

Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04

Kiyoshi Harada*

P A R E C E R

Consultante: Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo

Assunto: Artigo 8º da Lei nº 11.079/04, conhecida como Lei das PPPs, que permite a vinculação de receitas públicas e instituição ou utilização de fundos especiais

previstos em lei

A Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo por seu ilustre Presidente, Dr. Flávio José de Souza Brando, pede o exame da matéria em epígrafe sob o prisma constitucional.

Entende o esforçado e combativo Presidente da Comissão de Precatórios que a reserva de dinheiro público para garantir futuros, possíveis e eventuais credores, em detrimento dos atuais credores por precatórios judiciais é imoral e inconstitucional.

Com a argúcia que lhe é peculiar, vislumbrou no dispositivo legal em referência uma forma de blindar o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP - contra eventuais seqüestros de valores referentes a precatórios judiciais descumpridos.

A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, conhecida como **Lei das PPPs**, instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aplicáveis aos órgãos da Administração Pública, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas

direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º de parágrafo único).

O art. 2º da referida lei define a parceria público-privada como um **contrato administrativo de concessão**, na modalidade patrocinada ou administrativa, típica categoria de direito público.

Nos termos do § 1º do art. 2º a concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13-02-95, ⁽¹⁾ quando envolver adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. O § 2º do mesmo artigo conceitua concessão administrativa como sendo o contrato de prestação de serviços de que a administração pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

O art. 8º da Lei nº 11.079/2004 instituiu um peculiar sistema de garantias das obrigações pecuniárias contraídas pela administração, nos seguintes termos:

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

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

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

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;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.’

Para efeitos do inciso II supra, o art. 16, de antemão, autorizou a instituição de fundo, nos seguintes termos:

‘Art. 16. Ficam a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no limite global de R\$6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas –

FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.

§ 1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.

§2º O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

§ 3º Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados.

§ 4º A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens móveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

§ 5º O FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem.

§ 6º A integralização com bens a que se refere o § 4º deste artigo será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda.

§7º O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado a sua desafetação de forma individualizada.'

Finalmente, o art. 17 prescreve que o FGP será criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União, com observância das normas a que se refere o inciso XXII do art. 4º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

É o breve relatório. Passemos a examinar a matéria consultada.

Em razão da mistura generalizada entre os interesses, público e privado, um e outro, regidos por princípios opostos, comentando o projeto de lei das PPPs assim nos manifestamos:

‘Esse projeto legislativo é um desastre total do ponto de vista jurídico-constitucional. Representa, sem sombra de dúvida, um outro instrumento poderoso de desmontar a administração pública, como a terceirização e a privatização de serviços públicos não terceirizáveis nem privatizáveis’ (Revista Jurídica Consulex, Ano VIII, nº 185, setembro/04, p. 30).

Não se trata de condenar as PPPs enquanto modernos instrumentos de desenvolvimento econômico, por propiciar a execução e manutenção de uma infra-estrutura razoável. O que se questiona é a sua implantação em uma conjuntura inapropriada e a afronta à nossa ordem jurídica, que não é igual a de outros Países onde as PPPs floresceram. Realmente, no mínimo, é bastante estranho o fato de um Estado, que promove a transferência brutal de 38% do PIB, lançar mão de parcerias público-privadas para execução de obras e serviços públicos de sua responsabilidade. E mais, as PPPs, como estão previstas na lei em questão, pressupõe novas transferências para o setor público, sem revestir a denominação de tributos, para ulterior redistribuição direcionada. O critério de escolha do parceiro privado **difere** daquele esposado pelo Estatuto da Licitação, Lei nº 8.666/93.

Entretanto, no âmbito da matéria consultada interessa-nos apenas o exame **dos incisos I e II do art. 8º** da Lei nº 11.079/04, que têm implicações com as normas de Direito Financeiro. Examinemo-los separadamente.

