Número 16 – novembro/dezembro/janeiro - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

A CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE GARANTIAS AO PARCEIRO PRIVADO PREVISTO PELA LEI GERAL DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – EM ESPECIAL, DA HIPÓTESE DOS *FUNDOS GARANTIDORES*

Prof. Fernando Vernalha Guimarães
Doutor em Direito Econômico pela UFPR, Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Curitiba (Unicuritiba) e de outras Instituições. Advogado e Consultor em Direito Público.

1. AS GARANTIAS ÀS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CONTRATOS DE PPP – ASPECTOS GENÉRICOS

Como contratos de grande dimensão econômico-financeira e de alta longevidade, as PPPs dependem, para conquistar uma adequada segurança jurídica à eficiente estabilização de seus efeitos, da previsão de *garantias* ao cumprimento das obrigações dos parceiros. Neste aspecto, um dos pontos de grande relevância na construção do regime jurídico das PPPs esteve no fortalecimento da segurança jurídica destes contratos, o que passou pela configuração de um sistema bem específico de garantias, envolvendo, inclusive, a consagração de modalidades de garantias ao parceiro privado.

Diferentemente, portanto, dos sistemas convencionais de garantias contratuais aplicáveis aos contratos administrativos em geral, exclusivamente vocacionadas a acautelar a Administração contra riscos de inadimplemento do contratante-particular, o sistema de garantias da PPP acolheu, também, garantias acautelatórias ao parceiro privado[1]. No art. 8º da Lei n. 110769/2004, previram-se as *modalidades de garantia* das obrigações pecuniárias contraídas pela

[1] Essa previsão bem exemplifica o atual estágio evolutivo a propósito da exegese das contratações administrativas, que se movimenta em aproximação às teorias do contrato privado. Um adequado sistema de garantias é fator fundamental tanto à gestão dos custos de transação como à gestão dos *incentivos* às partes contraentes, de modo a permitir resultados otimizados decorrentes da relação contratual.

Administração Pública em contrato de parceria público-privada, como sendo: 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; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e VI – outros mecanismos admitidos em lei[2].

As garantias serão executadas a partir da verificação do inadimplemento do parceiro público, que deve estar tipificado no contrato de parceria. Segundo o inciso VI do art. 5º da Lei n. 11079/2004, os contratos de PPP deverão prever *"os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento"* (inciso VI). O contrato deverá conter, então, não só a tipificação das específicas condutas que retratem inadimplemento pecuniário do parceiro público, como o momento em que a garantia poderá ser "acionada" e os procedimentos que deverão reger o seu acionamento.

É evidente que ao contrato caberá, tanto quanto possível e conveniente, a descrição e tipificação das hipóteses de inadimplemento da Administração (e do parceiro privado), ligando-se-lhes as conseqüências jurídico-contratuais correspondentes. Já se disse que, de um prisma econômico e buscando-se uma formatação eficiente dos contratos, deve-se mirar o melhor detalhamento possível quanto às contingências contratuais, ressalvada a insuportabilidade, a partir de certo estágio, dos custos transacionais[3]. Assim, não apenas o inadimplemento *pecuniário* do parceiro público, mas as hipóteses de inadimplemento em geral deverão ser retratadas no plano do contrato.

Para fins, contudo, de acionamento da garantia, alude a regra apenas à descrição dos fatos que caracterizem a inadimplência *pecuniária* do parceiro público. A menção à inadimplência *pecuniária* do parceiro público justifica-se na redação inscrita no *caput* do art. 8º da Lei n° 11079/200, que prevê a possibilidade da instituição de garantias ao parceiro privado quanto às obrigações *pecuniárias* contraídas pela Administração Pública.

---

[2] Este rol, como se observa, não é exaustivo. A previsão do inciso VI, como "outros mecanismos admitidos em lei", indica o caráter *numerus apertus* da relação. Admite-se então que outras hipóteses de garantias previstas pela legislação sejam praticadas pela Administração em contratos de PPP. Quanto a isso, deve-se admitir, ressalvados os óbices impostos pelas normas de direito público, o recurso pela Administração a todas as técnicas jurídicas de garantia disponibilizadas pelo direito privado. Invoque-se a regra que admite a celebração de contratos *atípicos* pela Administração, debaixo da qual se põe a possibilidade de que, respeitadas as limitações constitucionais e legais quanto à concessão de garantia, negócios jurídicos de garantia sejam firmados pela Administração Pública, atrelados a ajustes de PPP.

[3] Tal como afirmado por LEWI KORNHAUSER, a partir de certo nível de minúcia, os custos de configuração do contrato passam a superar os benefícios de sua pactuação, o que leva a admitir que os contratos são inevitavelmente incompletos. KORNHAUSER, Lewi. "Derecho de Los Contratos", *In Elementos de Análisis Econômico Del Derecho* (org. HORACIO SPECTOR). Buenos Aires: Rubinzal 2004, p. 115 e ss.

Vale notar que, diferentemente das garantias prestadas pelo parceiro privado, as garantias prestáveis pelo parceiro público não serão cláusula necessária dos contratos de PPP. Uma interpretação lógico-normativa da Lei revela que garantias desta natureza serão viáveis mas não obrigatórias, dependendo seu estabelecimento do pactuado no ajuste de PPP. Trata-se, portanto, de um aspecto facultativo do regime das PPPs; a previsão normativa a propósito das garantias ao parceiro privado tem caráter dispositivo, prevalecendo no pacto desde que haja vontade das partes.

A despeito disso, considerada a aplicação da diretriz de eficiência e economicidade no cumprimento das missões do Estado, a instituição de garantias ao parceiro privado poderá significar em muitos casos o alcance de uma formatação mais eficiente ao contrato administrativo. Uma das razões que justificaram a concepção do modelo das PPPs reside justamente na atração do capital privado para o financiamento de projetos estruturantes. Um sistema de garantias que assegure ao parceiro privado vias mais céleres e previsíveis quanto ao ressarcimento de prejuízos suportados diante do inadimplemento do parceiro público favorecerá o fortalecimento da segurança jurídica e a redução dos custos transacionais, tornando a contratação mais econômica e vantajosa à Administração.

Logo, a prestação de garantias ao parceiro privado pode ser uma peça relevante na configuração de um ajuste eficiente, seguindo-se uma diretriz de eficiência e economicidade na programação das PPPs (inciso I do art. 4º da Lei n. 11079/2004).

2. O EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE GARANTIAS

O advento do sistema de garantias da PPP reivindica uma análise a propósito de sua compatibilidade com o texto constitucional. Evoluir nesta abordagem pressupõe trazer à tona uma série de oposições à constitucionalidade do art. 8º da Lei n. 11.1079/2004 que vêm sendo manifestadas pela doutrina especializada. Sinteticamente, três teses têm sido afirmadas: (1) a inconstitucionalidade do art. 8.º, por usurpação da competência do legislador complementar para legislar sobre a concessão de garantias; (2) a inconstitucionalidade da vinculação de receitas públicas; (3) a inconstitucionalidade da previsão de fundos garantidores das obrigações pecuniárias do parceiro público, seja por (3.1) ausência de lei complementar instituidora; seja por (3.2) ofensa ao art. 100 da Constituição Federal, pressupondo-se infração ao sistema de precatórios.

Passo a tratar, mais detidamente, de cada uma delas.

3. A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8º DA LEI N. 11079/2004 – ESPECIALMENTE DE SEUS INCISOS I, II E V

Dedico-me, primariamente, a enfrentar uma tese que poderia ser oposta à validade do art. 8º da Lei n. 11.079/2004 por usurpação da competência reservada ao legislador complementar. Num raciocínio fundado no inciso IIII do art. 163 da Constituição Federal, tem-se cogitado da necessidade de lei complementar para a instituição de garantias (especificamente para aquelas previstas nos incisos I e IV do art. 8º) pelas entidades públicas, o que importaria em tomar a letra da norma por inconstitucional, eis que veiculada por lei ordinária. O raciocínio alcançaria a inconstitucionalidade da criação do fundo garantidor à União, veiculada na parte especial da Lei n. 11079/2004, pela dicção do artigo 16 e seguintes.

Por primeiro, cabe isolar desta discussão os incisos III e IV do art. 8º da Lei n. 11079/2004, por referirem a hipóteses em que não figuram *entidades públicas* como concedentes de garantia. A contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público, bem como garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não-controladas pelo Poder Público, não são modalidades de garantia prestáveis à conta das *entidades públicas*, mas negócio jurídico-privado securitário de tranqüilo cabimento em contratações administrativas em geral.

Estas modalidades de negócio jurídico põem-se debaixo do tratamento do inciso XXI do art. 37 da Constituição. É indiscutível que a Administração pode contratar com entidade seguradora privada a cobertura de certos riscos, ainda que estes digam com o adimplemento de suas obrigações em contratos com terceiros. Não há, no caso, uma *concessão de garantia* assumida pelo Poder Público, como uma obrigação acessória de adimplemento de certa prestação na hipótese de descumprimento contratual por terceiro. Trata-se de contrato administrativo de seguro disciplinado inciso XXI do art. 37 da Constituição.

Feita essa delimitação, sobram as hipóteses dos incisos I, II e V do art. 8º da Lei n. 11079/2004 como alvo da tese que pretende inquinar de inconstitucionalidade a instituição legislativa da concessão de garantias ao parceiro privado pela Lei de PPP.

É preciso, ainda, separar as hipóteses dos incisos I e II, que não dizem propriamente com o instituto da garantia (como “garantia específica”), mas com uma modalidade de pagamento com vinculação orçamentária, daquela do inciso V, que refere à concessão de garantia por pessoa jurídica de direito privado.

O fato das hipóteses dos incisos I e II não perfazerem a noção de garantia específica retira-lhes do âmbito de abrangência da hipótese normativa do inciso III do art. 163 da Constituição. Como aquelas técnicas jurídicas traduzem apenas a vinculação de certas receitas ao pagamento de dívidas públicas, não se constituindo em uma *obrigação acessória de garantia*, são fenômenos distintos do instituto da *garantia*, não merecendo por isso inclusão na fatispecie da norma do inciso III do art. 163 da Constituição.

Já a hipótese do inciso V, por igual, não deve restar abrangida na delimitação da hipótese normativa da norma constitucional. Isso porque veicula hipótese de concessão de garantias por entidade jurídica de direito privado. A letra do inciso III do art. 163 da Constituição refere, para a delimitação do campo temático que se reserva ao legislador complementar, à concessão de garantias por *entidades públicas*, o que deixa de fora as hipóteses de concessão de garantias por entidades administrativas de direito privado. É induvidoso que empresas públicas e demais entidades administrativas de direito privado – como o fundo garantidor – não possuem a natureza de entidade pública. São pessoas de direito privado, com natureza jurídica de direito privado, assim definidas pelo direito positivo. Logo, estão fora do âmbito temático reservado ao legislador complementar pela norma constitucional.

A hipótese em estender a noção de entidades públicas aos entes administrativos de direito privado, para fins de aplicação do inciso III do art. 163 da Constituição, desafiaria, ademais, o cabimento de interpretação restritiva à hipótese, prestigiada pelo caráter de regra de exceção da norma constitucional. Não me parece cabível acolher a interpretação ampliativa da regra do inciso III do art. 163 da Constituição, dado ser ela uma norma de exceção, que atrai, segundo as regras clássicas de hermenêutica, interpretação restritiva. A reserva de temas à competência do legislador complementar é excepcional relativamente às competências ordinárias delimitadas no texto constitucional, impedindo, assim, o uso da interpretação restritiva.

Mas há um outro ângulo da análise a impedir o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 8º, que deve ser explorado. Trata-se de apontar a descoincidência temática entre a hipótese de *concessão de garantia* relacionada aos tipos do art. 8º daquela referida pela regra do inciso III do art. 163 da Constituição para fins de fixar a reserva de competência do legislador complementar.

Para o enfrentamento proposto, deve-se, antes, buscar a delimitação da hipótese de incidência da norma constitucional do inciso III do art. 163 da Constituição, desvendando-se sua previsão abstratamente descrita pelo constituinte. Reza a previsão normativa acerca da “concessão de garantias pelas entidades públicas”, como objeto de disposição por lei complementar. É preciso, na missão de explorar o campo temático reservado à lei complementar, bem delimitar o sentido da expressão “concessão de garantias”.

