¹⁴ e Hiyoshi Harada¹⁵ entendam que, à mingua da existência de tal lei complementar, seria inconstitucional a criação de fundos, estamos em que as normas gerais reguladoras das

¹⁴ Comentários à Constituição do Brasil, v. 6, tomo II, p. 364

¹⁵ Jus Navigandi, em <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>, acesso em 22/04/08.

condições para instituição e funcionamento dos fundos deverão ser buscadas na Lei nº 4.320/64, que foi recepcionada pela nova ordem constitucional, com *status* de lei complementar e disciplina a instituição de fundos, nos seus arts. 71 a 74. Cada fundo, no entanto, deverá ser instituído e ter seu funcionamento regulado através de específicas leis ordinárias federais, estaduais e municipais, como exigido pelo inciso IX do art. 167 da Constituição Federal (inciso IX do art. 161 da Carta Baiana) e pela própria Lei 4.320/64.

Neste sentido se posicionou o Supremo Tribunal Federal – STF, na ADI nº 1.726-MC¹⁶ sob a relatoria do Ministro Maurício Corrêa, repousando no magistério de abalizada doutrina¹⁷:

"A exigência de prévia lei complementar estabelecendo condições gerais para a instituição de fundos, como exige o art. 165, § 9º, II, da Constituição, está suprida pela Lei n. 4.320, de 17/03/64, recepcionada pela Constituição com status de lei complementar; embora a Constituição não se refira aos fundos especiais, estão eles disciplinados nos arts. 71 a 74 desta Lei, que se aplica à espécie: a) o FGPC, criado pelo art. 1º da Lei n. 9.531/97, é fundo especial, que se ajusta à definição do art. 71 da Lei n. 4.320/63; b) as condições para a instituição e o funcionamento dos fundos especiais estão previstas nos arts. 72 a 74 da mesma Lei.

Não há que lançar, destarte, a pecha de inconstitucionalidade das Leis de Parceria Público-Privada, federal e estadual, no que concerne à criação dos fundos garantidores.

IV. Transferências Constitucionais. O Fundo de Participação dos Estados – FPE. Possibilidade de oferecimento das receitas excedentes do FPE em garantia de pagamento de contraprestações de contratos de parceria público-privada. Exame da necessidade de instituição por lei complementar.

Superadas as questões prévias, passemos, então, ao exame da possibilidade de oferecimento das receitas do Fundo de Participação dos Estados em garantia das obrigações pecuniárias decorrentes dos contratos de parceria público-privada.

Como já mencionado, o fundo especial pode ser definido como o produto de receitas específicas que, por lei, vincula-se à realização de determinados objetivos. Configuram, os fundos, destarte, um instrumento para redistribuição intergovernamental de parcela da receita tributária dentro de cada território estadual, baseado em critério explícito e pré-definido, ou seja, um instrumento de política fiscal.

¹⁶ Julgamento em 16-9-98, DJ de 30-4-04 - RTJ Vol. 191-03 p. 822.

¹⁷ José Maurício Conte, in Direito Financeiro na Constituição de 1988, 1ª edição, SP, ed. Oliveira Mendes; Toshio Mukai in A Administração Pública na Constituição de 1988, ed. Saraiva, 1988, p. 120; J. Teixeira machado Junior e Haroldo da Costa Reis, in a Lei 4.320 Comentada, 28ª edição, IBAM, 1977, p. 14

O art. 71, da Lei nº 4.320/64 os conceitua como *o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.*

Os fundos constitucionais têm natureza contábil, e se caracterizam pela automaticidade nos repasses de seus recursos aos Estados e Municípios, de acordo com coeficientes de distribuição estabelecidos e publicados previamente. As receitas e despesas, por sua vez, deverão estar previstas no orçamento e a execução contabilizada de forma específica.

Representam uma exceção ao princípio de unidade de tesouraria, previsto no art. 56 da mesma Lei, uma vez que implicam separação de dinheiro, cuja aplicação fica vinculada à consecução do objetivo que deu causa à criação à sua criação.

