

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso *site* na internet:

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210



Curitiba/PR: Av. Munhoz da Rocha, 143 – Fone: (0-xx-41) 352-1200

Fax: (0-xx-41) 252-1311 – CEP: 80.035-000

Atendimento exclusivo para livreiros:

São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 – Fone: (0-xx-11) 3991-2969

Fone/Fax: (0-xx-11) 878-0974 – CEP: 02.925-140

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.

R454

Curitiba : Juruá, n. 5, 2000.

224 p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

00138

NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS RENEGOCIAÇÃO DAS DÍVIDAS DOS ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO E SEUS REFLEXOS NA EXECUÇÃO DA POLÍTICA ORÇAMENTÁRIA

Lucia Valle Figueiredo¹

I – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Já afirmamos alhures que a Administração Pública não pode celebrar contratos regidos estritamente pelo direito privado. Averbamos, na ocasião, o que segue:

“Ao longo deste trabalho, verificar-se-á a impossibilidade de se afirmar a existência de contratos administrativos antinômicos aos contratos privados.

Conclusão que se impõe a nosso ver: há contratos da Administração Pública, em seu sentido mais amplo,² regidos ora mais intensamente pelo Direito Público, ora pelo Direito Privado.³

-
- (1) Professora Titular de Direito Administrativo da PUC-São Paulo. Juíza aposentada do TRF da 3ª Região. Advogada e Consultora Jurídica em São Paulo.
- (2) BREWER-CARIAS, *La evolución del contrato administrativo*, p. 144-167.
- (3) Em nosso **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**, Cap. 2, questionamos a utilidade da divisão rígida entre Direito Público e Privado. E, com acerto, a nosso ver, grafa José Roberto DROMI, em sua magnífica obra *La Licitación Pública*, p. 540: “*La conclusión que se impone, obviamente, es la necesidad de fijar un régimen jurídico unitario para los contratos de la Administración, lo que supone decir que no deba aplicarse el Derecho Privado em algunos aspectos, pero sí implica afirmar que ninguno ha de regirse por él en forma exclusiva o excluyente*” (grifos nossos).

Se assim é, não há qualquer possibilidade de um regime unitário, quer para uma, quer para outra modalidade contratual.

Não teria cabida o despojamento das potestades públicas, agindo a Administração Pública como mero particular, contratando como, quando e se lhe apetecesse.

Em última análise: qualquer que seja a circunstância, o poder-dever da Administração Pública é indisponível. Remanescem sempre e, em qualquer hipótese, os problemas referentes à competência, objeto e finalidade.

Vale dizer: à Administração Pública descabe, em qualquer circunstância, o absoluto nivelamento com o particular por haurir, exatamente, do Direito Administrativo, sua competência para contratar, como um dos meios, um instrumental posto à seu serviço, a fim de que possa perseguir seus desideratos. Conseqüentemente, encontra-se ela manietada aos fins que lhe cumpre implementar.

Impõe-se, pois, como conclusão preliminar, agasalhando a magnífica lição de Agustín GORDILLO,⁴ asseverar a inexistência de possibilidade jurídica de se subsumir a Administração apenas às normas de Direito Privado, qualquer que seja o contrato celebrado”.

Posto isso, como corolário lógico, é necessário afirmar a inexistência de contratos da Administração Pública com regime unitário exclusivamente de Direito Privado. Outrossim, já dissemos:

*“Em contrapartida, é mister assinalar que as normas de Direito Privado também vão permear os contratos regidos pelo Direito Administrativo”.*⁵

2. Por outro lado também não podemos, *data venia* dos que pensam em contrário, admitir a possibilidade de que dois entes públicos celebrem contratos sem se sujeitarem às regras de direito

(4) GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho...*, cit., vol. 3/39-II. Diz o autor que os contratos celebrados pela Administração têm um regime primordial de Direito Público, existindo, todavia, gradações quanto à sua intensidade.

(5) FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Extinção dos Contratos Administrativos*, Malheiros, 2. ed., 1998.

público, ainda que, em parte, possam também estar submetidos às de direito privado. Estaremos diante de contratos interadministrativos.