Da vinculação de receitas públicas

O art. 8º, inciso I permite a vinculação de receitas públicas para garantir obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada, respeitada a proibição do art. 167, IV da CF.

Prescreve o citado dispositivo constitucional:

‘Art. 167. São vedados:

.....

*IV - a vinculação de **receita de impostos** a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde e para a manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, e 212, 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;’⁽²⁾*

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.

Em primeiro lugar, as garantias mencionadas no texto constitucional referem-se **exclusivamente** às operações de crédito por **antecipação de receita**. Essas operações de crédito, previstas no § 8º do art. 165 da CF, conforme escrevemos, "*constituem uma modalidade de empréstimo de curto prazo a serem devolvidos no mesmo exercício financeiro. Para tanto a Constituição até abre exceção ao princípio da vedação da vinculação do produto de arrecadação de impostos a órgãos, fundos ou despesas, permitindo a utilização de receitas futuras como instrumento de garantia nas 'operações de crédito por antecipação de receitas' (art. 167, IV)"⁽³⁾. Logo, é o próprio texto excepcional que veda a prestação de garantias para outros fins. Atualmente, as operações de crédito por antecipação de receitas (AROs) só podem ser realizadas nos estritos termos do art. 38 da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/2000.*

Em segundo lugar, a expressão **'prestação de garantia'** utilizada no texto da Carta Política não tem o sentido emprestado pelo legislador infraconstitucional, que confundiu noções de direito público com noções de direito privado. Na verdade, nenhum tipo de receita pública pode ser dada em garantia no sentido regulado pelo Código Civil, como veremos mais adiante.

O gênero receita pública, desdobra-se em três espécies: **(a) receita originária** (a patrimonial mobiliária e imobiliária, e, a industrial, comercial e de serviços); **(b) receita tributária** (as taxas, os impostos, a contribuição de melhoria, as contribuições sociais de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas; as contribuições sociais de seguridade social e o empréstimo compulsório); **(c) receita creditícia** (o crédito público ou a dívida pública, interna e externa).

A vedação constitucional do art. 167, IV diz respeito à vinculação da receita de impostos, subespécie do gênero receita pública, no pressuposto de que o produto da arrecadação de imposto destina-se ao **custeio de serviços públicos gerais**, assim entendidos, aqueles desenvolvidos pelo Estado **debaixo do regime jurídico de direito público**. Daí, a divisão doutrinária dos tributos, em vinculados e desvinculados da atuação específica do Estado. Os impostos pertencem à categoria de tributos desvinculados de qualquer atuação específica do Estado,⁽⁴⁾ ao passo que, a taxa, por exemplo, é tributo vinculado à atuação **específica** do Estado. O imposto é tributo de **destinação extrínseca**, ao passo que, as demais espécies tributárias são tributos de

destinação intrínseca, isto é, o produto de sua arrecadação é vinculado à despesa que fundamentou sua instituição. Por isso, a utilização de receitas do INSS, por exemplo, para construção de estradas, como já aconteceu, caracteriza **gravíssimo desvio** acarretando sanções políticas, administrativas e penais.

O **direcionamento do produto de arrecadação tributária**, principal e regular fonte de receita pública, **dá-se por meio da Lei Orçamentária Anual**, aprovada pela **Casa do Povo** (art. 165, III e §§ 5º, 6º, 7º e 8º da CF). Por isso, o princípio da **legalidade das despesas públicas** é **corolário** do princípio da **legalidade tributária**. Tanto a receita compulsória, como a despesa pública hão de ser previamente aprovadas pelo povo, por meio do Parlamento. Não há como o legislador ordinário, fora a Lei Orçamentária Anual, vincular receitas públicas estimadas à esta ou àquela finalidade, com total **esvaziamento das funções, política e econômica do Orçamento Público**, verdadeiro instrumento de exercício da cidadania à medida em que o povo decide onde, quanto e como gastar.