O sistema de transferências, em organizações federativas, tem fundamental importância para garantir uma provisão eficiente e equitativa de bens e serviços públicos entre regiões e unidades de governo, constituindo mesmo, tais transferências de receita tributária, entre os três níveis de governo, um dos pilares do federalismo fiscal brasileiro. Mediante mecanismo procura-se prover os governos estaduais e municipais de recursos adicionais àqueles oriundos de suas competências tributárias, de forma a possibilitar sua manutenção e o provimento dos serviços públicos a eles vinculados. Fundamenta a sua previsão constitucional a necessidade de reduzir eventuais desequilíbrios entre a capacidade de arrecadação local e a demanda de bens e serviços públicos, tendo em conta as disparidades socioeconômicas no país.

Não obstante, muitos autores têm sugerido que, ao lado do caráter distributivo, essas transferências poderiam estar afetando, de maneira negativa, a boa gestão dos recursos públicos.

De acordo com a natureza jurídica, as transferências podem ser classificadas como constitucionais (estas compulsórias) ou voluntárias. Incluem-se entre as principais transferências da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios o fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), cabendo ao Tribunal de Contas da União a competência para calcular as cotas.

Estabelece, assim, a Carta Federal que:

Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma:(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 55, de 2007)

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios.

O cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação, de seu turno, estão disciplinados pela legislação complementar e ordinária. A Lei Complementar nº 62, de 28/12/89, fixa os percentuais do FPE dos vinte e seis estados da Federação (85% para os Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e 15% para os Estados das regiões Sul e Sudeste).

Os fundos são, portanto, entes orçamentários compostos pelo produto da arrecadação dos já aludidos impostos federais, em decorrência de transferências constitucionais. Não decorrem, é bem de ver, da imposição dos Estados, mas constituem um instrumento político-constitucional de repartição do poder fiscal que viabiliza o pacto federativo.

A natureza da utilização do FPE é, em sua predominância, incondicional, ou seja, não se vincula a gastos específicos. É dizer, somente parte das transferências intergovernamentais (a exemplo dos 15% do FUNDEB) está vinculada a despesas específicas, por isso que o excedente está disponível em favor das preferências alocativas de cada estado federado.

Com efeito, as responsabilidades das decisões quanto ao dispêndio público em sistemas federativos cabe aos atores estratégicos de cada esfera de poder, em face da autonomia assegurada pela descentralização. Isto, evidentemente, implica para os Estados não somente um aumento da esfera governamental, mas também a assunção dos riscos da própria conduta, ou seja, a assunção do *pay off* das suas opções alocativas.

As transferências são, destarte, receitas tributárias, não primárias. Mas não, evidentemente, impostos, não estando limitadas pela vedação do inciso IV, do art. 167.

Ressalte-se, todavia, que, a Lei Complementar nº 101/2000 – repousa sobre valores de boa-fé, transparência e rigor nas contas públicas, sendo a *transparência* consagrada como um de seus postulados de gestão fiscal responsável, impondo deveres explícitos de registro e divulgação de informações e o estímulo ao controle social e à participação popular, o planejamento e a previsibilidade da gestão de recursos públicos.

O art. 1º, § 1º, estipula, expressamente, que a ação “planejada e transparente” do Poder Público dar-se-á “*mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições 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*” (g.n).

O art. 29, IV, da LRF, conceitua como concessão de garantia o “*compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada*”. Entende a doutrina que a interpretação do conceito dos institutos elencados no § 1º do art. 1º da LRF deva ser ampliativa e flexível, de sorte que por concessão de garantia dever-se-á entender todas as operações que envolvam a assunção de garantia de terceiros, bem assim no que concerne ao conceito de “*operação de crédito*” (art. 29, III e § 1º do art. 29), embora entenda que não lhes sejam aplicáveis as disposições dos arts. 15 e 16, do mesmo diploma. Isto porque

não geram despesa imediata e, portanto, não geram impacto orçamentário no momento de sua constituição, embora gerem assunção de obrigações financeiras potenciais.

A vedação existente na LRF (art. 40, § 6º), quanto à concessão de garantias, limita-se às entidades da administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, ainda que com recursos de fundos.

Não sendo impostos e, sequer, tributos, e não havendo vedação constitucional ou legal, entendemos seja juridicamente possível o oferecimento dessas receitas em garantia de contratos de parceria público-privada. Respondemos, assim, positivamente à primeira indagação formulada pelo Consultente.