Vista pelo prisma jurídico, a temática da concessão de garantias não é unidimensional. Pode-se referi-la, por exemplo, como expressão de um regime contratual, ou, ainda, como expressão de conduta administrativa de cunho financeiro. A garantia, como um meio técnico-jurídico acautelatório, veste o figurino jurídico de uma *obrigação*, perfazendo um negócio jurídico. Como tal, respeita ao direito do contrato. Pode estar relacionada tanto a direitos reais, como a direitos pessoais. Essas duas posições referentes ao direito das garantias recobrem as diversas tipologias que se põem sob o rótulo jurídico gênero das garantias acautelatórias: penhor, anticrese e hipoteca, quanto às garantias reais; fiança, aval e solidariedade quanto às garantias pessoais.

Mas a garantia - ou, melhor, a *concessão* de garantia - pode expor-se como uma técnica financeira, significando, desse ângulo, uma conduta administrativa com implicações direta nas finanças do Estado. Quando o Estado concede garantia, expõe as finanças públicas a riscos, cuja tutela jurídica fica a cargo do direito da responsabilidade fiscal.

Estes ângulos a propósito do direito da garantia não são tratados indistintamente pelo direito constitucional da competência. Não são coincidentes a reserva de competência para legislar sobre contrato administrativo e aquela afetada à regulação das finanças públicas. A Constituição guardou a cada qual disciplina própria e inconfundível. O inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal dispõe sobre competência (privativa) da União para legislar sobre normas gerais em matéria de contratação administrativa, cabendo a edição de legislação suplementar aos demais entes federados, enquanto o inciso III do at. 163 da Constituição, topograficamente inserido no Capítulo de finanças públicas, reserva ao legislador complementar competência para a disciplina da concessão de garantias.

Conclusivo, até aqui, que o tema "concessão de garantias" respeita tanto ao direito dos contratos administrativos – e às obrigações e aos contratos em geral – como às operações financeiras da Administração, capazes de repercutir no equilíbrio das finanças públicas.

Como se nota, o art. 8º nada mais faz do que relacionar tipologias negociais de garantia; não há disciplina a propósito da concessão de garantias sob o ângulo do tratamento das finanças públicas. Sendo assim, a matéria está albergada na reserva de competência do inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal, que atribui competência privativa para a União legislar (ordinariamente) acerca de normas gerais em matéria de contratação administrativa. Não se subsume a matéria regulada à hipótese do inciso III do art. 163. Os aspectos fiscais da concessão de garantia (alguns deles) foram tratados pela Lei de Responsabilidade Fiscal, editada pelo legislador complementar sob a competência lhe reservada pela regra do inciso III do art. 167.

É evidente, assim, que o inciso IIII do art. 163 da Constituição Federal não reserva competência ao legislador complementar para a disciplina de todos os ângulos acerca da concessão de garantias, mas especificamente àquele relacionado com o comprometimento fiscal decorrente de seu estabelecimento[4].

Os demais ângulos da disciplina das garantias estão absorvidos na competência do inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal, que assegura competência privativa da União (e suplementar dos demais entes) para disciplina de normas gerais sobre contratação administrativa. Debaixo deste campo temático põem-se os negócios de concessão de garantias pela Administração. Naquilo que não disser, portanto, com a disciplina fiscal das garantias, a regra de competência fixada pelo inciso XVII do art. 22 deverá prevalecer.

[4] Neste sentido já referiram MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 214 e 215.

Por isso, não se vê inconstitucionalidade na regra do art. 8º da Lei n. 11079/2004 por suposta ofensa ao inciso III do art. 167 da Constituição.

É possível avançar para demonstrar que a concessão de garantias pode proceder-se (tirando seu fundamento de validade diretamente do inciso XXI do art. 37 da Constituição) independentemente da existência de uma disciplina fiscal específica editada com fundamento no inciso III do art. 163. É certo que o legislador complementar regulamentou o problema ao veicular a Lei de Responsabilidade Fiscal. Mas ainda que a competência do inciso III do art. 163 da Constituição não tivesse sido exercida pela União, tal não impediria a possibilidade das entidades públicas de procederem à concessão de garantias. É verdade que a norma do inciso III do art. 163 revela-se como uma *norma constitucional (de eficácia limitada) de princípio institutivo impositiva*, pois veicula a obrigatoriedade de emissão de lei integrativa complementar à disciplina do tema da concessão de garantias. Contudo, tal não impede que outras normas (de eficácia *plena* ou *contida*) possam amparar a prática de concessão de garantias por entidades públicas, como se passa, a exemplo, com a norma do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. A concessão de garantias contratuais, como obrigações acessórias a um contrato administrativo (e não exclusivamente *financeiras* – tomadas como aquelas vinculadas a operações de créditos), acautelatórias do cumprimento das obrigações pelo próprio sujeito contratual, põe-se sob a abrangência da letra do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. Esta norma, de eficácia contida, é permissiva do recurso ao contrato administrativo, o que envolve a possibilidade de vincular-lhe obrigações acessórias de garantia.

É ilustrativa desse raciocínio a ponderação de JOSÉ AFONSO DA SILVA a propósito de normas de eficácia limitada, que somente postulam lei integrativa para aspectos secundários. Exemplifica o autor com a norma do art. 165, § 9º, I, que diz caber à lei complementar *"dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização anual".* Como alude, *"A lei já existe (Lei 4.320/64); mas, se não existisse, nem por isso deixaria de haver exercício financeiro e orçamentos públicos, pois estes decorrem de outras normas e princípios constitucionais plenamente eficazes, bastando lembrar o caput do art. 165 e as regras dos arts. 166, 167, 168 e 169, que obrigam a votação de plano plurianual, de leis de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais para a União, a cujos princípios estão subordinados os Estados e os Municípios. Mostra isso que aquele dispositivo do § 9º, I, do art. 165 visou, tão-somente, a permitir que lei federal dispusesse sobre matéria com validade para todas as entidades públicas. Não chega, por conseguinte, nem mesmo a traçar um esquema que devesse ser preenchido pela lei nele mencionada, pois a matéria esquematizada lá já é conteúdo de outras normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata"*[5].

Parece conclusivo, então, admitir que a regra do inciso III do art. 163 da Constituição sequer inibe a possibilidade jurídica de entidades públicas concederem garantias contratuais enquanto não haja disciplina específica veiculada por lei complementar.

[5] *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 133.

Reputo, por tudo isso, inexistir inconstitucionalidade na previsão do art. 8º da Lei n. 11.079/2004 sob o ângulo do direito constitucional da competência.

Vencida essa questão, devo ir além para descer ao exame de constitucionalidade a propósito de duas hipóteses específicas de garantias veiculadas pela regra: a vinculação de receitas e os fundos garantidores de PPP.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DE RECEITAS UTILIZADA COMO "GARANTIA" AO PARCEIRO PRIVADO EM CONTRATOS DE PPP

A vinculação de receitas é modalidade de prestação de "garantia" (ao parceiro privado) prevista pela Lei Geral de PPP. Rigorosamente, não se reveste da mesmíssima natureza que as clássicas garantias oriundas da teoria geral do direito civil, por consubstanciar-se numa modalidade de pagamento de obrigações com fonte vinculada de receita. Há garantia numa acepção lata (ou leiga) do termo, mas não se verifica na hipótese uma obrigação (acessória) garantidora. É um meio de pagamento a partir de receitas previamente afetadas àquele fim. Reveste-se de função de *garantia*, na medida em que oferece segurança ao garantido quanto ao uso de certa receita para o adimplemento de obrigações do Poder Público. Serão lícitas, para pagamento de obrigações nos contratos de PPP, afetações de quaisquer receitas que não aquelas cuja vinculação foi proscrita pelo texto constitucional (art. 167, CF). O tema da vinculação de receitas é controvertido. Há vozes que anunciam a sua inconstitucionalidade pelo acolhimento de um princípio geral de não-afetação das receitas públicas. É o que defende KIOSHI HARADA, para quem "o legislador ordinário partiu da equivocada premissa de que, respeitada a vedação do art. 167, IV, da CF, restrita à vinculação da receita de impostos, todas as demais receitas públicas poderiam ser vinculadas para garantia de quaisquer obrigações pecuniárias contraídas pelo poder público. Nada mais absurdo"[6]. Diz o autor que "toda e qualquer receita pública, não apenas a de impostos, configura bem público indisponível, inegociável e irrenunciável porque existe como instrumento necessário ao cumprimento dos fins do Estado. Receitas públicas, estimadas na lei de meios, não se prestam ao oferecimento de garantias a permitir sua excussão pelo credor, na hipótese de inadimplemento. É pacífico na doutrina e na jurisprudência a impenhorabilidade de bens públicos. Assim sendo, as receitas públicas, como bens públicos que são, não se prestam à execução direta, consectário lógico do vínculo de natureza real, que se estabelece entre a coisa e a ação do credor pignoratício, hipotecário ou anticrético" [7].

[6] "Parcerias Público-Privadas: Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor". *In Parcerias Público-Privadas* (coord. SÉRGIO AUGUSTO Z. PAVANI e ROGÉRIO EMÍLIO DE ANDRADE). São Paulo: MP Editora, 2006, p. 212 e 213.
[7] "Parcerias Público-Privadas...", p. 215.

Com respeito ao jurista, ouso discordar de sua tese. Não vejo inconstitucionalidade na afetação de receita pública, observados os limites impostos pelo texto constitucional.

É fato que o princípio da não-afetação das receitas públicas é acolhido em diversos ordenamentos mundo afora[8]. Esteve presente, numa configuração mais abrangente, inclusive, na Carta de 1967 – onde se vedava a vinculação de tributos em geral, à exceção dos impostos únicos -, mantida com a Emenda de 69. Mas com a Constituição de 1988 a regra foi mitigada, restringindo-se a vedação aos *impostos*; livrando-se daí as demais receitas tributárias (e não-tributárias) da proibição[9]. É essa a atual exegese do inciso IV do art. 167 da Constituição, como se tira de uma interpretação gramatical e lógico-sistemática do dispositivo.

Relembre-se a letra da norma, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n° 42 de 2003, pela qual se veda 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*". Da leitura de seu texto, é clara a vedação apenas à vinculação de receita de *impostos*, a órgão, fundo ou despesa, com as exceções ali referidas. Não há qualquer menção à vedação às demais espécies de receita[10].

Observe-se que, como vedação específica que é, a regra não deve merecer interpretação ampliativa. Fosse a intenção do legislador constitucional de 88 impor o princípio da não-vinculação de receitas em geral, a dicção do art. 167 haveria de contemplar essa amplitude, ao invés de veicular vedação particular.

Sendo conclusivo, então, que a vedação prescrita pelo inciso IV do art. 167 não abarca receitas em geral, mas apenas os impostos, os fundamentos a amparar a tese negativista da vinculação de receitas teriam de ser buscados de outros dispositivos da Constituição, notadamente de princípios implícitos no seu

[8] Para uma análise mais específica sobre o tema, ver CATÃO, Marcos André Vinhas. "Novas Perspectivas no Princípio de Não-Afetação e Destinação de Receita Tributária", *In Princípios de Direito Financeiro e Tributário* (coord. ADILSON RODRIGUES PIRES e HELENO TAVEIRA TÔRRES) – Estudos em Homenagem aos Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 565 e ss.

[9] Ver TORRES, Ricardo Lobo. "O Princípio Constitucional Orçamentário da não-afetação", *In Revista de Direito do Estado*, n. 6. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 230 e ss.

[10] Nos termos do art. 10º da Lei n. 4320/64: A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: receitas correntes e receitas de capital: § 1º São receitas correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoal de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em despesas correntes. § 2º São receitas de capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de despesas classificáveis em despesas de capital e, ainda, o superávit do orçamento corrente. § 3º O superávit do orçamento corrente resultante do balanceamento dos totais das receitas e despesas correntes, apurado na demonstração a que se refere o anexo 1, não constituirá item da receita orçamentária.

texto. Mas o recurso a uma interpretação sistemática da Constituição, partindo-se da letra explícita do inciso IV do art. 167, impede essa conclusão hermenêutica. É que interpretação desta ordem importaria em tornar inútil e supérflua a regra do inciso IV do art. 167, pelo menos naquilo que delimita a vedação à vinculação de receitas dos *impostos*. Ora, estivesse proscrita a vinculação de quaisquer receitas pelo texto constitucional, qual a função da primeira parte do inciso IV art. 167, que fixa a vedação específica à vinculação de impostos? É da própria disposição desta regra, então, que, a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional, infere-se inexistir um princípio geral pela não-vinculação de receitas públicas de toda ordem, implicitamente considerado[11]. O Supremo Tribunal Federal parece acolher essa exegese[12].