Com efeito, a própria regra de competência, a própria possibilidade de celebrar tal contrato, como, por exemplo, o contrato de empréstimo público, está amparada em norma de direito público. E, a competência, que consiste no plexo de atribuições, é para os cometimentos públicos, implementação dos deveres que a lei das leis lhes atribuiu. A competência é absolutamente indisponível.⁶

3. A Administração Pública, consoante entendemos e enfatizamos, está sempre jungida sobretudo ao regime de direito público, embora, em muitos aspectos, como assinalado, mesmo diante de contratos que se submetem mais às normas de direito privado. Este também é o entendimento dos eméritos professores BREWER-CARIAS e Agustín GORDILLO.⁷

De conseguinte afirmamos: de um lado, estão os contratos mais rigidamente alocados dentro do direito público, os chamados **contratos administrativos** e, de outro, os **contratos da Administração Pública**, regidos parcialmente pelo direito privado, mas, ainda, sob forte interferência do direito público.

4. Consoante pensamos **inexistem contratos privados da Administração**. Adotamos, pois, a posição do Professor GORDILLO, do Professor BREWER-CARIAS, como já assinalado, também do Professor DROMI, e, ainda, lembramos lição de Sérgio FERAZ. Existem – isto sim – **contratos da Administração Pública**, as vezes, sob maior influxo de regras do Direito Privado.

Dito isso, trazemos, ainda, à colação DE LAUBADÈRE que, em França, antes de falecer, em um de seus últimos textos, admitia

(6) Héctor Jorge ESCOLA, em seu *Tratado integral de los contratos administrativos*, t. II, p. 569, reconhece o caráter de administrativo ao contrato de empréstimo público. Agrega, como sendo da mesma opinião, WALINE, ZANOBINI, DE JUANO, PÉQUIGNOT, Fernández de VELASCO, MENESES, Gabino FRAGA JÚNIOR, BIELSA e MARIENHOFF.

(7) GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. III; BREWER-CARIAS, *La evolución de contrato administrativo*, p. 144-167; DROMI, José Roberto. *La licitación pública*.

que a Administração Pública celebrava diversos tipos de contratos. Dizia, também, o ilustre Autor, que a administração intervencionista, como a atual, não celebrava apenas contratos administrativos. **Mas, nem por isso, tais contratos estariam sob a égide do Direito Privado.**⁸

5. No direito brasileiro, não há grande importância em separar contratos administrativos e contratos privados da Administração, como, por exemplo, no direito francês, pois todos vão se submeter a única jurisdição. É dizer, como não temos dualidade de jurisdição, e sim jurisdição única, quaisquer problemas existentes nos contratos da Administração serão resolvidos perante o mesmo Poder Judiciário.

Todavia, a importância reside na interpretação das regras contratuais, na repercussão que pode haver nas relações jurídicas travadas.

Na verdade, o regime dos contratos administrativos ou dos contratos privados da Administração é inteiramente diferenciado do regime puramente de direito privado.

6. Vamos, agora, nos referir às condições especiais dos contratos administrativos, ao regime dos mesmos, seus traços diferenciadores, sobretudo em certas circunstâncias excepcionais, que podem fazer o desbalanceamento do contrato, com a finalidade de demonstrar a enorme diferença entre contratos regidos pelo direito privado e aqueles, que ora se colocam sob a égide do direito público, ou, então, sob regime misto.

7. Começemos, pois, pela *sujeição a fatos imprevistos*. Fatos imprevistos são todos que, por ocasião da pactuação do contrato, eram ignorados pelas partes, por absoluta impossibilidade de prevêê-los ou conhecê-los.

Entretanto, deve ficar claro, a fim de que equívocos não se cometam: a imprevisibilidade das partes, com relação a fatos facilmente previsíveis, somente imprevistos por sua incúria ou inépcia, não autoriza a invocação desta teoria.

Poderão ocorrer sempre que se verificar, *supervenientemente*, ser tal ou qual solução a melhor e, ademais, não ter sido possível

(8) DE LAUBADÈRE, André. *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, vol. 2, p. 239-252.

prevê-la, ou conhecê-la em tempo hábil, antes da pactuação do contrato.