No que concerne à segunda indagação, neste tópico, entendemos que deverá ser procedida alteração na Lei estadual de parcerias público-privadas, prevendo-se a destinação de determinado percentual, ou montante, do FPE, para garantia dos contratos desta espécie, como previsão geral, mas não dependerá da edição de uma lei específica cada operação contratada, a qual deverá ser, evidentemente, contabilmente registrada. O edital de licitação e a minuta de contrato que o integra deverão estabelecer as garantias para cada operação contratada e em que montante.

4.1. A questão da segregação dos recursos do Fundo Garantidor. Inexistência de previsão legal de patrimônio de afetação. Sugestão para alteração da Lei nº 9.290/2004

Mais uma questão não suscitada na consulta deriva do contexto.

Diferentemente da Lei federal nº 11.070/2004, que facultou, no art. 21, a constituição de patrimônio de afetação incomunicável com o restante do patrimônio do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, no que foi seguida por leis instituidoras de parcerias público-privadas de diversos Estados e Municípios, ou leis específicas de criação de fundos garantidores das PPP's, a Lei nº 9.290/2004, assim não fez.

Vejamos a dicção do citado art. 21:

É facultada a constituição de patrimônio de afetação que não se comunicará com o restante do patrimônio do FGP, ficando vinculado exclusivamente à garantia em virtude da qual tiver sido constituído, não podendo ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP.

Parágrafo único – A constituição de patrimônio de afetação será feita por registro em Cartório de Registro de Títulos e documentos ou, no caso de bem imóvel, no Cartório de Registro Imobiliário correspondente.

Neste caso, para além da exceção ao princípio de unidade de tesouraria, propiciada pelos fundos, há, ainda, uma exceção ao princípio da universalidade patrimonial, segundo o

qual, o patrimônio das pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responde de forma indivisa por todas as obrigações, não podendo uma pessoa ter pluralidade de patrimônios.

Tal dispositivo legal consagra a teoria do chamado “patrimônio de afetação”, introduzido em nosso ordenamento jurídico, inicialmente, através da Medida Provisória nº 2.221, de 04/09/2001, revogada pela Lei nº 10.931, de 02/08/2004, que *dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias*, com vistas a imprimir maior segurança nas relações jurídicas envolvendo, de um lado, promitentes compradores de imóveis em condomínio e, de outro, incorporadores, após os inúmeros casos de quebras empresariais que macularam o mercado.

Com a nova regra, todas as dívidas, de natureza tributária, trabalhista e junto a instituições financeiras, ficam restritas ao empreendimento em construção, não tendo qualquer relação com outros compromissos e dívidas assumidas pela empresa. Evita-se, ademais, o desvio dos recursos de um novo empreendimento para alocar em outro anterior e, assim, sucessivamente, com a configuração do que o mercado passou a denominar de “efeito bicicleta”.

Dessa forma, na hipótese de ocorrer falência da empresa construtora/incorporadora, os compradores poderão dar continuidade à obra, contratando outra empresa no lugar da falida, configurando o objetivo de garantir ao consumidor a entrega de imóvel comprado na planta.

Em termos sintéticos, pode-se definir a afetação como uma teoria ou um sistema através do qual se permite segregar patrimônios atinentes a determinado empreendimento, projeto ou finalidade, de forma a que os recursos carreados para os mesmos sejam separados dos recursos próprios do empreendedor, gestor ou administrador.

Ou, como com objetividade esclarecem Francisco Antunes Maciel Müssnich e Henrique Vargas Beloch:¹⁸

Instituído o patrimônio de afetação, os bens, direitos e obrigações que o compõem, embora formalmente integrados ao patrimônio de uma pessoa física ou jurídica, ficam separados juridicamente dos demais, “imobilizados”, recebendo tratamento legal diferenciado, já que afetados a uma finalidade específica. Nesse sentido, o bem de família, por exemplo, poderia ser entendido como uma espécie de patrimônio de afetação. Mas o objetivo principal do instituto, a exemplo do que ocorre na Lei nº 10.931/2004, é proteger os bens afetados contra dívidas que não lhes digam respeito, tornando-os imunes à ação de credores do respectivo proprietário, em benefício do terceiro ou terceiros que, por força de um contrato, têm determinado direito ou interesse com respeito especificamente àqueles bens.