A vedação do art. 167, IV da CF sob exame, ainda que se refira, em sua parte final, a *prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita* (AROs) nada tem a ver com o sistema de garantia no sentido utilizado pelo direito privado (penhor, por exemplo) e muito menos com garantia de **obrigações outras**, decorrentes de contrato celebrado pela Administração Pública com particulares. Nessa hipótese, como é sabido, preceitos de ordem pública impõem exatamente o contrário: o particular é quem deve prestar garantia. O credor particular, vitorioso em demanda judicial contra o Estado, recebe o montante da condenação na forma do art. 100 da CF. É a regra.

Uma leitura apressada da parte final do inciso IV do art. 167 do CF pode conduzir à equivocada conclusão de que a *prestação de garantias* aí referida corresponde àqueles institutos regulados pelo Código Civil, ou seja, de que é possível a garantia pignoratória de receitas tributárias previstas na Lei Orçamentária Anual.

Ora, 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 pignoratório, hipotecário ou anticrético. Por isso, sustenta o festejado Hely Lopes Meirelles:

‘Desde que a Constituição da República retirou a possibilidade de penhora de bens da Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal, retirou, também, a possibilidade de oneração de tais bens, uma vez que a execução de toda garantia real principia pela penhora, na ação executiva correspondente, para a subsequente satisfação da dívida, mediante praxeamento ou adjudicação do bem dado em garantia. Uma garantia real que não contasse com a execução direta da coisa onerada, deixaria de satisfazer aos seus fins, desgarantindo o direito do credor. Não seria de modo algum garantia real’. (5)

Esse consagrado publicista, em outra passagem, pontifica:

*‘...não importa, por igual, o fim a que se destine a garantia real. Desde que os **bens públicos das entidades estatais são insuscetíveis de penhora**, sendo a penhora consectário legal da execução para satisfação do crédito, objeto de garantia real, ressalta a **impossibilidade de constituir penhor ou hipoteca sobre bens e rendas públicas** de qualquer natureza ou procedência. Para a garantia de empréstimo, há o recurso à emissão de títulos e outros mais postos, à disposição da Administração pelo direito financeiro, sem necessidade de o Estado recorrer a institutos de direito civil, que impliquem execução direta sobre os bens vinculados à dívida’. (6)*

O não menos festejado jurista, Francisco Campos, também, sustenta que *‘o oferecimento de determinados impostos ou garantias de empréstimo público não **significa hipoteca dos mesmos impostos** ou do substrato do fundo constituído pela sua arrecadação, mas tão somente que os impostos em questão constituem rubrica permanente do orçamento enquanto durar a obrigação resultante do empréstimo. (7)*

Com base na lição desses renomados juristas afirmamos que essa *‘vinculação tem o sentido de preservar o equilíbrio entre o montante do empréstimo público (dívida pública) e o valor da receita antecipada, evitando-se situações de desequilíbrio orçamentário. Por isso, a entidade política mutuante é obrigada a manter, permanentemente, na lei orçamentária anual dotação específica para garantia do pagamento da dívida, enquanto esta perdurar’. (8)*

Não há, portanto, possibilidade jurídica de a **receita pública em geral** garantir obrigações pecuniárias contraídas pelo poder público em face deste ou daquele particular. Do contrário violados restariam os princípios da impessoalidade e da moralidade, insertos no art. 37 da CF e que são de observância impositiva, nos precisos termos do art. 100 *caput* da Carta Política:

*‘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’.