Noutro giro, não vejo na *impenhorabilidade* dos bens públicos restrição à vinculação de receitas públicas. Talvez o argumento incorra num defeito de compreensão relativamente à técnica da vinculação de receitas como mecanismo de *garantia*. Muito embora a técnica da vinculação de receitas possa reconduzir-se a uma noção mais abrangente de "garantia", porquanto consiste também numa forma de assegurar que certo patrimônio, previamente reservado pelo orçamento, seja carreado para o pagamento de obrigações do Poder Público, não se apresenta como uma garantia específica, na acepção de ser uma *obrigação acessória de garantia*. A vinculação de receitas funciona, diversamente, como um meio originário de pagamento de obrigações do Poder Público; não é uma obrigação garante, mas traduz apenas o endereçamento certo de dada receita que se afeta ao pagamento de uma obrigação do Poder Público. Lembro aqui a advertência de MISABEL A. MACHADO DERZI, para quem *vinculação "é figura por via da qual o legislador orçamentário estadual fica obrigado a destinar parcela de receita ao*

[11] Em sentido diverso, sustenta KIOSHI HARADA: "Evidente que não se pode invocar a regra excepcional do art. 167, IV da CF para concluir que demais receitas públicas não estão abrangidas pela proibição. A regra geral, que decorre do sistema constitucional, é a não vinculação das receitas públicas para garantia dessas ou daquelas obrigações contraídas pelo poder público. A exceção contida no inciso IV do art. 167 da CF não tem o sentido emprestado pelo legislador infraconstitucional que, por meio de uma interpretação literal e isolada, ignora em bloco os rígidos princípios de direito público. Aliás, o referido inciso, ao excepcionar a vinculação para um fim específico, ipso fato, afastou a vinculação para fim outro. Absolutamente inconstitucional o inciso I do art. 8º da Lei nº 11.079/04, que permite a vinculação de receitas públicas, para garantia das obrigações pecuniárias genéricas contraídas pelo Poder Público perante os particulares. Isso é uma verdadeira inversão da ordem pública, que afronta os princípios da moralidade e da impessoalidade, insertos no art. 37 da Constituição Federal, de observância impositiva na forma do seu art. 100, caput. Ironicamente, esse art. 8º atenta, como vimos, contra o art. 167, IV da CF, que ele próprio manda observar em seu inciso I, in fine". "Parcerias Público-Privadas...", p. 214.

[12] Veja-se julgado assim ementado: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 3º, inciso VII, da Lei n. 12.216, de 15 de julho de 1.998, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei n. 12.604, de 2 de julho de 1.999, ambas do Estado do Paraná. Emolumentos. Serventias extrajudiciais. Destinação de recursos a fundo especial criado para promover reequipamento do poder judiciário. Violação do disposto no art. 167, inciso v, da constituição do brasil. Não ocorrência. 1. Preceito contido em lei paranaense, que destina 0,2% (zero vírgula dois por cento) sobre o valor do título do imóvel ou da obrigação, nos atos praticados pelos cartórios de protestos e títulos, registros de imóveis, títulos e documentos e tabelionatos, ao Fundo de Reequipamento do Poder Judiciário - FUNREJUS não ofende o art. 167, inciso V, da Constituição do Brasil. Precedentes. 2. A norma constitucional veda a vinculação da receita dos impostos, inexistindo, na Constituição, preceito análogo pertinente às taxas. Pedido julgado improcedente. Relator: Min. Eros Grau**;** Julgamento: 26/04/2006; Órgão Julgador: Tribunal Pleno**;** Julgamento por maioria. ADI 2059/PR; DJ 09-06-2006 PP-00003.

pagamento de certo fundo ou despesa. Não se confunde, pois, com expropriação de receita pública, de resto, irrenunciável pelo próprio Estado"[13].

Consiste a via, assim, tão-somente numa *"garantia orçamentária de que as receitas vinculadas não serão utilizadas para outras finalidades que não o pagamento de contraprestações públicas em contratos de PPP"*[14]. Não se trata, por isso, de uma *garantia*, na acepção civilista do termo, como um patrimônio que garante *acessoriamente* dívidas do Poder Público. Fosse essa a função da vinculação de receitas, ela estaria marcada pela inocuidade, dada a impenhorabilidade dos bens públicos.

Portanto e sob pena de produzir uma hermenêutica desinteligente, a técnica da vinculação de receitas inscrita no inciso I do art. 8º só pode ser assim entendida, isto é: como uma via para reservar receitas para o adimplemento de certas obrigações do Poder Público. Trata-se, em suma, de uma *garantia orçamentária*.

A exata compreensão do alcance do mecanismo da vinculação de receita é relevante para desfazer interpretação negativista quanto à vinculação de receitas pública em geral, sob o prisma da impenhorabilidade.

É certo que a característica da impenhorabilidade das *receitas* públicas é uma decorrência do art. 100 da Constituição, que impõe um procedimento próprio (e diferenciado da execução civil) para a satisfação de créditos vencidos (e em execução) em face do Poder Público (art. 730 do C. de Pr. Civil). Esses bens públicos não podem ser penhorados, pois isso nada realizaria a satisfação de crédito vencido contra o Estado, que exige o rito e a forma do sistema de precatórios. Também por isso, não podem ser onerados em garantia real. Uma inferência que se poderia tirar daí está na inviabilidade jurídica de gravar as receitas públicas com garantia real. Contudo, a restrição da impenhorabilidade não tem o alcance de impedir o endereçamento de receitas ao pagamento de obrigações vincendas do Poder Público. Tivesse esse efeito, desafiariam o princípio todas as demais vinculações de receita constitucionalmente autorizadas, que haveriam de erguer-se como exceção. Não me parece que essa seja uma exegese correta do texto constitucional.

Note-se, ademais, que a vinculação de receitas já é expediente largamente usado como via para o financiamento do serviço público. Cite-se o exemplo do FUST – Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações, criado pela Lei n. 9.998/2000 com finalidade de custear obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço. Dentre suas fontes de receita[15], estão,

---

[13] *Comentário à Lei de Responsabilidade Fiscal* (org. Ives Gandra Martins e Carlos Valder do Nacsimento). São Paulo, saraiva, 2001, p. 282.
[14] RIBEIRO, Maurício P. e PRADO, Lucas N. *Comentários...,* p. 220.
[15] Art. 6º - Constituem receitas do Fundo: I – dotações designadas na lei orçamentária anual da União e seus créditos adicionais; II – cinqüenta por cento dos recursos a que se referem as alíneas c, d, e e j do art. 2º da Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, com a redação dada pelo art. 51 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, até o limite máximo anual de setecentos milhões de reais; III – preço público cobrado pela Agência Nacional de Telecomunicações, como condição

inclusive, contribuições de intervenção no domínio econômico[16]. Tal como previsto pela sua lei instituidora, as receitas do FUST têm destinação própria, vinculando-se a finalidades previamente estabelecidas. Trata-se, então, de um caso de vinculação de receitas. Outros exemplos poderiam ser lembrados.

Perfeitamente constitucional e lícita, pois, a hipótese do inciso I do art. 8º da Lei n. 11079/2004.

5. A CONSTITUCIONALIDADE DAS GARANTIAS PRESTADAS POR *FUNDO GARANTIDOR* OU EMPRESA ESTATAL CRIADA PARA ESSA FINALIDADE

Uma das principais inovações do sistema de garantia introduzido pelo regime de PPP está na previsão de fundo garantidor ou empresa estatal criados para garantir as obrigações do parceiro público. Nesta modalidade, entes autônomos, dotados de personalidade jurídica, garantem as obrigações pecuniárias do parceiro público na eventualidade de inadimplemento em face do parceiro privado. Enquanto o modelo federal de PPP optou por configurar a solução do fundo garantidor, consoante se depreende dos artigos 16 a 21 da Lei n. 11079/2004 (normas aplicáveis à Administração Federal), outros entes, como o Estado de São Paulo, optaram pela solução de empresa estatal garantidora dos compromissos financeiros do parceiro público[17].

Esta modalidade de garantia oferece certas vantagens ao parceiro privado, comparativamente aos modelos em que as garantias não provêm de entes dotados de personalidade jurídica de direito privado. Aponta-se que o estabelecimento de garantias prestadas por fundo garantidor ou por empresa estatal para garantir obrigações das pessoas públicas em sede de contratos de parceria público-privada significará evitar o procedimento especial de execução pelo regime de precatórios na eventualidade de inadimplemento do parceiro público. Isso porque estes entes, dotados de personalidade jurídica de direito

---

para a transferência de concessão, de permissão ou de autorização de serviço de telecomunicações ou de uso de radiofreqüência, a ser pago pela cessionária, na forma de quantia certa, em uma ou várias parcelas, ou de parcelas anuais, nos termos da regulamentação editada pela Agência; IV – contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins; V – doações; VI – outras que lhe vierem a ser destinadas.

[16] Nas palavras de IVES GANDRA, "É unânime a opinião, na doutrina, que o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações é uma contribuição de intervenção no domínio econômico. Tem, portanto, natureza jurídica diversa das demais contribuições especiais, ou seja, de todas aquelas de natureza social ou as veiculadas no interesse das categorias". "O Princípio da Não-Cumulatividade e o FUST", *In Princípios de Direito Financeiro*..., p. 814.

[17] Conforme Lei estadual nº 11.688/2004 e Decreto nº 48.867/2004 que disciplinam a Companhia Paulista de Parcerias – CPP. Idêntica solução adotou o Estado de Santa Catarina, mediante a Lei estadual nº 13.335/2005, que regula a SC-Parcerias S/A.

privado, submetem-se ao regime jurídico próprio dos entes privados, sendo que suas dívidas serão executadas nos moldes da execução civil comum. A solução evita o famigerado sistema de precatórios e, por isso, importa revestir os contratos de PPP de maior segurança jurídica, reduzindo custos transacionais e favorecendo a economicidade na contratação de PPP.

Esse sistema de garantia busca atenuar um histórico déficit de credibilidade que pesa sobre a Administração Pública como ente contratante no Brasil. Problemas de reiterados inadimplementos do setor público, associados a um ineficiente regime de pagamento de dívidas públicas vencidas – sistema de precatórios –, conduziram à configuração de um panorama desfavorável à atração de investimentos às contratações públicas. Expandiram-se, como conseqüência, os custos de transação do contrato administrativo. O modelo de PPP, por sua vez, inaugura um novo tempo da contratação administrativa, movido pela necessidade de carrear para o setor público, em prol da execução de projetos estruturantes, investimentos privados. É relevante, para esse fim, contar-se não só com um ambiente institucional seguro e estável, como, principalmente, com um regime jurídico que ofereça aos parceiros do Poder Público incentivos adequados a oferecerem propostas sérias e vantajosas à Administração. A atratividade do financiamento privado depende, então, de instrumentos jurídicos que propiciem segurança e eficiência no cumprimento das obrigações do parceiro público. Neste contexto, a hipótese de garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade, representando um ponto central na configuração de um regime *especial* de garantias ao contratado em parceira público-privada, cumpre o papel de superar dificuldades muito sérias que historicamente inibiriam a participação do capital privado em projetos em infra-estrutura.

Portanto, nos termos da Lei de PPP, tanto empresa estatal como fundos dotados de personalidade jurídica de direito privado poderão garantir obrigações do parceiro público. As hipóteses serão bastante assemelhadas, ficando as diferenças por conta de aspectos estruturais e gerenciais de cada qual. Aponta-se que, diferentemente da empresa estatal, será próprio dos fundos a delegação de sua administração a agente externo. Mas talvez esse diferencial não seja o bastante para subtrair da hipótese do fundo garantidor a sua categorização na classe das empresas estatais, pondo-o como uma espécie de empresa estatal.

De qualquer forma, a modalidade fundo garantidor apresenta cunho de novidade no direito nacional, o que exige algum enfrentamento sobre seus traços jurídicos característicos.