Na maioria dos casos, portanto, a afetação de patrimônio, embora necessariamente instituída por lei, decorre de uma relação

¹⁸ TRUST: Crescente Assimilação pelo Direito Brasileiro. BM&A Review – Nº 6 – Julho/Agosto 2004, em http://www.bmalaw.com.br/pt/docs/comunicacao/newsletter/review/Newsletter_BMA_review_julho_agosto_2004.pdf, acesso em 19/04/2008.

fiduciária, legal ou convencional. Assim é, por exemplo, no trust e no fundo de investimento imobiliário.

Destaca Caio Mário Pereira da Silva¹¹⁹ que *não importa a afetação na disposição do bem, e, portanto, na sua saída do patrimônio do sujeito, mas na sua imobilização em virtude de uma finalidade. Tendo sua fonte essencial na lei, pois não é ela possível senão quando imposta ou autorizada pelo direito positivo, aparece toda vez que certa massa de bens é sujeita a uma restrição em benefício de um fim específico.[...] Não se trata de cisão para se criar um novo patrimônio, distinto do patrimônio do titular, mas, sim, da atribuição de uma autonomia funcional, por causa da destinação desses bens; é necessário, enfim,, que os bens afetados cumpram determinada função (g.n.).*

Em seguida, a Instrução CVM 409, editada por delegação da Lei nº 6.385/76, que regula o funcionamento de Fundos de Investimento Financeiros, no país, determinou no art. 80, a obrigatoriedade dos Fundos de manter escrita contábil segregada daquela do seu administrador.

A lei federal das PPP's seguiu esta trilha, consagrando o patrimônio de afetação no indicado dispositivo.

Embora já regulamentada, a legislação federal, ainda padece de certas lacunas, em face da imprecisão da real abrangência do FGP. Com efeito, não há definição sobre se estariam garantidos apenas os passivos exigíveis (despesas do Estado previamente aprovadas no orçamento, correspondentes à parcela da remuneração do contrato de PPP paga diretamente pelo Estado), ou, também, os passivos contingentes, que são imprescindíveis à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Tome-se, como exemplo, os ajustes que a remuneração do projeto poderá experimentar em função da alocação de risco entre os parceiros público e privado; as multas por atraso ou inadimplemento; as cláusulas de indenização e de saída antecipada do parceiro privado do projeto.

Por outro lado, os passivos contingentes são importantes para ambos os lados: o Estado e o concessionário. Assim, nos parece que a previsão do Fundo garantir, também, as obrigações pecuniárias contingentes do Estado, não previstas no orçamento público, representaria uma proteção eficaz abrangente não apenas para o parceiro privado, mas, também, para o próprio Estado.

A lei baiana de PPP's, todavia, a despeito de instituir o Fundo Garantidor, não traz esta previsão, que deverá ser expressa. A previsão é importante, pois traz efetividade à própria razão de ser do fundo, que é propiciar suporte financeiro e garantia, ou seja, segurança jurídica às contratações de parceria público-privadas.

Por esta razão entendemos que afigura-se de bom alvitre a alteração da a Lei 9.290/2004, para que seja introduzida a previsão constante do art. 21 da Lei Federal das PPP's, e seu parágrafo único, estabelecendo-se, ademais, regras claras sobre a real abrangência do FAGE.

V. *Royalties*. Natureza jurídica. Constitucionalidade do art. 16, II e 19, I, da Lei nº 9.290/2004, em face do art. 204 da Constituição do Estado da Bahia. Limites percentuais fixados pela Lei estadual nº 9.281/04.

Pode-se afirmar que há consenso quanto à natureza não-tributária dos *royalties*, considerando-os, a doutrina predominante como receita pública originária, na medida em que provêm do patrimônio público.

Confira-se a dicção do incisos II, V, VIII e IX, do art. 20, da CF:

¹⁹ 1 *Apud* CHALUB, Melhim Namen. Trust. Patrimônio de Afetação, Propriedade Fiduciária, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, pp. 118/120

Art. 20 – São bens da União:

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

[...]