A jurisprudência de nossos tribunais também não discrepa do quanto exposto. Na apelação civil nº 168.220-1 de que foi Relator o Des. Régis de Oliveira, a E. 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decretou a rescisão parcial do contrato de execução de obra pública, para excluir a cláusula que vinculava as receitas do ICMS para garantia do pagamento. Nos autos do AI nº 722.535-3, de que foi Relator o Juiz Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, o 1º TAC manteve a liminar concedida em medida cautelar preventiva, requerida pela Municipalidade de Araçariguama, para suspender os poderes outorgados ao Banco credor (BANESPA) para recebimento do ICMS em pagamento de mútuo decorrente de contrato firmado entre as partes. Esse tema foi ventilado, também, no mandado de segurança impetrado pela Municipalidade de São Paulo contra ato do Presidente do Banespa, que destinava diretamente ao credor, o produto da arrecadação das cotas do ICMS vinculadas em garantia do mútuo. A liminar foi concedida, porém, ao final, o processo foi extinto sem julgamento de mérito a pretexto de irregularidade na representação processual da impetrante. Foi provida a apelação da impetrante anulando a decisão monocrática para determinar a apreciação do mérito (Apelação Cível nº 135.447-1-SP, 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Jorge de Almeida). Antes da decisão de mérito houve acordo das partes e o Município recebeu de volta os valores do ICMS indevidamente compensados com os seus débitos resultantes de operações de empréstimo. Quanto à indisponibilidade da receita pública é de ser lembrada, ainda, no âmbito do Município de São Paulo, a Lei nº 11.713/94, que autorizou o Executivo aumentar o capital social da EMURB mediante, entre outras modalidades, a *‘cessão de créditos ou direitos de qualquer natureza’*. Com base nessa lei, o Decreto nº 34.798/95 transferiu à EMURB créditos tributários inscritos na dívida ativa, no valor total de R\$100.00.000,00. Após concessão da liminar no bojo da ação popular (Proc. nº 145/95 da 7ª VFP), o Decreto nº 34.798/95 foi revogado.

Ora, se a própria **vinculação de receita de impostos**, permitida pela Constituição Federal, em caráter excepcional, para prestação de garantias **visando a obtenção de receita creditícia, de natureza temporária**, não pode ser interpretada em sentido amplo, permitido pelo direito privado, o que não dizer de vinculação de receita pública para garantia de **obrigações outras**, decorrentes de contratos de parcerias público-privadas?

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 facto*, 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*.

Da instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei

Para garantia do parceiro privado, no contrato de parceria público-privada, o inciso II do art. 8º da Lei sob comento permite que a Administração Pública **institua** ou **utilize** fundos especiais **previstos em lei**.

Para tanto o art. 16 da Lei sob exame autorizou a União, suas autarquias e fundações públicas a **participar**, no limite global de **R\$ 6.000.000.000,00** (seis bilhões de reais) em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP, cujos recursos irão **garantir** o pagamento de obrigações pecuniárias **assumidas pelos parceiros públicos federais**.

O § 1º desse artigo dispôs que o *‘FGP terá natureza privada e patrimônio próprio, separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.’*

A rotulagem legal não é suficiente para afastar a incidência de normas de direito público.

Só para exemplificar, a fim de não alongar o parecer, o parágrafo único do art. 70 da CF, por exemplo, sujeita à prestação de contas *‘qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniárias’*.

Para perfeita compreensão do que mais adiante será desenvolvido, imprescindível a conceituação do que seja fundo especial.

Fundo especial, consoante prescrição do art. 71 da Lei nº 4.320/64, não revogado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, significa reservas de certas receitas públicas para a realização de determinados objetivos ou serviços de interesse público, sem o detalhamento das despesas, como acontece com o orçamento anual. Representa uma exceção **ao princípio de unidade de tesouraria**, previsto no art. 56 da mesma Lei, pois implica separação de dinheiro, cuja aplicação fica vinculada à consecução do objetivo que deu causa à criação do fundo. Em outras palavras, o dinheiro não sai do Tesouro sob forma de pagamento de **despesas fixadas no orçamento anual**.

Fácil de verificar, pois, que o **fundo** representa um sério obstáculo, talvez insuperável, ao efetivo exercício, pelo Legislativo do poder de fiscalizar e controlar a execução orçamentária. Por isso, a Constituição cidadã de 1988, por meio do art. 36 do ADCT, **extinguiu**, sob condição e com as ressalvas aí previstas, **todos os fundos até então existentes**. Por outro lado, condicionou a criação de novos fundos à **prévia disciplinação pela lei complementar** quanto às condições para a sua instituição e funcionamento (art. 165, § 9º, II da CF).