5.1 - A HIPÓTESE DO FUNDO GARANTIDOR - CARACTERIZAÇÃO

No direito brasileiro, são conhecidos tanto os fundos dotados de personalidade jurídica como aqueles que não as têm. Ainda que a maioria dos fundos historicamente criados pela experiência brasileira esteja subtraída de personalidade jurídica, há diversos exemplos de fundos dotados desta condição.

O fundo garantidor previsto no inciso V do art. 8º é daqueles fundos dotados de personalidade jurídica, passível, portanto, de ser sujeito de direitos e obrigações. O seu enquadramento no universo dos fundos com personalidade jurídica é fruto de uma interpretação gramatical, lógica e sistemática do dispositivo.

Note-se, por primeiro, que a redação do art. 8º alude a *fundos*, como instrumentos de garantia às obrigações do parceiro público, em dois registros. No inciso II, refere aos *fundos especiais*; no inciso V, ao fundo garantidor. A contraposição da fórmula verbal do inciso II, flexionada no plural, àquela do inciso V, no singular, pode dar a entender que a primeira refere-se a fundos criados para garantir obrigações específicas de determinada parceria, enquanto a segunda recobre fundo criado para garantir as parcerias públicas em geral, à semelhança do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP) instituído para a União pela regra (federal e não geral) do art. 16 da Lei Geral de PPP[18]. Não me parece que seja essa a melhor exegese ao dispositivo. Ao referir a *fundos especiais*, o inciso II atrai o tratamento jurídico dos chamados "fundos especiais", definidos pelo art. 71 da Lei n.º 4320/64. São esses fundos financeiros sem personalidade jurídica. A alusão, por outro lado, pelo inciso V, a fundo garantidor indica ente com natureza jurídica distinta, sob pena de flagrar-se prescrição tautológica da lei. Penso que, aqui, a norma do inciso V alude a fundo dotado de personalidade jurídica. Duas razões hermenêuticas me levam a essa conclusão.

Por primeiro, noto que a inscrição do vocábulo fundo em incisos distintos retrata, desde logo, a independência de tratamento jurídico a cada qual. Não haveria razão para segregá-los em incisos independentes, recobrissem esses rótulos o mesmo fenômeno jurídico. Lembrando a sempre difundida palavra de CARLOS MAXIMILIANO: *"presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; devem ser todas entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva"*[19]; *"As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos inúteis. Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio de exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. (...). Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativamente ou supérflua, nula ou sem significação alguma"*[20].

---

[18] Assim referiu MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 174.
Essa orientação pode estar referenciada por uma classificação possível de conceber-se - pautada no critério de afetação da receita - entre *fundos gerais* e *fundos especiais*. Na palavra de HELENO TAVEIRA TÔRRES, os fundos podem ser *gerais* "quando não contemplam um destino previamente determinado, prestando-se como receita adicional do ente arrecadador, na complementação de seu orçamento, seja qual for o fim pretendido; ou *especiais*, quando designados para fins determinados, previamente estabelecidos em lei e regulados tipicamente". "Fundos Especiais...", p. 43.
[19] *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 91.
[20] *Hermenêutica...,* p. 204.

Observe-se que cada um dos incisos do art. 8º veicula uma modalidade específica de garantia. Assim se passa com os incisos I, II, III e IV. Lógico supor que o inciso V revele modalidade própria e inconfundível com os demais. Se a tipologia dos *fundos especiais* referidos pelo inciso II é aquela alusiva a fundos sem personalidade jurídica, infere-se que a fórmula fundo garantidor inscrita no inciso V traduza significação distinta.

Indo avante, deve-se atentar o fato de que, na disposição gramatical do dispositivo, a fórmula *fundo garantidor* veio associada à de *empresa estatal* criada para o mesmo fim. Buscando-se a unidade de sentido que deve ser extraível da prescrição do inciso V do art. 8º, com a função prescritiva de conformar uma tipologia específica de garantia, parece conclusivo acolher a alusão como fundo garantidor como um ente dotado de personalidade jurídica, alinhado, neste particular, ao tratamento da empresa estatal. É inferível que, assim como o inciso I veicula a vinculação de receitas, o inciso II a hipótese de fundos especiais, e assim por diante, o inciso V dispõe sobre uma hipótese de garantia de obrigações do parceiro público por ente externo ao sujeito da PPP, capaz de assumir em seu nome a responsabilização (como garante) pelo cumprimento da obrigação pecuniária do parceiro público.

Logo, fundo garantidor será um *ente cuja criação há de ser precedida de autorização legislativa, dotado de personalidade jurídica, capaz, assim, de ser titular de direitos e obrigações, com o objetivo de materializar a reserva de certo patrimônio para fins de garantir obrigações da Administração Pública*.

Ainda que se possa admitir que a sua natureza jurídica, se de direito público ou privado, possa vir fixada na lei instituidora, só faz sentido a criação de fundo garantidor de PPP se lhe corresponder a natureza de direito privado (à equivalência do Fundo Garantidor de Parceria Público-Privada - FGP, criado, para a União, pelos artigos 16 e seguintes da Lei n. 11079/2004). Como se disse, o objetivo da previsão de fundos garantidores está no fortalecimento da segurança jurídica dos ajustes de PPP, assegurando-se a responsabilização quanto ao adimplemento das obrigações do parceiro público por entes dotados de personalidade jurídica de direito privado.

5.2 - O REGIME DOS BENS DOS FUNDOS GARANTIDORES

Os fundos garantidores poderão ter seu patrimônio integralizado pelas pessoas políticas e, ainda, por entidades administrativas que lhe são vinculadas (à semelhança do que se procedeu com o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, que recebeu, pela Lei n. 11079/2004, autorização de participação da União, suas autarquias e fundações, até o limite de R$ 6 bilhões).

É natural, como penso, que o fundo garantidor receba a participação e a subscrição de patrimônio da pessoa política (e de suas unidades administrativas) *para a qual* representará garantia aos parceiros públicos em contratos de PPP (assim como se procedeu no caso federal). Essa mesma lógica poderá informar a

constituição de fundo garantidor para assegurar garantias em contratos de PPP firmados por consórcios públicos.

A natureza dos bens do fundo garantidor é um aspecto relevante a ser destacado, pois importa conseqüências diretas no regime de sua alienabilidade e penhorabilidade, refletindo na sua submissão ao regime de execução civil, alternativamente ao sistema de precatórios imposto à Fazenda Pública (art. 110, CF; art. 730 do C. de Pr. Civil).

Lembre-se, aqui, que bem público, na definição do artigo 98 do C. Civil, são os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. O dispositivo encerra um critério subjetivo de qualificação dos bens públicos – serão exclusivamente aqueles titularizados pelas pessoas públicas. A qualificação abarca inclusive pessoas jurídicas de direito público *"a que se tenha dado estrutura de direito privado"*, desde que a lei não disponha em sentido contrário. Provavelmente, intencionou o legislador referir às fundações públicas que apresentam estrutura equivalente à de direito privado[21].

Como os fundos garantidores terão personalidade jurídica de direito privado – não se reconduzindo assim à relação de pessoas jurídicas de direito público interno prescrita pelo artigo 41 do C. Civil -, seus bens serão – na conformidade da prescrição do art. 98 do C. Civil – *privados*. Assim sendo, poderão ser livremente alienados ou penhorados, não se submetendo, portanto, ao regime jurídico dos bens públicos, marcado por estas restrições.

5.3 - A NATUREZA DA ATIVIDADE DESEMPENHADA PELO FUNDO GARANTIDOR

Um ponto de grande importância reside em decifrar a natureza da atividade a ser desempenhada pelo fundo garantidor.

Antes do mais, é importante atentar para o fato de que o fundo garantidor não restou exaustivamente configurado pelas normas gerais. A Lei n. 11079/2004, na parte que dedica às normas gerais, sequer imprimiu-lhe explicitamente feições elementares de sua natureza, como a tipologia das atividades por si desempenháveis (vistas sob o ângulo de seu caráter interventivo ou não-interventivo na ordem econômica). Daí que caberá à sua lei instituidora a definição de seus traços mais específicos.

Buscando-se uma sistematização (abrangente) a propósito da natureza da atividade a ser desempenhada por fundos garantidores, deve-se propor uma

[21] Este dispositivo tem suscitado interpretações distintas pela doutrina. Fico, contudo, com a interpretação que lhe dá MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que diz ser a referência mais provável às fundações instituías pelo poder público com personalidade jurídica de direito público, mas que tenham a mesma estrutura das fundações de direito privado. "Como a personalidade é de direito público, é a lei instituidora que vai definir o regime aplicável e na medida em que serão derrogadas as normas do Código Civil referentes ao instituto". *Direito Administrativo*, 20.ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 396 e 620.

distinção fundamental entre duas espécies de fundo: (i) aqueles cuja atividade revela um caráter não-interventivo na ordem econômica; (ii) aqueles dotados de atividade interventora na ordem econômica. Esta distinção parece-me extremamente importante de ser fixada, pois que os pressupostos à instituição de cada qual são diversos.

5.3.1 - O FUNDO GARANTIDOR COMO PRESTADOR DE ATIVIDADES DE APOIO À ADMINISTRAÇÃO

Tenho para mim que os fundos garantidores - como me parece ser a sua vocação genuína - não possuirão, *como regra*, feição interventora.

Uma vez criado no propósito específico e restritivo de garantir obrigações do parceiro público (afetado a este fim exclusivo pelo princípio da especialidade), o fundo garantidor terá a sua atuação-fim reservada a uma relação fechada com a Administração Pública; deixará, então, de atuar no "domínio econômico" (em sentido amplo). Sua atividade fim será equiparável às atividades de apoio que outrora empresas públicas exerciam relativamente à Administração Pública; criadas exclusivamente para esse mister, empresas estatais exerciam serviços de apoio à sua Administração direta, prestando à própria Administração atividades empresariais, em decorrência de uma opção de auto-organização do aparelho administrativo.

De um ponto de vista da estruturação subjetiva administrativa, assim se passará com os fundos garantidores, que, como regra, deverão vocacionar-se ao destino exclusivo de prestação de garantias à pessoa política (ou entidade administrativa de outra natureza).

Qualificar, pois, a atividade do fundo garantidor como não-interventora importa admitir que a sua natureza jurídica não deve ser buscada na dicotomia serviço público/atividade econômica em sentido estrito, mas em outro terreno. Essa ressalva parece relevante, pois que não tem sido incomum a tipificação da atividade exercitável pelos fundos garantidores como *atividade econômica em sentido estrito*, o que, como modalidade de atuação no domínio econômico, pressuporia o atendimento aos pressupostos constitucionais pertinentes a esta atuação (art. 173, CF). Não tomo por incabível a hipótese, uma vez que nada impede que a sua lei instituidora assim o tipifique. Mas, a uma leitura teleológica e sistemática do inciso V do art. 8º da Lei n. 11079/2004, não me parece que essa seja a sua vocação genuína.

Discordo da orientação que acolhe a atividade desempenhável pelo fundo garantidor como um serviço prestado ao parceiro privado relativamente às obrigações do parceiro público[22], hipótese que lhe atrairia necessariamente o caráter de atividade econômica em sentido estrito. Tenho para mim que essa visão é incompatível com a *mens* do art. 8º. O fundo garantidor ou empresa

[22] Essa tese é defendida, a propósito do FGP, por MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO. *Comentários*..., p. 339 e ss.

pública criada com fins de garantir obrigações do Poder Público funcionará como um sujeito prestador de serviços tomáveis pela Administração e não pelo parceiro privado. As soluções trazidas pelo art. 8º são a contra-face das garantias de execução que devem ser oferecida pelo parceiro privado por força do inciso VIII do art. 5º. São garantias oferecidas pelo parceiro público ao parceiro privado, sendo este não o tomador do negócio securitário, mas o beneficiário do seguro na hipótese de ocorrência do inadimplemento. Logo, não vejo sentido em aludir à atividade do fundo garantidor como um serviço prestado ao parceiro privado, o que poderia levar à conclusão de que se trata de atividade econômica em sentido estrito. A meu ver, a atividade desempenhada pelos fundos garantidores serão tomadas pela Administração Pública, não podendo assim ser qualificado como um serviço securitário à disposição do parceiro privado.