Montalvão²²⁰:

Sobre o tema, assim pontificam Renato Friedman e Edmundo

Conceitualmente, não constituem imposto ou contribuição incidente sobre atividade econômica separada do Estado, mas, ao contrário, remuneram propriedades do Estado utilizadas para o fim econômico de exploração. Nesse sentido, não se diferenciam da remuneração de qualquer outro bem (privado ou público) utilizado na produção, como por exemplo, a mão-de-obra, o capital ou a terra, nem de outras propriedades públicas utilizadas por particulares, como por exemplo, prédios alugados ou terras arrendadas. Apenas ocorre que, nesse caso, o recurso pertence à União, no mesmo sentido em que se diz que as terras de determinada localização pertencem a determinados cidadãos privados, que dela farão o uso que bem entenderem, explorando-as diretamente ou cedendo-as, se assim desejarem, mediante remuneração.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que os royalties do petróleo constituem receitas originárias dos entes federativos.²¹ A Constituição da República trata dos *royalties*, sem atribuir-lhes essa denominação, no § 1º do art. 20, *in verbis*:

Art. 20 – [...]

²⁰ Compensações Financeiras pela Exploração de Recursos Naturais da União: Política Atual e Recomendações de Reforma, no site <http://www.senado.gov.br/conleg/artigos/economicas/CompensacoesFinanceiras.pdf>., acesso em 4/05/2008.

²¹ Mandado de Segurança nº 24.312, Tribunal Pleno DJU de 19.12.2003 –p. 00050.

§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

O termo *royalty* não tem, pois, origem constitucional. Até a Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97- art. 45, II) era referido como “compensação financeira”, como se colhe da ementa da Lei nº 7.990/89.²²

Estas participações governamentais²³ somente foram criadas com a referida lei do Petróleo.

Segundo o art. 11º do Decreto n.º 2.705/98²⁴, os *royalties* são uma compensação financeira devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo e gás natural, a ser paga mensalmente pela empresa exploradora ao governo. Representam uma apropriação da sociedade da parcela da renda gerada pela exploração do petróleo e gás natural, recursos naturais escassos e não renováveis.

A Constituição Baiana , de seu turno, estabelece:

Art. 204 - Os recursos financeiros destinados ao Estado, resultantes da participação na exploração dos potenciais de energia hidráulica, petróleo, gás natural e outros recursos minerais serão aplicados, na proporção em que a lei estabelecer, na geração de energia e energização rural e de forma a garantir a adequada gestão dos recursos hídricos e minerais.

A Lei nº 9.281, de 07 de outubro de 2004 que, estabelece a distribuição dos recursos financeiros do que trata o art. 204, da Constituição Estadual e

²² Institui, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataformas continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, e dá outras providências. (Art. 21, XIX da CF)

²³ Pagamentos a serem realizados pelos concessionários de atividades de exploração e produção de petróleo e de gás natural, nos termos dos arts. 45 a 51 da Lei nº 9.478, de 1997, e deste Decreto - Definição técnica do art. 3º, III do Decreto nº 2.705/98, que regulamenta a Lei do Petróleo.

²⁴ Define critérios para cálculo e cobrança das participações governamentais de que trata a [Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997](#), aplicáveis às atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, e dá outras providências.

dá outras providências, limitou sua vigência ao exercício de 2004 (art. 3º)²⁵ e, desde então, a matéria está sem regulamentação, em face do que nos parece que está livre o Estado a dar a destinação que se lhe afigurar mais adequada a essas receitas. É evidente, contudo, que tais ações requerem transparência na prestação de contas à sociedade e adoção de políticas públicas harmonizadas e consistentes, eficientes e eficazes.

Em relação aos municípios, a constatação é de que tem sido privilegiado o custeio (v.g. a prestação de serviços à educação, saúde e social, capacitação de funcionalismo público), em detrimento dos investimentos.

É que a norma inscrita no art. 204 da Carta Baiana não tem aplicabilidade imediata, porquanto depende de regulamentação posterior para sua aplicação. Ou seja, é uma norma de eficácia limitada, de aplicabilidade mediata ou reduzida, uma vez que depende de norma infraconstitucional para produzir efeito, ou, como prefere Maria Helena Diniz, é uma norma de eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa. A Lei nº 9.281/2004 que regulamentou esse preceptivo, restringiu a sua vigência ao exercício de 2004, e nenhum outro diploma foi editado com esta finalidade.

Por esta razão entendo que não há conflito entre os indicados dispositivos da Lei nº 9.290/2004 e o art. 204 da Constituição do Estado da Bahia.