De fato, dispõem os citados dispositivos:

Art. 36 do ADCT:

*‘Art. 36. Os fundos existentes na data da promulgação da Constituição, **excetuados os resultantes de isenções fiscais que passem a integrar patrimônio privado e os que interessem a defesa nacional, extinguir-se-ão, se não forem ratificados pelo Congresso Nacional no prazo de dois anos**’.*

Art. 165, § 9º, II da CF:

‘Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

.....

§ 9º Cabe à Lei Complementar:

.....

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

Ao que sabemos, nenhum fundo preexistente foi ratificado pelo Congresso Nacional no prazo bienal, e nem existe, ainda, lei complementar

regulando as condições para instituição e funcionamento de fundos. Por tal razão, o gigantesco Fundo Social de Emergência - FSE - para vigorar nos exercícios de 1994 e 1995, composto de 20% de tributos federais, foi criado pela Emenda Revisional de nº 1/94, **dispensando os requisitos constitucionais expressos** (arts. 165, § 9º, II e 167, IX). Compreensível foi esse exercício de imaginação criadora em face da crise político-institucional, sem precedentes, que havia tomado conta do País, impedindo a votação e aprovação da proposta orçamentária. Porém, acostumado com as facilidades das despesas, o governo vem patrocinando, com sucesso sem igual, a prorrogação desse Fundo, perenizando aquilo que surgiu em uma situação emergencial, tal qual o IPMF, hoje, CPMF. A Emenda nº 10/96 prorrogou-o até junho de 1997, com o nome de Fundo de Estabilização Fiscal, conceito tão amplo e nebuloso quanto o anterior. Nova Emenda, a de nº 17/97, prorrogou esse mesmo Fundo para até 31 de dezembro de 1999. Outras Emendas prorrogaram-no com o nome de DRU – Desvinculação de Receitas da União. A última prorrogação ocorreu com o advento da EC nº 42/03, para vigorar no período de **2003 a 2007**, o que confere ao Chefe do Executivo a faculdade de gastar **discricionariamente** o equivalente a 20% da arrecadação tributária anual, e não, como determina a Lei Orçamentária Anual. A Emenda tem o poder de inobservar preceitos constitucionais não protegidos pela cláusula pétrea. A lei ordinária não tem esse poder.

Ora, se a Constituição Federal extinguiu todos os fundos até então existentes, com exceção dos fundos resultantes de isenções fiscais e subordinou a criação de novos fundos à **prévia** regulamentação, **por lei complementar**, das *‘condições para a instituição e funcionamento de fundos’*, como é possível ao legislador ordinário autorizar a instituição de um fundo específico em que a União ingressa com a bagatela de **R\$6.000.000.000,00** (seis bilhões de reais)?

Esse fundo híbrido, designado pela sigla **FGP** é composto de bens e direitos do Poder Público e do particular, e, tem **natureza privada**, segundo prescrição de seu **art. 16, § 1º**.

E por ter sido impingida a natureza privada, esse FGP *‘será criado administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União, com observância das normas a que se refere o inciso XXII do art. 4º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964’*, consoante dispõe o art. 17 da lei examinanda.

Em que pese o esforço da camuflagem legislativa, que se refere à autorização para a União **participar** do Fundo Garantidor de Parceria Público-Privada, a violação do art. 165, § 9º, II da CF exsurge com lapidar clareza.

Participar do FGP, no caso, tem o sentido de **instituir** o FGP. Basta a simples leitura ocular do art. 8º, inciso II, onde está dito que as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública poderão ser garantidas pela *'instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei'*.

Ora, segundo a prescrição do art. 71 da Lei nº 4.320/64, lei materialmente complementar, fundo especial, não se presta a **garantir obrigações pecuniárias**, contraídas pelo poder público em face de particulares eleitos como parceiros do poder público.