A concepção do fundo garantidor deve ser admitida, ademais, como uma solução organizacional-estrutural da Administração quanto à configuração de garantias às obrigações assumidas por si em contratos concessórios de desembolso. Da mesma forma que à Administração faculta-se a criação de empresas estatais afetadas à prestação de serviços de apoio à Administração (ainda que isso possa traduzir em alguns casos solução reprovável de um ponto de vista da eficiência), a criação de fundo garantidor com fim específico de prestação de garantias ao parceiro público de PPP configura uma opção estrutural do Estado, de auto-organização do aparelho administrativo para a busca de determinados fins.

Naquilo que diz com os pressupostos à sua instituição, sob a ótica da natureza da atividade, deve-se ter em vista que as atividades de apoio à Administração têm sido historicamente equiparadas à noção de serviço público. Inaplicáveis a elas a exigência de atendimento aos pressupostos do art. 173 da Constituição. Trata-se de aludir que o fundo garantidor que desempenhe atividade de apoio (de cariz não interventor) não estará adstrita à observância daquelas regras[23].

5.3.2 - FUNDO GARANTIDOR COMO PRESTADOR DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO

Não é inviável, entretanto, pensar-se em fundos garantidores que exerçam atividade econômica em sentido estrito. Nesta hipótese, estaríamos diante de fundos que, além de desempenharem atividade securitária à Administração, possuam objetivo especial ampliado, com perspectiva jurídica de

[23] Não se perca de vista que equiparar o fundo garantidor ao regime do serviço público pode suscitar discussões a propósito da *penhorabilidade* de seus bens e da sua submissão ao sistema de precatórios. Isso porque, muito embora tenha o fundo natureza de direito privado, não tem sido incomum o reconhecimento (inclusive pela jurisprudência) acerca da impenhorabilidade de bens que, mesmo titularizados por ente de natureza privada, estejam afetados à prestação do serviço público.

atuação no mercado – oferecendo serviços securitários a terceiros[24]. A hipótese refere-se a fundo garantidor com característica interventora no domínio econômico – explorando atividade econômica mediante a *intervenção por participação*, para usar a taxonomia de EROS GRAU[25] -, o que atrairá a exigência de atendimento aos pressupostos do art. 173 da Constituição.

Penso que, em sendo um fundo criado para desempenhar atividade econômica em sentido estrito, a finalidade de garantir obrigações pecuniárias da Administração Pública em contratos de parceria público-privada reconduz-se à noção de "relevante interesse coletivo" para fins de atendimento dos pressupostos do art. 173 da Constituição.

Note-se, antes, que, pela dicção do art. 173, tem-se que *relevantes interesses coletivos* devem ser definidos por lei. Como a matéria em específico relaciona-se ao campo do Direito Econômico, trata-se aqui de competência legislativa concorrente da União e dos Estados-membros (art. 24, I, CF)[26]. Mas, ainda quando não haja lei federal ou estadual a dispor sobre o tema, de um ângulo do preenchimento da noção de *relevante interesse coletivo* – exame que se presta tanto a fundar diretamente no texto constitucional a (in)viabilidade jurídica em se instituir empresa estatal para atuar (intervir) no domínio econômico[27], como a verificar os limites negativos do legislador infraconstitucional -, parece-me ser induvidoso que a finalidade de prestar garantias a parceiros públicos em contratos de PPP reveste-se de relevância coletiva tal que cumpre a noção jurídica de relevante interesse coletivo. Não é difícil ver-se.

No objetivo de oferecer alguma delimitação à noção jurídica de relevante interesse coletivo, posso considerá-la, dada a sua indeterminação, tanto numa dimensão lata, como noutra mais estreita, conformada pela lógica da subsidiariedade-suplementariedade. Em ambas as cogitações, resulta clara a recondução da hipótese do fundo garantidor ao conceito proposto, inferindo-se a sua constitucionalidade pela adequação ao pressuposto do art. 173 da Constituição.

Suponha-se, por primeiro, que a expressão relevante interesse coletivo, tal com inscrita no art. 173, esteja delimitada pela incidência dos princípios que orientam a ordem econômica, inscritos nos preceitos dos artigos 1º, 3º, 7º a 11, 201, 202, 218 e 219, entre outros – conforme enumeração proposta por EROS GRAU[28]. Trata-se de acolher, aqui, uma dimensão larga do conceito, pela qual ao Estado estaria autorizada a intervenção por participação no domínio econômico

[24] No caso federal, o § 2º do art. 1º do Regulamento do FGP vedou expressamente a prestação de garantia para qualquer outro tipo de obrigação que não as obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em contratos de PPP.
[25] Ver *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 12ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 148 e ss.
[26] Neste sentido é a orientação de EROS GRAU. *A Ordem*..., p. 282.
[27] Para ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO, a hipótese é de reserva absoluta de lei formal, donde a atividade econômica considerada relevante deve vir prevista em lei, "não podendo haver qualquer atribuição de poder normativo para a Administração Pública para tanto". *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 178.
[28] *A Ordem Econômica*..., p. 194.

sempre que se verificasse um objetivo abraçado pelos valores veiculados naquelas normas.

Como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inscreve-se no inciso III do art. 3º a *garantia do desenvolvimento nacional*. Trata-se de uma norma-diretriz a ser observada pelo Estado e que informará a organização da ordem econômica. Deve-se admiti-la, ademais, não apenas como tradução de um objetivo de crescimento econômico (dimensão econômica do desenvolvimento), de simples aumento quantitativo da riqueza ou do produto per capta, mas, para além disso, usando das palavras de HELIO JAGUARIBE, como um aperfeiçoamento qualitativo da economia, *"através de melhor divisão social do trabalho, do emprego de melhor tecnologia e da melhor utilização dos recursos naturais e do capital"*[29]. É norma-diretriz que impõe, além do instrumental objetivo de crescimento quantitativo econômico, o desenvolvimento social, cultural e político da nação: *"o processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário"*[30]. É esta acepção lata e abrangente do *desenvolvimento* que me parece orientar a intervenção estatal dos fundos garantidores de parceria público-privada no domínio econômico. Explico.

As PPPs são instrumentos postos à disposição da Administração Pública para que promova a recuperação, expansão e criação de infra-estrutura pública. Não é novidade que a possibilidade de crescimento do país depende da superação dos gargalos de logística e das deficiências de infra-estrutura. Logo, investimentos urgentes em infra-estrutura são demandados na perspectiva de viabilizar o crescimento sustentado do país. Mas os sistemas convencionais de contratação administrativa no direito brasileiro não mais se apresentavam aptos a oferecer modelos que permitissem a atração e aplicação do capital privado a custos acessíveis com vistas à execução de projetos estruturantes. Uma das deficiências daqueles regimes esteve em desprestigiar as garantias ao contratado, num contexto histórico-evolutivo marcado também por reiterados inadimplementos do Poder Público e interferências políticas modificativas dos contratos. Experimentou-se, a partir daí, a expansão dos custos transacionais e, mais além, o desinteresse do setor privado em contratações com o Poder Público. A hipótese, portanto, de fundos garantidores prestarem-se a garantir as obrigações do parceiro público em contratos de parceria público-privada cumpre um propósito de inegável relevância coletiva. A iniciativa permitirá ao Estado tornar o processo de contratação de grandes empreendimentos públicos mais eficiente e econômico, alcançando-se a adjudicação de propostas sérias e mais econômicas à própria Administração. Trata-se, em última análise, de iniciativa que favorecerá a economia e a eficiência na manipulação dos já tão escassos recursos públicos pela via da contratação administrativa.

Debaixo, então, de uma noção larga de *relevante interesse coletivo*, põe-se, não há dúvida, a atuação interventora dos fundos garantidores de PPP.

---

[29] *Desenvolvimento Econômico e Desenvolvimento Político*, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1972, p. 13.
[30] *A Ordem Econômica*..., p. 216.

Mas, a partir de um enfoque mais restrito, a noção de *relevante interesse coletivo* pode estar associada, no sentido que lhe dá o art. 173, à subsidiariedade do Estado como agente interventor da ordem econômica. Trata-se de compreender que o Estado só poderá intervir à guisa de participação no domínio econômico a partir de um relevante interesse coletivo que o autorize, que surgirá pela ineficiência ou deficiência do mercado verificada em determinados setores. Ainda quando se adote, pois, essa acepção restrita da fórmula "relevantes interesses coletivos", não é difícil concluir pelo enquadramento da atividade desenvolvida pelos fundos garantidores sob seu âmbito.

Talvez aqui seja o caso de recuperar o sentido da *suplementariedade* que marcara o regime interventor (por participação) de empresas estatais ainda durante a vigência da Emenda Constitucional n. 1/69 (§ 1º do art. 170). Com EROS GRAU, seria de acolher as seguintes hipóteses que completariam uma tentativa de sistematização do assunto, tirando-se do caráter suplementar da atuação estatal: (a) a atuação para suprir incapacidade ou falta de interesse momentâneo do setor privado; (b) a atuação para suprir insuficiência da oferta de determinados bens ou serviços; (c) a atuação para cobrir situação de monopólio de fato; e (d) a atuação para implementar a função social da propriedade (empresa) e a promoção do pleno emprego[31].

Consideradas estas atuações estatais vocacionadas a cumprir uma intervenção meramente suplementar da ordem econômica, a hipótese do fundo garantidor de PPPs dedica-se a suprir incapacidade ou falta de interesse momentâneo do setor privado e uma insuficiência da oferta de determinados bens ou serviços.

É fato que não há no setor privado oferta de serviços securitários acessíveis a garantir obrigações do Poder Público assumidas em relação jurídico-contratual. O elevado risco político que pesa sobre a Administração, associado a um histórico de práticas de inadimplemento e do uso excessivo de interferências jurídicas imperativas no âmbito de contratos administrativos, inibiu a criação de um mercado securitário dirigido a atender a prevenção quanto à materialização de contingências relacionadas a inadimplementos (inclusive pecuniários) do Poder Público. São raras ou inexistentes ofertas de serviços desta natureza pelo mercado nacional. Mesmo no exterior é incomum que o setor privado contemple a prestação de serviços desta espécie, cabendo referir ao *MIGA – Multilateral Investment Guarantee Agency* e ao OPIC – *Overseas Private Investment Corporation*, como algumas das poucas entidades que se especializaram numa modalidade de concessão de seguro contra *risco político* (*political risk insurance*) e risco de quebra contratual (*breach of contract/contract frustration*).

A considerar, assim, o interesse relevante do Estado em adquirir serviços desta natureza, buscando assegurar às suas contratações de parceria melhores condições econômicas, afigura-se lícita a intervenção estatal, através de fundo

[31] Mas o jurista reconhece que a noção de *relevante interesse coletivo*, assim como veiculada pela Carta de 88, é bem mais ampla do que a atinente ao caráter suplementar da atuação estatal, vigente na Emenda Constitucional n. 1/69. *A Ordem*..., p. 285.

garantidor, dedicada a suprir ou suplementar a prestação desses serviços pelo mercado.

De todo o modo, a configuração subjetiva do fundo, afetando-o ou não ao exercício de intervenção no mercado, dependerá da disciplina que lhe for aplicável pela lei e pelo regulamento aplicável.

Vale agregar, por fim, que no escopo do fundo garantidor pode incluir-se não exclusivamente a prestação de garantias diretamente ao parceiro privado em contratos de PPP, mas, ainda, a prestação de contra-garantias a entidades seguradoras e organismos multilaterais que garantam as obrigações dos entes cotistas desses fundos. Essa possibilidade veio prevista no § 1º do art. 23 do Regulamento do FGP – criado por norma federal. Trata-se de caso em que, por razões econômicas e mercadológicas, seja mais conveniente a formatação de uma garantia cruzada à instituição que garantirá as obrigações do parceiro público. Não será improvável que ao mercado tornem-se mais palatáveis, por exemplo, garantias (às obrigações dos parceiros públicos) prestadas por entidades seguradoras independentes ou organismos multilaterais, comparativamente à hipótese de prestação direta de garantia pelo fundo garantidor. Neste caso, bem sopesadas as vantagens e desvantagens desta formatação (o que envolveria aparentemente um custo adicional correspondente à remuneração da instituição seguradora independente), poderia ser configurada uma modalidade de contra-garantia prestada pelo fundo garantidor à instituição seguradora no objetivo de mitigação dos custos incidentes à operação securitária, ou mesmo como atendimento a uma exigência para a viabilidade do negócio.