O Tribunal de Contas da União tem entendido que as únicas vedações existentes à aplicação das receitas de *royalties* são aquelas previstas no art. 8º da Lei nº 7.990/89, quais sejam, a aplicação em pagamento de dívidas e no quadro permanente de pessoal, como se evidencia do Acórdão 172/1999²⁶ - Primeira Câmara – sob a relatoria do Ministro Walton Alencar, que assim se pronunciou em seu voto:

Por oportuno, ressalto que, com o advento da Lei nº 9.478/97, que dispõe, entre outras matérias, sobre a distribuição a estados e municípios de parte da receita de royalties, houve expressa revogação da Lei nº 2.004/53. Esse diploma legal, com a redação dada pelo art. 7º da Lei nº 7.525/86, preconizava que os recursos oriundos de royalties deveriam ser aplicados exclusivamente em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e saneamento básico. A seu turno, por força do disposto no art. 8º da Lei nº 7.990/89, com a redação dada pelo art. 3º da Lei nº 8.001/90, fica vedada a destinação desses recursos ao pagamento de dívidas e para a realização de despesas relativas ao quadro permanente de pessoal. Assim, com a revogação do texto da Lei nº 2.004/53, já não existe vinculação da receita dos royalties a finalidades legais expressas.

²⁵ Art. 3º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos para todo exercício de 2004.

²⁶ Tomada de Contas da Prefeitura Municipal de Cristópolis – Bahia

Remanescem, contudo, as restrições impostas pelo art. 8º da Lei nº 7.990/89, com sua atual redação, sendo forçoso convir que a sistemática, quanto à utilização de recursos dessa natureza, sofreu significativa flexibilização.

Também no Processo de Denúncia nº 005.013/2000-1, sob a relatoria do Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, colhe-se da proposta de decisão:

Quanto à utilização de recursos de royalties entendemos assistir às municipalidades o direito de direcionar tais recursos aos projetos e atividades de maior interesse das suas comunidades, respeitadas as respectivas leis orçamentárias anuais e as vedações da Lei 7.990/89, com a redação dada pelo artigo 3º da Lei 8.001/90, quais sejam, não se aplicarem tais recursos em pagamentos de dívidas ou de pessoal do quadro permanente.

Na mesma direção as decisões vazadas pelo Tribunal de Contas da União - TCU, nos Processos nº 015.214/97-4 (Decisão nº 146/98 - Plenária - Relator Ministro Carlos Átila Álvares da Silva); 600.074/1993-5 (Acórdão 21/2001 - Relator Ministro Lincoln M. da Rocha).

A Lei nº 7.525/86 que estabeleceu normas complementares à Lei nº 2004/53, conferiu ao § 3º do art. 7º a seguinte redação:

Art. 7º O § 3º do art. 27 da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterado pela Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 3º Ressalvados os recursos destinados ao Ministério da Marinha, os demais recursos previstos neste artigo serão aplicados pelos Estados, Territórios e Municípios, exclusivamente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e em saneamento básico."

A Lei nº 7.453/85, que lhe precedeu, dispunha que tais recursos deveriam ser aplicados, preferencialmente em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e saneamento básico.

Com a edição da Lei 9.478/97, a Lei 2.004/53 foi revogada, e conseqüentemente, foram extintas as vinculações previstas em seu art. 27, § 3º, sendo ampliadas, portanto, as possibilidades de aplicação dos *royalties*, remanescendo, todavia, as vedações quanto à utilização de referidos recursos com o pagamento de pessoal e de dívidas.

Tanto a Lei 8.001/90²⁷, como a Lei nº 9.479/97, não especificaram em que áreas tais receitas deveriam ser aplicadas. Apenas vedaram a aplicação dos

²⁷ Define os percentuais da distribuição da compensação financeira de que trata a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, e dá outras providências.

recursos das compensações financeiras em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal.

O Decreto federal nº 1/91, a que se reporta a consulta, teve seus artigos 2º a 12 revogados pelo Decreto nº 3.739, de 31/01/2001, ou seja, todo o Capítulo II, que cuidava da Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos, remanescendo, entretanto, as disposições sobre a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais e da Compensação pela Exploração do Petróleo, do Xisto Betuminoso e do Gás Natural (Capítulo IV), estabelecendo no seu art. 24 a obrigatoriedade de os Estados e Municípios aplicarem os recursos previstos neste Capítulo, exclusivamente em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e em saneamento básico.