A imoralidade da medida salta aos olhos. Condenando esse tipo de parceria já afirmávamos, quando ainda em discussão o projeto de lei:

'O poder público detém o monopólio legislativo, o monopólio punitivo e o monopólio tributário. O particular limita-se a se submeter à legislação estabelecida pelo poder público (Estado) e está obrigado a transferir, ao primeiro, parcela da riqueza que produzir, sob a forma de tributos'⁽⁹⁾.

O poder público só é parceiro do particular na compulsória divisão da riqueza produzida por este. A confusão trazida pela Lei da PPPs é inadmissível. Não bastasse o poder tributário, exercitado até com dose de crueldade, pretende por esse instrumento híbrido, sem possibilidade de preciso enquadramento jurídico, retirar mais recursos da sociedade em proveito de apenas alguns de seus segmentos.

Como é possível a União, contumaz **devedora de dívidas oriundas de condenação judicial**, subtrair **R\$6.000.000.000,00** do seu orçamento anual, para **compor um fundo destinado a garantir futuros, possíveis e eventuais credores**, como bem assinalado pela consultante? Qual a fonte dessa extraordinária e espantosa despesa? Mais tributos? Mais dívida pública? Mais privatização? De duas uma: ou aumenta a receita pública, ou reduz outras despesas. Redução de despesas não se ajusta à nossa tradição. Por isso, uma coisa é certa: o contribuinte irá arcar com essa nova despesa qualquer que seja o meio escolhido para custeá-la, porque o Estado não produz e nem é sua função produzir riquezas.

Outrossim, esses seis bilhões de reais, **a salvo de contingenciamento e de seqüestros para honrar os precatórios judiciais descumpridos**, ficam fora da fiscalização e controle externo, a ser exercido pelo Congresso Nacional com auxílio do Tribunal de Contas da União, na forma do art. 71 da CF. Os controles, interno e privado, nem pensar!

Enfim, a participação da União, das autarquias e das fundações públicas nesse FGP, ou a utilização de fundos especiais que deveriam ter

sido extintos, contraria **em bloco** os dispositivos constitucionais pertinentes à Administração Pública e à matéria financeira.

Atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37 da CF); dribla o art. 165, § 9º, II da CF e o art. 36 do ADCT; infringe o art. 167, IV da CF; contraria o princípio da quantificação dos créditos orçamentários inserto no art. 167, VII; violenta o princípio das fixação prévia das despesas que está previsto no art. 167, II. Ademais, esvazia, em parte, o conteúdo dos arts. 70 e 71 da CF, que cometem ao Congresso Nacional a importantíssima missão de fiscalizar e controlar os gastos públicos, ferindo de morte o princípio da legitimidade que deve presidir o controle sob o prisma da legalidade e da economicidade da execução orçamentária e financeira.

Concluindo, ambos os incisos legais examinados (incisos I e II do art. 8º da Lei nº 11.079/04) são manifestamente inconstitucionais.

É o nosso parecer, s.m.j.

São Paulo, 18 de janeiro de 2005.

Kiyoshi Harada

OAB/SP 20.317

Notas

¹ ‘Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

.....

II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III – concessão de serviço público precedida de execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da

concessionário seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;'

² § 4º. *É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.*

³ Cf. nosso *Direito financeiro e tributário*. São Paulo : Atlas, 13ª edição, 2004, p. 130.

⁴ Essa doutrina foi incorporada pelo art. 16 do CTN, que define o imposto como tributo cuja obrigação tem por gatilho gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

⁵ *Direito administrativo brasileiro*. 7. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 503.

⁶ *Apud* Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo : Atlas, 17ª ed., 2004, p.575.

⁷ *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, V. 1, p. 218.

⁸ Cf. nosso *Prática do direito financeiro e tributário* (artigos e pareceres). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 204).

⁹ *Op. cit.*, p. 30.

* advogado em São Paulo (SP), especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>