5.4 - A CONSTITUCIONALIDADE DO FUNDO GARANTIDOR DE PPP

Caracterizados em traços genéricos os fundos garantidores de PPP previstos no inciso V do art. 8º da Lei Geral de PPP, passo a deter-me, mais particularmente, sobre a sua constitucionalidade.

Retomo, nesse passo, duas oposições que têm sido levantadas a propósito da inconstitucionalidade dos fundos garantidores de PPP: (a) necessidade de lei complementar à sua instituição; e (b) ofensa ao artigo 100 da Constituição Federal, por investir contra o sistema de precatórios.

5.4.1 - A PRIMEIRA OPOSIÇÃO: SUPOSTA EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR PARA A INSTITUIÇÃO DE FUNDO GARANTIDOR

A primeira oposição pretende estribar-se na letra do inciso II do § 9º do art. 165, que prescreve competir à lei complementar estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial de administração direta e indireta, bem como *condições para a instituição de funcionamento de fundos*.

Deve-se ter claro, desde logo, que o inciso V do art. 8º não tem a função de instituir fundo, muito menos de disciplinar condições para funcionamento de fundos. Trata-se apenas de uma regra com cunho *declaratório*, na acepção de declarar a viabilidade jurídica - já albergada pelo ordenamento - quanto à implementação de fundos garantidores[32]. É esta a sua função dentro do catálogo de hipóteses meramente *exemplificativas* relacionadas no art. 8º da Lei n. 11079/2004.

Sua exegese, todavia, tem ensejado o desenvolvimento de teses a propósito da inconstitucionalidade em se instituir, a partir da edição de lei ordinária, fundo garantidor. A tese pretende alcançar, sobretudo, a criação do FGP – Fundo Garantidor de PPP, previsto na parte especial (federal) da Lei.

A análise do problema deve partir de uma interpretação gramatical da letra do inciso II do § 9º do art. 165, seguindo-se de uma interpretação lógico-sistemática do texto constitucional, tirada da contraposição entre as normas do inciso II do § 9º do art. 165 e do inciso IX do art. 167.

Ocupo-me, primariamente, de uma interpretação eminentemente gramatical daquele dispositivo.

Neste domínio, noto que a fórmula *condições para a instituição e funcionamento de fundos* fixada pelo dispositivo não deixa dúvidas quanto ao caráter genérico da disciplina posta sob a competência do legislador complementar. Reserva-se-lhe competência para a disciplina sobre a instituição e o funcionamento dos fundos em geral, sendo que, uma vez obedecido ao disposto em lei complementar, leis ordinárias poderão delinear hipóteses específicas de fundos. Ora, dispor acerca de *condições* para instituição de fundos não é o mesmo que dispor sobre instituição concreta e particular de certo fundo (ou autorizar legislativamente a criação de fundos).

Essa orientação é compatível com a interpretação lógico-normativa da Constituição. Ao mesmo tempo em que o texto constitucional reserva à competência do legislador complementar a disciplina acerca das *condições para a instituição e funcionamento de fundos* (inciso II do § 9º do art. 165), prescreve explícita vedação, no inciso IX do art. 167, à instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia *autorização legislativa*. Desponta clara a distinção assinalada pelo texto constitucional entre disciplinar as *condições para instituição* e *funcionamento* dos fundos – matéria reservada à lei complementar – e *autorizar legislativamente* a *instituição de fundos* – autorização por lei ordinária. Novamente aqui se recorre ao postulado hermenêutico que orienta não se presumir a inutilidade das palavras da lei, para dizer que, estivesse compreendida na abrangência da competência do legislador complementar (fixada pela letra do inciso II do § 9º do art. 165) a instituição propriamente de fundos, razão alguma haveria para a veiculação da regra do inciso IX do art. 167.

[32] É induvidosa a inexistência de óbice jurídico a que fundos garantidores (dotados de personalidade jurídica) sejam configurados pela via legislativa.

É conclusivo, pela leitura lógico-normativa daquelas normas, que à lei complementar reservou o legislador constitucional a disciplina acerca de condições genéricas ao funcionamento e instituição de fundos, não impedindo que sua instituição seja produzida por ato estatal de natureza diversa, desde que precedido de autorização legislativa (lei ordinária).

Parece ser essa orientação acolhida pelo Supremo Tribunal Federal[33]. É neste sentido a observação do então Minstro NELSON JOBIM, que, por ocasião do julgamento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 1726/DF, assinalava que *"o argumento de fundo do art. 165, § 9º, inciso II, dispõe, efetivamente, que se exige lei complementar para se estabelecer condições para instituição e funcionamento de fundos. Não se estabelece, evidentemente, que a criação do fundo vá se fazer por lei complementar, ou seja, o próprio sistema autorizaria a criação de fundos por decretos do Executivo, desde que antecedido de autorização legislativa".*

Note-se, ademais, que as *condições para a instituição e funcionamento de fundos* é matéria já regulada por lei complementar, particularmente pela Lei n. 4320/64, que, recepcionada pela Constituição de 88 como lei complementar, traz explicitamente, nos artigos 71 a 74, disciplina (sobre aspectos fiscais) acerca do funcionamento e instituição de fundos especiais[34].

Portanto, a previsão contida nos incisos II e V do art. 8º da Lei n. 11079/2004 deve ser compreendida a partir da regulação de fundos pelas referidas leis complementares. A tese, então, que vê na letra dos incisos II e V do

[33] Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 1.061, de 11.11.97 (Lei Nº 9.531, De 10.12.97), que cria o Fundo de Garantia para Promoção da Competividade - FGPC. Alegada violação dos arts. 62 e par. único, 165, II, III, §§ 5º, I e III, e 9º, e 167, II e IX, da Constituição. 1. A exigência de previa lei complementar estabelecendo condições gerais para a instituição de fundos, como exige o art. 165, § 9º, II, da Constituição, está suprida pela Lei nº 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 nº 9.531/97, é fundo especial, que se ajusta à definição do art. 71 da Lei nº 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. 2. A exigência de prévia autorização legislativa para a criação de fundos, prevista no art. 167, IX, da Constituição, é suprida pela edição de medida provisória, que tem força de lei, nos termos do seu art. 62. O argumento de que medida provisória não se presta à criação de fundos fica combalido com a sua conversão em lei, pois, bem ou mal, o Congresso Nacional entendeu supridos os critérios da relevância e da urgência. 3. Não procede a alegação de que a Lei Orçamentária da União para o exercício de 1997 não previu o FGPC, porque o art. 165, § 5º, I, da Constituição, ao determinar que o orçamento deve prever os fundos, só pode referir-se aos fundos existentes, seja porque a Mensagem presidencial é precedida de dados concretos da Administração Pública, seja porque a criação legal de um fundo deve ocorrer antes da sua consignação no orçamento. O fundo criado num exercício tem natureza meramente contábil; não haveria como prever o FGPC numa Lei Orçamentária editada nove antes da sua criação. 4. Medida liminar indeferida em face da ausência dos requisitos para a sua concessão, não divisados dentro dos limites perfunctórios do juízo cautelar. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 1726/DF Min. Relator Maurício Corrêa**;** Julgamento em 16/09/1998.

[34] JOSÉ AFONSO DA SILVA nota que "ao surgir uma constituição, como a nossa, muitas das leis referidas em suas normas de eficácia limitada já existem, e isso tem importância prática, porque tais leis preexistentes, integrativas, não poderão mais ser revogadas pura e simplesmente, pois, aí, se terá uma atividade legislativa inconstitucional e sujeita ao controle jurisdicional". *Aplicabilidade*..., p. 129.

art. 8º invasão da competência do legislador complementar parece-me excessiva, pois desconsidera o fato de que já existem leis complementares que, atendendo à missão constitucional, veiculam *condições para a instituição e funcionamento de fundos*[35].

Mas é possível ir além para sustentar que a inexistência de lei complementar disciplinadora das "condições" para a instituição e funcionamento dos fundos não eliminaria a possibilidade da criação de fundos, desde que precedidos de autorização legislativa. Parece-me, assim como já referido acima, que, ainda que se trate a norma do inciso II do § 9º do art. 165 de uma norma constitucional de eficácia limitada, postula lei integrativa para apenas para certos efeitos secundários, não impedindo que a instituição de fundos possa proceder-se – o que se tira de outros dispositivos constitucionais, como pela interpretação a *contrario sensu* do inciso IX do art. 167.

Então, será lícita, como vejo, e compatível com a Constituição, a criação de fundos pela Administração devidamente precedida de leis ordinárias autorizativas.

5.4.2 - A SEGUNDA OPOSIÇÃO: SUPOSTA OFENSA AO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO

Uma outra tese que toma por inconstitucional a hipótese do fundo garantidor de PPP gira pela ofensa ao artigo 100 da Constituição Federal[36], por investir contra o sistema de precatórios. Esta posição é veementemente advogada por KIOSHI HARADA e LUIZ TARCÍSIO TEIXEIRA FERREIRA. Na voz desse autor, *"não é lícito ao Estado criar entes da sua Administração indireta, sobretudo se prestadores de serviços públicos, para subtrair-se ao seu regime próprio, o regime de direito público, que implica também sujeição ao processo constitucional de execução previsto no art. 100 da Constituição da República. É-lhe interdito mascarar-se de empresa privada com o fito específico de poder oferecer bens e receitas públicos em garantias de PPP, como se de patrimônio privado se tratasse, renunciando ao seu regime constitucional. Se assim fosse, a qualquer tempo o Estado poderia travestir-se de pessoa privada ou pública e invocar ora o regime de direito privado, ora o público, quando lhe apetecesse, o que seria rematado disparate"*[37].

---

[35] O afirmado aqui se presta a afastar, ainda, uma inferência que tem sido feita a propósito de uma suposta invalidade do FGP – Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – definido e disciplinado pelos art. 16 a 21 da Lei n. 11079/2004. Nada há de ilegal ou inconstitucional na criação e regulamentação do FGP por lei ordinária, pois que veicula uma regulação de aspectos particulares do fundo, respeitados os limites configurados pela lei complementar (Lei n. 4320/64).

[36] Art. 100 - À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

[37] *Parcerias Público-Privadas – Aspectos Constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 182. Ver também MOTTA, Paulo. "Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas". *In Interesse Público* n. 7. São Paulo: Nota Dez, 2005.

A tese vê na dicção do inciso V do art. 8º e na previsão do FGP pelo art. 16 e seguintes *desvio de poder legislativo*, porquanto nasceram *"de inequívoco e confessado propósito do legislador federal de contornar, por elas, as disposições constitucionais do processo de execução contra a Fazenda Pública constante do art. 100 da Carta Constitucional de 1988, a fim de assegurar aos parceiros privados o recebimento das obrigações pecuniárias dos entes públicos"*[38]. Esta técnica – diz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO – ofende o princípio da igualdade*: "É que todos os demais credores, inclusive os que se encontram na interminável fila de aguardo dos pagamentos de precatórios atrasados, seriam preteridos em favor de megaempresários, os superprotegidos "parceiros" e seus financiadores"*[39].

Tal como formulado, o raciocínio envolve duas teses: (i) *desvio de finalidade* na criação de unidade administrativa de direito privado, que teria sido concebida como uma via para atrair um regime de direito privado (sistema de execução convencional) a uma hipótese em que se exige um regime especial público (sistema de precatório); (ii) *infração à isonomia* por propiciar a certos credores (parceiros privados) uma via alternativa à execução especial pelo sistema do precatório, alcançando a satisfação de seu crédito mediante a execução ao fundo garantidor.

Com o máximo respeito aos argumentos que dão corpo a estas teses, a hipótese do fundo garantidor não retrata, sob qualquer ângulo, infração ao art. 100 da Constituição Federal. É uma hipótese lícita de criação de unidade administrativa de direito privado para atuar no interesse da Administração, legitimada pelo exercício da auto-organização do aparelho administrativo. Pretenderei demonstrar, a seguir, que a hipótese não rivaliza com o texto constitucional; ao contrário, compreende-se num espaço jurídico de auto-organização administrativa conformado pela Constituição. De resto, cumpre um relevante interesse nacional, rumado à trilha do *desenvolvimento*.