Os fatos imprevistos caracterizam-se, principalmente, pela oneração anormal do contrato, em virtude de situações supervenientes incontrolláveis, como já afirmado.

Poderão ocorrer fatos alheios à vontade da contratante, *de ordem econômica*, a repercutir no contrato de maneira a causar impacto insuportável.

Citem-se, por exemplo, as máxidesvalorizações. A lume de nossa moeda atual, alterações bruscas e significativas nas "bandas" cambiais, como ocorrido, ou então, acréscimos altíssimos dos juros, onerando, mais e mais, o devedor, ainda que o credor possa não se beneficiar, porém, terceiros, sim.

Ou, ainda, mudanças repentinas nas políticas econômicas que afetem fundamentalmente o contrato, como a existente, em que foi abandonada a âncora cambial.

Deveras, pouco importa se o credor irá se beneficiar. O importante é não onerar desnecessariamente o devedor.

8. A álea econômica extraordinária, na acepção descrita, decorrente de acontecimentos não imputáveis ao devedor, poderá, a nosso sentir, fazer com que este, impossibilitado de cumprir com o pactuado, avença essa efetuada em situação outra, possa pleitear a reformulação do contrato. E, ainda mais, por situações que se refletem na avença, em decorrência da própria atuação do credor.

As teorias da imprevisão que vicejaram no direito francês sobre os contratos administrativos são de plena aplicação no direito brasileiro, como já tivemos ocasião de demonstrar em trabalho acadêmico, e, ademais, houve acolhimento expresso da legislação (Lei 8.666/93, com suas alterações).

Por outra parte, também não se poderia dizer que, não havendo interesses contrapostos, estar-se-ia diante de contratos privados.

Enfatizamos: o ente público não pode contratar utilizando-se da autonomia da vontade, pois não detém *vontade*, porém, sim, *competência*. Conseqüentemente, tem finalidades constitucio-

nais e legais a cumprir. O contrato, inclusive os interadministrativos, somente se justificam para implementar finalidades de interesse público. Fins públicos determinados nas normas de competência.

8.1. Traga-se, ainda, a respeito da teoria da imprevisão, brevíssima averbação sobre o fato do príncipe. Divergem os autores na conceituação do *fato do príncipe*.

Enquanto alguns se referem a esta figura conceitual como relativa a fatos provocados pela Administração Pública, qualquer que esta seja, com repercussões no contrato, outros entendem que o *fato do príncipe* diz respeito somente a atos administrativos (*lato sensu*) da mesma autoridade contratante, no exercício de outra competência, e não daquela diretamente referida ao contrato.

Tais atos administrativos, embora não imediatamente ligados aos contratos, neles repercutiriam, de tal forma que chegariam a abalar o contrato, tornando-o mais oneroso.

Importante é assinalar que, em face de acontecimentos *super-venientes, imprevisíveis, não se pode constranger o devedor a cumprir o contrato como pactuado*.

Portanto, quando se tratar de ente público que tem o dever de cumprir o contrato, nunca poderá fazê-lo se, para isso, for mister descumprir competências constitucionais fundamentais.

9. A Administração Pública tem o dever de somente celebrar contratos cujo fim imediato seja de interesse público, já o dissemos. Ademais, tem o dever de não dispor da coisa pública, que é indisponível. Portanto, não pode pactuar com autonomia de vontade, que é um dos traços de maior realce nos contratos privados.

10. Doutra parte, temos, ainda, a conotar os contratos administrativos, a cláusula *rebus sic stantibus*, exatamente oposta à cláusula *pacta sunt servanda*, inerente aos contratos de direito privado.

É bem verdade que a *pacta sunt servanda* vem se abrandando, como assinala a Prof. Maria Helena DINIZ,⁹ brilhante civilista e

(9) "Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais", em sua **Teoria dos Contratos Administrativos**.

filósofa do Direito. Traz a autora vários exemplos para demonstrar que, no direito civil, já não vige o *pacta sunt servanda* com tanta intensidade. Quando o contrato for ruinoso para uma das partes, há, mesmo no direito civil, mesmo no direito privado, amenização da cláusula.