Como se vê, não tendo as Leis nº 8.001/90 e 9.478/97 especificado em que áreas tais recursos deverão ser aplicados, não podem prevalecer as disposições do mencionado Decreto nº 1/91.

No que concerne à compensação financeira pela utilização de recursos hídricos, não determinou o Decreto nº 3.379/01, aos Estados e Municípios, aplicação específica.

Daí porque não há que se falar em conflito entre as disposições da Lei Baiana de PPP's e o aludido decreto.

VI. Vedações da Resolução nº 43/2001 do Senado Federal. Exegese.

O art. 5º, inciso VI, aliena “a”, da referida Resolução, verbera:

Art. 5º - É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI – em relação aos créditos decorrentes do direito dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de participação governamental obrigatória, nas modalidades de royalties, participações especiais e compensações financeiras, no resultado da exploração de petróleo e gás natural, de recursos hídricos para fins de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental ou zona econômica exclusiva:

a) ceder direitos relativos a período posterior ao do mandato do chefe do Poder Executivo, exceto para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União.

Impõe-se remarcar que a vinculação prevista na Lei nº 9.290/2004 não configura cessão de direitos de *royalties*, mas, apenas vinculação desses recursos em garantia do cumprimento das obrigações pecuniárias da Administração contratante, nos contratos de PPP's.

Com efeito, a cessão de créditos (*ex vi* dos art. 286 e segs do Código Civil) impõe a transferência do credor, ao terceiro, da sua posição na relação obrigacional. Não é a hipótese de que se cuida, pois não implica a previsão da legislação baiana, na substituição do Estado pelo concessionário, nessa relação.

A vinculação das receitas de *royalties* surte efeitos, exclusivamente, no âmbito do Direito Financeiro.

É o que se colhe do magistério abalizado de José Maurício Conti²⁸:

Não se pode atribuir ao verbo vincular significado que não lhe é próprio, qual seja, o significado de entregar, ou dar. Assim, quando a constituição autoriza Estados, Distrito Federal e Municípios a vincular receitas próprias e transferidas ao pagamento de débitos federais, não está autorizando a União a se apropriar dos referidos recursos quando entender cabível, sem a anuência dos devedores, efetivos proprietários estes recursos. A vinculação, neste caso, restringe-se à obrigação das unidades devedoras de estabelecerem que os recursos fiquem reservados para pagamento das dívidas assumidas com a União. Devem, por conseguinte, fazer constar, na lei orçamentária ou em lei específica, existirem determinadas receitas que terão, oportunamente, destinação própria, qual seja o pagamento dos débitos para com a União. Este o limite da interpretação que se pode fazer do §4º do art. 167 da Constituição.

Não há previsão de transferência de titularidade quer no que concerne vinculação mencionada, quer no que concerne à previsão da destinação de percentual dessas receitas para integrar o Fundo garantidor. Nesta hipótese, integrados esses recursos indistintamente à sua massa poderão vir a serem empregados nos fins indicados pela Lei. Ainda assim, à vista do § 1º do art. 20 do mesmo diploma, não em caráter prioritário.

Essa vinculação deverá perdurar pelo tempo de duração da obrigação da Administração contratante, valendo ressaltar, mais uma vez, que a Lei nº 9.290/2004, não previu patrimônio de afetação de forma a possibilitar a segregação de determinados recursos integrantes do Fundo garantidor a determinado contrato.

Não se pode olvidar, de outro bordo, que acaso se entendesse que essa vinculação de receitas se equiparasse a uma cessão de direitos de *royalties* no sentido que lhe empresta a Resolução do Senado Federal, estaria esta impedindo a

²⁸ Federalismo Fiscal e Fundos de Participação, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001, p. 123

entrada em vigor de lei ordinária superveniente que trata de matéria especial e que tem, no art. 8º, inciso I, grande parte da viabilidade das contratações de PPP's.