Um ponto de partida ao enfrentamento destes argumentos deve ser fixado no terreno das formas de organização do aparelho administrativo, erguendo-se uma indagação fundamental acerca dos limites impostos às técnicas jurídico-privadas como forma de organização estrutural da Administração.

É induvidoso que o Estado goza de autonomia política de auto-organização, conferida pela Constituição. Neste domínio, respeitados os limites impostos pelo texto constitucional (incisos XIX[40] e XX[41] do art. 37), poderão ser instituídas unidades administrativas dotadas de personalidade jurídica de direito privado, com vistas a cumprir uma certa política de estruturação e organização do aparelho administrativo, que tem raízes na discricionariedade estatal (entendida como a discricionariedade do legislador e do administrador).

---

[38] *Parcerias*…, p. 182 e 183.
[39] *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 775.
[40] "Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação".
[41] "Depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada".

Ao constitucionalizar a distinção entre Administração direta e Administração indireta, assim como as figuras da empresa pública e da sociedade de economia mista, configuradas pelo Decreto-lei 200/67, a Carta de 88 acolhe a viabilidade do Estado recorrer a formas organizacionais de direito privado. Delega, ainda, à própria Administração, sob a chancela do legislador infraconstitucional, a escolha política sobre o perfil estrutural e organizacional da Administração, permitindo-lhe, por exemplo, prestar a atividade do serviço público *diretamente* (mediante órgãos despersonificados integrados em sua estrutura central) ou *indiretamente* (por meio de entidades personificadas, notadamente de cunho empresarial e de natureza jurídico-privada). Quando o legislador autoriza a criação de entes empresariais estatais para (por exemplo) prestar o serviço público, atrai à hipótese todo um regime jurídico híbrido, marcado também por normas de direito privado, bastante diferenciado do regime da prestação direta.

Não seria errado pontuar que essas escolhas pressupõem todo um regime jurídico diferenciado que norteará o desenvolvimento daquelas atividades sob a roupagem jurídico-privada (numa avaliação comparativa com o regime jurídico-público). Assim, uma decorrência da escolha do formato de prestação indireta de serviços públicos comparativamente ao modelo da prestação direta está em submeter credores de dívidas vencidas por sentença judicial contra a entidade administrativa empresarial ao sistema convencional de execução civil, distanciado do regime de precatórios imposto à conta de situação análoga em face da Administração direta. Este um aspecto a ser considerado pelo administrador e pelo legislador no momento em que define afetar um ente integrado na sua Administração indireta à prestação do serviço público.

Fato é que essas escolhas guiam-se por razões políticas e econômicas, que consideram a eficiência, a agilidade e a mobilidade da ação administrativa em busca dos fins do Estado, agindo em certo setor (na atuação empresarial). Aliás e historicamente, são precisamente essas as razões precípuas que conduziram a Administração, em diversos países do mundo, a optar por formas de direito privado. Com lembrado por ENTERRÍA e FERNANDEZ, o uso inicial pelo Estado das técnicas mercantis na Espanha (originariamente, de uma forma ocasional e esporádica) demonstraram "a utilidade que apresenta para a Administração a adoção de uma roupagem mercantil para a gestão de atividades industriais e comerciais, especialmente porque libera imediatamente dita gestão das limitações de Direito Público e porque supõe acolher-se a umas técnicas (contábeis, de administração, de relação com o pessoal, de atuação no mercado) que têm provado, com sobras, sua eficácia no seio da economia capitalista"[42]. Não foram outras as motivações ao caso brasileiro, que resultaram na implementação do ciclo gerencial de 1967, consolidado pela edição do Decreto-lei 200/67.

Subjacentemente a este debate, a teoria das formas de organização da Administração experimentou o exame dos limites oponíveis à discricionariedade estatal no uso de formas de direito privado. Essa discussão fecundou-se intensamente na doutrina alemã, onde parece ter prevalecido historicamente um

[42] *Curso de Derecho Administrativo*. Vol 1. 10.ª ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 417. Mas os autores advertem os excessos incorridos historicamente pelo Estado no uso da forma jurídico-privada como via de atuação.

princípio de *liberdade* da escolha quanto às formas de organização da Administração (quanto ao uso de técnicas de direito público ou privado)[43]. Como afirma HARTMUT MAURER, observadas certas vinculação jurídico-públicas, a Administração tem liberdade de produzir suas prestações com base em formas jurídico públicas ou jurídico-privadas. E esta liberdade diz também respeito às *formas de organização* da instalação[44].

O direito nacional conheceu também o princípio da liberdade das formas de organização administrativa, observados os limites constitucionais. Nada impede, pois, que a lei altere a estrutura administrativa estatal a partir da introdução de novos entes dotados de personalidade jurídica de direito privado, afetando-os a certos objetivos de interesse público. Estes objetivos podem revelar a execução de serviços públicos (objeto de vocação de empresas públicas ou sociedades de economia mista), de serviços sociais (objeto de vocação de fundações, por exemplo), de atividade econômica em sentido estrito (objeto de vocação de empresas públicas ou sociedades de economia mista) e de atividades de apoio à própria Administração (objeto de vocação de empresas públicas, entes autárquicos ou fundacionais). Contrariamente ao que se passa com o desempenho de atividade econômica em sentido estrito, que exige para a sua execução obediência aos pressupostos inscritos no artigo 173 ou no art. 177 da Constituição, a opção pela prestação estatal do serviço público por unidade administrativa descentralizada ficará à conta de exercício discricionário e político do legislador e da Administração. Para opção pela descentralização de atividades de apoio empresta-se a mesma conclusão (uma vez que não há intervenção no domínio econômico, não se caracterizando então, para fins de sujeição aos pressupostos do art. 173[45], como atividade econômica em sentido estrito).

Deve-se agregar, ainda, que os esquemas organizacionais da Administração hoje conhecidos pelo direito positivo não são definitivos, na acepção de não ser inviável a configuração legislativa de entes jurídicos dotados de peculiaridades desconhecidas presentemente do direito posto. Uma vez não existir no texto constitucional delimitações e esquemas definitivos quanto à estrutura administrativa (que retrata a encampação da estruturação organizacional prescrita pelo Decreto-lei 200/67), nada impede que lei ordinária introduza novos sujeitos de direito, integrando-os na esfera da Administração Pública. Esta advertência foi relevantemente proposta por MARÇAL JUSTEN FILHO, que anotou ser um profundo equívoco reduzir a dimensão das modalidades organizacionais de Administração indireta apenas aos esquemas contidos no Dec.-lei n. 200: *"Outras modalidades de entidades estatais poderão surgir, produzidas a partir da inovação legislativa. O regime jurídico a ser aplicado dependerá das características que forem impressas às novas entidades pelo legislador, o qual dispõe de acentuada autonomia em face da disciplina constitucional vigente"*[46].

---

[43] Como aprofunda MARIA JOÃO ESTORNINHO. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 190.
[44] *Direito Administrativo Geral*. São Paulo: Manole, 2006, p. 9 e 10.
[45] "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".
[46] *O Direito das Agências Reguladoras Independentes.* São Paulo: Dialética, 2002, p. 391.

Logo, a criação de fundos garantidores, como um ente dotado de personalidade jurídica própria e com vocação assemelhada a de uma empresa pública que presta atividades de apoio à Administração (ou atividade econômica em sentido estrito), é admitida pelo ordenamento constitucional, e se apresenta como uma técnica de gestão organizacional estatal.

A questão que deve ser aprofundada repousa sobre os limites da discricionariedade estatal na hipótese – supondo-se a criação de um ente descentralizado vocacionado a prestar garantias a certa classe de contratantes -, visualizada pela lente do desvio de poder legislativo e administrativo por infração imediata ao sistema de precatórios e, mediata, ao princípio da isonomia.

Neste enfrentamento, parte-se da evidência de que o texto constitucional, ao mesmo tempo em que erigiu um sistema específico de pagamento de débitos vencidos (e em execução) em face da Fazenda Pública, derrogatório da disciplina vigente no direito privado, admitiu a criação estatal de unidades administrativas de direito privado. Se é verdade, portanto, que o regime de precatório deve se impor a todos os casos que envolvam a Fazenda Pública diante da situação-hipótese, é certo também que, ao admitir a existência de entes administrativos de direito privado, acolheu a Constituição a hipótese em que bens públicos, trasladados ao domínio de um ente de direito privado – tornando-se daí bens privados -, passem a constituir o patrimônio de uma pessoa privada, e, por conseguinte, a submeter-se a uma disciplina distinta do regime dos precatórios. Admitiu o texto constitucional, assim, que os credores destes entes administrativos privados constituídos pelo patrimônio público transferido de uma pessoa pública façam uso da execução civil como via de satisfação de seu crédito.

É da própria Constituição, então, que se apanham essas duas posições a propósito da sistemática da execução de créditos contra a Administração Pública (tomada a expressão aqui num sentido abrangente): a submissão dos credores da Fazenda Pública ao regime de precatórios e a submissão dos credores de unidades administrativas de direito privado à execução civil - ainda que estas sejam criadas e constituídas a partir da segregação de patrimônio originário da Fazenda Pública. Não há nenhuma fuga do regime público nisso ou qualquer infração à isonomia; há, sim, duas posições constitucionalmente reconhecidas, que se põem como conseqüências de escolhas do administrador e do legislador, valendo-se de técnicas de organização do aparelho estatal.

O fato de um fundo garantidor responder à guisa de garantia por certas obrigações pecuniárias da Administração na qualidade de parceiro público em contrato de parceria público-privada não desafia o regime de precatórios, uma vez que aquele tem natureza jurídica de direito privado, não estando a ele submetido.

Deve-se notar que o regime da execução especial em face da Fazenda Pública pela sistemática do precatório não é uma técnica de nivelar todos os credores da Administração Pública, mas apenas de impor previsibilidade, organização e isonomia aos titulares de créditos *em execução* em face da Fazenda Pública. É uma técnica excepcional, que só se realiza uma vez infirmada a presunção de adimplemento espontâneo dos débitos públicos. A finalidade de

obediência à ordem de precatório contém-se, assim, nos limites de seu âmbito de aplicação. Desde que se verifique um crédito *retratado na execução de uma sentença judiciária em face da Fazenda Pública*, obedecer-se-á, quanto ao seu pagamento, a ordem cronológica de apresentação, mediante a inclusão do debito no orçamento.

O sistema de precatórios é um procedimento de *execução especial* em face da Fazenda Pública, originado especialmente de uma necessidade de controle sobre a aplicação dos recursos públicos - que não poderiam sofrer apreensão brusca, à margem do orçamento, sob pena do sacrifício de investimentos relevantes ao interesse coletivo - mas também com vistas a assegurar uma ordem cronológica de apreensão dos créditos titularizados em face da Fazenda Pública[47], evitando-se favoritismos e privilégios ao arbítrio da vontade da Administração naquele domínio. A ordenação cronológica destes pagamentos é uma conseqüência da necessidade de se ter uma técnica precisa de organização dos pagamentos no nível do orçamento. As pessoas administrativas de direito privado, por exemplo, não estão a ele submetidas porque sua estrutura organizacional não exige procedimento desta natureza.

Assim e no que refere às pessoas públicas, se há créditos que não chegam ao procedimento de execução – ou, mais precisamente: que não ultrapassam a fase da condenação judicial -, não lhes é imposta a sistemática dos precatórios, permitindo-se sua gestão pela Administração sem que isso importe infração ao princípio da isonomia em relação a credores que desaguaram na necessidade de execução contra a Fazenda. Não se deve perder de vista a presunção de pagamento espontâneo dos débitos públicos. Sugerir que débitos da Fazenda não poderiam ser pagos ainda antes da condenação judicial em homenagem à ordem dos precatórios é admitir uma extensão que esse regime (dos precatórios) obviamente não tem. Eventualmente, a economicidade imposta à Administração imporá o adimplemento de obrigações vencidas[48] antes que seja ajuizada ação judicial ou mesmo execução (desde que antes da condenação)[49].

Daí que o desvio de fim cogitado pela tese aqui analisada não está propriamente em evitar o sistema de precatórios a certos credores pela existência

---

[47] Ver VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 161 a 163.

[48] Como defende ROMEU F. BACELLAR FILHO, "A Administração pode celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicariam o bom andamento de suas atividades". *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 193.