II – RENEGOCIAÇÃO DAS DÍVIDAS DOS ESTADOS-MEMBROS COM A UNIÃO E SEUS REFLEXOS NA EXECUÇÃO DA POLÍTICA ORÇAMENTÁRIA

1. Devemos tratar de tópicos essenciais para o deslinde da questão proposta. São eles: regime dos bens públicos, dos contratos da Administração, bem como a intelecção do art. 167, § 4º da Constituição da República.

2. Bens públicos e a possibilidade de sua execução

Devemos, já agora, nos fixar no conceito de bens públicos e seu regime jurídico, indisponibilidade de a Administração Pública deixar de cumprir suas competências constitucionais, os limites da regra do art. 167 do texto constitucional, e, em especial, o § 4º do mesmo artigo, já que acerca dos contratos da Administração Pública, da competência para contratar, do regime jurídico do contrato já tratamos, ainda que sumariamente.

Já conceituamos bens públicos da seguinte maneira:

“Bens públicos são todos aqueles, quer corpóreos, quer incorpóreos, portanto imóveis, móveis, semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, à União, Estados, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público. Configuram esses bens o patrimônio público e se encontram sob o regime de direito público”.

Os bens públicos, e neles compreendidas as receitas públicas, tem regime jurídico caracterizado, em princípio, pela impossibilidade de alienação, sobretudo no que tange aos de uso comum e aos de uso especial.

Quanto aos bens dominicais permite-se a possibilidade de alienação, dès que precedida por lei autorizatória e licitação, exce-

tuando-se, é claro, aquelas hipóteses em que a lei expressamente dispensar ou deixar de exigir a licitação.

Obviamente, o corolário lógico da inalienabilidade é a imprescritibilidade e impenhorabilidade.

3. Não se pense que a possibilidade de garantia ou contra-garantia, veiculada no § 4º do art. 167, poderá possibilitar a penhorabilidade dos bens, e, **especificamente, de receitas públicas.**

A exceção, contida no art. 167 e parágrafos citados, diz respeito, exclusivamente, à possibilidade de, no orçamento, se vincular receitas de impostos para prestação de garantia e pagamentos de débitos para com a União. Acrescente-se que tal norma foi acrescentada pela Emenda 03/93, que não poderia, por certo, inovar no que tange ao cerne fixo da Constituição. **É dizer, não há possibilidade de uma Emenda Constitucional modificar a Constituição naquilo em que é imutável.**

4. É enfatizar: não poderia Emenda Constitucional criar norma que estivesse atritando com o próprio conteúdo da Federação Brasileira.

Acreditamos que, a fim se dar interpretação conforme à Constituição (aliás, como boa regra de hermenêutica), e não se argüir, desde logo, a inconstitucionalidade do dispositivo da Emenda Constitucional 03, por macular a própria federação (ou seja, por intromissão indevida na federação, erigida à cláusula pétrea pela Constituição da República), deve-se procurar interpretar corretamente a possibilidade de vinculação da receita. E a exegese, ao que se nos afigura, não se faz difícil.

5. Deveras, em tese, em princípio, não se podem vincular tributos a destinações específicas. Esta é a regra do art. 167, IV da CF/88, com as ressalvas ali apostas.

Portanto, a leitura do art. 167 c.c. o inc. IV e § 4º apenas autoriza a afirmação de que a Constituição abriu expressamente mais uma exceção à regra geral da não vinculação.

6. E anote-se, ainda, que vigente a forma federativa, que não poderá ser derogada, há impossibilidade de se dar à penhora bens

públicos, ou permitir sua execução. Aliás, diga-se, ainda que de passagem, os arts. 165 a 167 da Constituição tratam exclusivamente do Orçamento.

7. A regra, no que tange à satisfação de créditos, contra a Fazenda, é a mesma, sem qualquer mudança, regra geral, estabelecida no art. 100 da Constituição, tal seja, a execução contra a Fazenda Pública, inadmite penhora e, muito menos, a expropriação forçada, mormente sem título judicial.