VII. CONCLUSÕES

1. A vedação do inciso IV, do art. 167 da Constituição da República restringe-se à receita de impostos, e não à decorrente de tributos ou de outras receitas públicas, por isso que guarda conformidade com a Constituição Federal o art. 8º, I, da Lei nº 11.070/2004 (Lei Federal das PPP's), assim como o art. 16, II da Lei nº 9.290/2004 (Lei estadual das PPP's);

2. Embora a Lei Baiana de Parcerias Público-Privadas, no art, 16, II, ao admitir a vinculação de recursos do Estados como garantia das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública, tenha ressalvado os tributos, a exegese de tal dispositivo no contexto da referida lei e de acordo com a regra hermenêutica da interpretação conforme à constituição evidencia que não há uma real ampliação no rol das vedações, circunscrevendo-se, a mesma aos lindes do inciso IV, do art. 167, da Carta Federal. Assim, embora a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, guarde a natureza jurídica de tributo, a previsão de sua vinculação para garantia das referidas obrigações pecuniárias e da destinação de determinado percentual para integrar o Fundo garantidor, é perfeitamente válida;

3. A criação do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia – FAGE, pela Lei Baiana, guarda conformidade com a Constituição Federal (art. 167, IX), considerando que até a edição da lei complementar a que se refere o § 9º do seu art. 165, que as normas gerais reguladoras das condições para instituição e funcionamento dos fundos deverão ser buscadas na Lei nº 4.320/64, que foi recepcionada pela nova ordem constitucional, com *status* de lei complementar e disciplina a instituição de fundos, nos seus arts. 71 a 74;

4. A previsão da faculdade de constituição de patrimônio de afetação, admitindo a segregação de recursos do Fundo garantidor, com a finalidade de vincula-lo exclusivamente à garantia em virtude da qual tiver sido constituído, tal como inscrita no art. 21 da Lei Federal das PPP's, é medida que confere maior segurança jurídica aos contratos de parceria público-privada, em benefício de ambos os contratantes (o parceiro público e o privado), por isso que seria desejável a alteração da lei baiana para inclusão dessa previsão;

5. O Fundo de Participação dos Estados – FPE é uma transferência constitucional, que não se constitui em imposto ou tributo, não havendo vedação constitucional ou legal ao oferecimento dessas receitas em garantia de contratos de parceria público-privada. A natureza da utilização do FPE é, em sua predominância incondicional, ou seja, não se vincula a gastos específicos, por isso que o excedente está disponível em favor das preferências alocativas de cada estado federado.

Deverá ser alterada a Lei nº 9.290/2004 para incluir a previsão do oferecimento dessas receitas como garantia de contratos de parceria público-privada, estabelecendo-se determinado percentual ou montante, não estando condicionada a lei específica, contudo, cada contratação sob essa modalidade;

6. Os *royalties* não têm natureza tributária. No que concerne à destinação da sua aplicação, não há legislação, no âmbito federal ou estadual que a determine, sendo vedada, tão somente, a sua aplicação em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal (Lei nº 9.478/97). A Lei estadual nº 9.281/2004 teve vigência restrita ao exercício de 2004. No plano federal, não tendo as Leis nº 8.001/90 e 9.478/97 especificado as áreas em que tais receitas deverão ser aplicadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, não mais vigoram, nem tampouco, as disposições do Decreto federal nº 01/91.

A norma do art. 204 da Carta Estadual é de eficácia limitada, de aplicabilidade mediata ou reduzida, dependente de legislação complementar, por isso que, presentemente, os Estados poderão aplicar livremente os recursos provenientes de *royalties*, não havendo, destarte, qualquer conflito entre os arts. 16, II e 19, I, da Lei Baiana das PPP's e a o art. 204, referido;

7. A vedação contida no art. 5º, inciso VI, alínea “a” da Resolução nº 43/2001, do Senado Federal, não alcança as disposições da Lei Baiana de Parcerias Público-Privadas porquanto a vinculação de receitas ali previstas não configura cessão de direitos, posto que não implica em transferência da titularidade dessas receitas ao parceiro privado, com a substituição do Estado pelo terceiro (parceiro privado), na relação obrigacional, surtindo efeitos, exclusivamente, no âmbito do Direito Financeiro. A vinculação se limita à obrigação do Estado fazer constar na lei orçamentária a existência dessas receitas que terão, eventualmente, destinação própria.

É o parecer, *sub censura*.

PROCURADORIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS,
em 20 de maio de 2008.

MARIA VITÓRIA TOURINHO DANTAS

Procuradora do Estado