[49] Refira-se à ponderação de EDUARDO TALAMINI quanto à possibilidade da Fazenda cumprir espontaneamente o mandado monitório na hipótese de ser ré em ação monitória: "O cumprimento espontâneo do mandado monitório, naqueles casos em que a Fazenda ré constata não proceder a sua postura de inadimplemento, é perfeitamente possível. Nesse momento, ainda não há condenação da Fazenda Publica. O mandado monitório é a última oportunidade que se dá ao réu para pagar, antes ainda da formação do título executivo. Portanto, o cumprimento do mandado pela Fazenda não viola o regime dos precatórios. Então, se a Administração sabe que não tem razão, sabe que deve, convém que ela cumpra o mandado monitório – inclusive porque isso lhe trará uma vantagem, que é a isenção de custas e honorários. "A (In)disponibilidade do Interesse Público e suas Conseqüências Processuais", *In Curso de Direito Administrativo* (coord. Marcelo Harger). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 426.

do fundo garantidor, mas em desestimular a *execução* do débito em face da Fazenda Pública, uma vez criada a possibilidade de executar-se diretamente o fundo garantidor. Ou seja: alude-se a que seria anti-isonômico uma decisão que visasse desestimular certos credores de contratos específicos contraídos com a Administração à execução em face da Fazenda mediante a técnica dos fundos garantidores. O sistema de precatórios segue sendo aplicável a estes créditos, mas se cria uma via alternativa de realização do crédito independentemente de execução da pessoa pública.

Portanto, sempre que um sujeito detiver um crédito *em execução* em face da Fazenda Pública, *inclusive o parceiro privado de contrato de PPP possuidor de garantias oferecidas pelo fundo garantidor*, estará submetido ao sistema de precatórios. Mas isso não impede a Administração de, verificados certos pressupostos, adotar técnicas de *garantias* a seus parceiros contratuais, cuja posição jurídica autorize providência desta natureza. Tal pode decorrer da aplicação do princípio constitucional da eficiência. Eventualmente, o estabelecimento de garantias ao contratado pode constituir uma via de arranjar certo ajuste contratual de modo mais econômico (e eficiente) ao Erário.

A hipótese deve ser tratada como uma decorrência do princípio de liberdade de estipulação dos contratos administrativos, que possibilita à Administração fazer uso (no âmbito residual que lhe deixa a moldura normativa fixada pela aplicação de regras, princípios e diretrizes) de uma decisão negocial, que se orienta, em última análise, por critérios *econômicos*, sensíveis ao mercado. Assim, é lícito oferecimento de garantia a certa classe de contratos, buscando-se soluções mais econômicas à Administração, sem que isso retrate uma infração ao art. 100 da Constituição[50]. E não há qualquer ilicitude em buscar meios e técnicas jurídicas adequadas a satisfazer a exigência de mercado neste particular, no propósito de atender a uma necessidade relevante da Administração. Em muitos casos, o oferecimento de uma garantia contratual pela Administração pode ser uma condição de factibilidade à realização de certa contratação, por tratar-se de uma exigência mercadológica.

O regime contratual não deve ser insensível ao mercado, desconsiderando a sistemática de incentivos que informa o contrato. Se certa parceria com o setor privado pode retratar uma solução relevante ao interesse coletivo – como a PPP, que se impõe modernamente como uma técnica imprescindível para a implementação de projetos estruturantes no país -, é necessário modelar uma estrutura de contrato capaz de adequar-se à lógica do mercado-parceiro. Trata-se de cumprir os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade no exercício da atividade contratual da Administração.

[50] Na ótica dos mercados, se a exigência de garantia em face dos particulares em geral impõe-se como meio de reduzir os riscos de escassez patrimonial a responder por eventual inadimplemento, sua exigibilidade relativamente à Administração busca resolver não propriamente um problema de solvabilidade, mas de não-efetividade na realização do crédito (o que envolve a problemática do regime de precatórios).

A hipótese do fundo garantidor, neste aspecto, retrata uma iniciativa em reduzir os custos transacionais e alcançar uma modelagem econômica mais eficiente à própria Administração.

Um exemplo permite compreender bem o raciocínio. Figure-se hipótese em que a Administração Pública está formulando um ajuste contratual para a aquisição de um serviço cujo preço está fixado em X. Se restar integrada no negócio uma *garantia* ao contratado, de modo a reduzir a insegurança precificada no valor ofertado, o preço reduz-se para X-Y. Mas a Administração, para fins de alcançar esta redução, terá de contratar no mercado securitário um seguro-garantia (cujo beneficiário será o contratado), o que lhe custará Z. Se Z for menor do que Y, há economia para a Administração na contratação da garantia, sendo esta, então, uma solução imposta pela aplicação do princípio da eficiência.

O que se passa é que a experiência com reiterados inadimplementos contratuais da Administração, associada a um pouco efetivo regime de pagamentos de débitos públicos em execução (regime do precatório), produziu um custo transacional excessivamente alto (Y), que se reflete, também, no custo do serviço securitário (Z). Não seria temerário dizer que, considerado o quadro de incertezas que caracteriza certos negócios administrativos, em muitos casos, esses serviços sequer estarão disponíveis no mercado. A hipótese do fundo garantidor é concebida então como técnica para viabilizar a contratação de uma PPP, tornando-a mais econômica a partir também da redução do custeio de Z.

A solução normativa pela *garantia* contratual através de fundos garantidores cumpre, assim, o princípio da eficiência, apta a produzir benefícios econômicos ao Estado. Então, não é adequado compreender a temática dos fundos garantidores como uma técnica de prestigiar certos credores em detrimento de outros, mas, sim, de estruturação de uma solução negocial juridicamente viável e de interesse nacional - e que, de resto, prestigia a economia aos cofres públicos.

Avance-se para rejeitar a tese que veria ofensa à isonomia na configuração de instrumentos de garantias contratuais a *certas classes de contratantes/credores*.

É preciso, quanto a isso, fazer uma correção terminológica, com implicações na definição do problema de fundo. A criação do fundo garantidor não importa na criação de hipótese de garantia a certa classe de *contratado-credor*, mas a certa classe ou categoria de *contrato*. Essa advertência não decorre apenas de um modo de ver o problema, mas de um modo de compreendê-lo.

À Administração não está proscrita a possibilidade de oferecer *garantias* em contratos administrativos em geral. Pode, inclusive, como penso, configurar essa decisão caso a caso, a depender do tipo de contrato, porte e dimensão da operação econômica que lhe é subjacente (critérios objetivos de análise). Esta decisão estará, no mais das vezes, informada pelos cacoetes do mercado em que se produz a operação contratual. Volto aqui ao exemplo do mercado de locações: a exigência de garantia fidejussória à figura do locatário é uma imposição desse

mercado. Se a Administração pretender contratar a locação de imóvel na condição de locatária, poderá ser compelida a oferecer garantia (pessoal) oferecida por terceiro como condição a viabilizar o ajuste (ainda que se considere a presunção de solvência da Fazenda). Assim se passa com outros mercados.

O contrato, portanto, há de ser compreendido como uma técnica para a realização de operações econômicas, que se efetiva e produz seus efeitos próprios dentro de certos mercados. Estes, que funcionam sob a lógica da racionalidade econômica, têm cacoetes próprios, que se erguem de suas especificidades e produzem a sua setorização. Disso se infere não haver uma lógica de isonomia que nivele todos os setores do mercado – e nem poderia haver, pois responde, cada qual, a necessidades e exigências distintas. A racionalidade do contrato não pode ser insensível aos aspectos idiossincráticos dos mercados, sob pena de destituir-se de efetividade como um instrumento à realização *eficiente* de operações econômicas.

Assim, a decisão por revestir certo ajuste de garantia contratual será também uma decorrência do mercado. E nada há de anti-isonômico numa decisão desta natureza, supondo-se que outras classes de contratados não têm merecido o mesmo "benefício" da Administração.

A atividade contratual da Administração deve ser entendida como uma técnica pautada prevalentemente pela *economicidade*, justificando-se, nesta missão, certos fatores de *discrimem*. Desde que obstados os favoritismos e a parcialidade, a isonomia não é um valor que autorize afastar solução negocial mais vantajosa à Administração. O princípio da isonomia deve reger a atividade contratual da Administração *a partir* de escolhas guiadas pela economicidade[51].

Nada impede, então, que o direito, pressupondo já as necessidades e especificidades econômicas dos mercados setorializados, configure modalidades

[51] Assim e por exemplo, a Constituição consagra o *princípio da licitação*, que favorece fortemente a isonomia, traduzida na igualdade de oportunidade aos administrados na contratação com o Erário. Mas admite o seu afastamento nos casos em que o desenvolvimento material da licitação desequilibre a relação custo-benefício que a justifica. Assim é que a Lei n. 8666/93 consagra em seu artigo 24 (inciso I) a *dispensa* da licitação para contratos de pequeno valor. Isso não equivale a admitir escolhas arbitrárias ou contaminadas de favoritismos ou parcialidade, mas traduz o entendimento de que não se pode em homenagem à radicalização da isonomia produzir-se contratação destituída de economicidade. Em outras palavras: a hipótese da contratação direta por valor reduzido (que envolve certa discricionariedade) não infringe o *direito à competição* dos potenciais ofertantes ao contrato ou o *direito à licitação*.
Outro exemplo poderia ser figurado. Cogite-se o interesse da Administração na construção de uma ponte. Em estudo técnico que envolveu também a análise da economicidade, decidiu-se por certo projeto que exige técnicas sofisticadas de construção. Com isso, consideradas as exigências de qualificação técnica (devidamente proporcionadas ao projeto), elimina-se da disputa 70% do mercado nacional. Perde-se na competitividade do mercado, mas, ainda assim, alcançam-se resultados econômicos mais favoráveis à contratação (pelo uso de tecnologia específica). Seria possível, em homenagem à isonomia e ao universo de ofertantes, pretender a reformulação do projeto com a modificação da solução técnica concebida, mesmo que essa tenha se mostrado mais econômica à Administração? Parece certo que não. É que a isonomia não tem, na hipótese, o alcance de guiar as escolhas da Administração, mas apenas o efeito de impedir tratamentos discriminatórios a partir da definição de certa opção de projeto.

de contratos (vocacionadas a atender certos mercados) marcadas pela possibilidade de instituição de técnicas de garantias, parametrizadas normativamente com base na repercussão de seus efeitos econômicos nestes ambientes.

Foi precisamente isso que ocorreu com o tipo da PPP, configurado normativamente com o acolhimento de instrumentos de garantias contratuais ao parceiro privado. A justificação por esta opção legislativa esteve no reconhecimento de exigências do mercado de infra-estrutura que, por envolver projetos de larga dimensão e de diuturna execução, reclama o estabelecimento de garantias aos parceiros da Administração, sob pena de produzir-se a não-efetividade (inércia do mercado, por desestímulo do setor privado) e a ineficiência (expansão dos custos transacionais, por incorporação nos valores contratuais do custo da insegurança) em negócios desta natureza.

Veja-se, ainda, que a parceria público-privada, por ser um modelo configurado peculiarmente para instrumentar *políticas desenvolvimentistas*, adquire um status jurídico singularizado dos demais contratos ditos ordinários, o que lhe justifica um tratamento peculiar, caracteristicamente marcado por certos fatores de *discrimem* no que diz com o tratamento jurídico de garantias ao parceiro privado relativamente à posição jurídica de outros contratados. É induvidoso que o seu papel em configurar uma técnica diretamente envolvida numa política de desenvolvimento (que se ergue na obediência de uma finalidade constitucional do Estado brasileiro – inciso II do art. 3º da Constituição) lhe adjudica um tratamento específico, que autoriza distinções, eventualmente marcado por garantias específicas ao parceiro privado.

Não vejo, então e por todo o exposto, inconstitucionalidade na hipótese do fundo garantidor por ofensa ao art. 100 da Constituição. Trata-se, sim, de uma técnica lícita de viabilizar e otimizar contratos administrativos de infra-estrutura, que passa pela instituição de entes dotados de personalidade jurídica de direito privado, como uma decorrência de modelos organizacionais acolhidos pelo texto constitucional.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

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

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE GARANTIAS AO PARCEIRO PRIVADO PREVISTO PELA LEI GERAL DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – EM ESPECIAL, DA HIPÓTESE DOS *FUNDOS GARANTIDORES*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui

registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.