A respeito da intervenção federal por falta de pagamento dos precatórios, exceção à regra de não interferência na federação, pronunciou-se o Emérito Min. Carlos Mário Silva Velloso:

“1) Agora que chegamos a um ponto em que devo falar da questão da intervenção federal. Temos intervenção federal, já disse, nos Estados-Membros e intervenção estadual dos Municípios. A intervenção federal constitui, sem dúvida nenhuma, uma medida excepcional; aliás, o art. 34 da Constituição, posto de maneira a não deixar dúvidas, diz: “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para...”. E no art. 35: “O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando...”. “Exceto quando”. Uma medida excepcional, patológica, que trata mal o pacto federativo; portanto, justifica-se em a Constituição tê-la como uma exceção.

.....

2) E houve quem entendesse que relativamente aos créditos alimentares dispensava-se o precatório. Eu entendia assim. Entendia que os governos deveriam, cumprindo a Constituição, estabelecer forma de pagamento imediato desses créditos. Hoje não mais votaria ainda daquela forma. Por quê? Porque o que garante o administrado é o precatório.

Os titulares de créditos alimentícios que fossem próximos dos donos do poder, não sei se conseguiriam receber com uma prioridade absoluta em detrimento de outros que teriam a prioridade relativa;

3) *A gente deve ter sempre a humildade de estar repensando as posições. Penso que o precatório garante mais o administrado*".¹⁰

8. Deveras, a execução forçada, sem título judicial, não pode ser feita sequer contra entes privados. Portanto, por maioria de razão, impossível de ser feita contra as pessoas públicas, ainda que ditas pessoas possam pensar em abrir mão de suas prerrogativas, o que lhes seria absolutamente vedado.

Mesmo Seabra FAGUNDES, que se encontrava na corrente absolutamente minoritária, no referente à possibilidade de o ente público despir-se de suas prerrogativas no concernente aos bens dominicais, rejeitava expressamente a possibilidade de se penhorar bens de uso comum ou de uso especial (lembremo-nos que a receita pública é classificada como bem de **uso especial** com destinação específica, tal seja, satisfação de necessidades públicas, de necessidades da coletividade, e, algumas delas, entendidas como essenciais e prioritárias pela Constituição da República).

Vejamos o texto de Maria Sylvia Zanella di PIETRO em que relata à posição do pranteado autor:

"Com relação à instituição de direitos reais de garantia sobre os bens dominicais, formaram-se duas correntes, uma entendendo impossível essa oneração, tendo em vista a impenhorabilidade desses bens, e a outra, considerando-a possível e enquadrando-a como uma das espécies de execução forçada contra a Fazenda Pública.

À primeira corrente pertence, entre outros, Hely Lopes MEIRELLES; as seu ver (1995;457), "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 a satisfação do crédito, objeto da garantia real, ressalta a impossibilidade de constituir-se penhor ou hipoteca sobre bens e rendas públicas de qualquer natureza ou procedência. Para a garantia de empréstimo, há o recurso à emissão de

(10) VELLOSO, Carlos Mário da Silva. BDA, maio/97, p. 314-316.

*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”.*¹¹

E, Seabra FAGUNDES, no texto referido como sendo da corrente minoritária:

*“Há ainda, dando lugar excepcionalmente à execução coativa, os casos em que o Estado seja condenado como devedor de crédito, com garantia real, pignoratícia ou hipotecária. Uma vez que o Estado aquiesce em firmar penhor ou hipoteca, em benefício de credor seu, abre mão, ao fazê-lo, da inalienabilidade reconhecida aos seus bens. É de notar, porém, que essa renúncia à inalienabilidade peculiar dos bens públicos nem sempre é possível. Só os bens dominicais, que são facultativamente alienáveis, podem ser gravados de ônus real. Os bens de uso comum e os de uso especial, sendo absolutamente inalienáveis, não podem ser dados em garantia. Deles não dispõe, para isso, a autoridade pública. Se sobre eles instituísse garantia real, ela seria nula, tanto quanto o seria se fora instituída sobre bem particular gravado de inalienabilidade”.*¹²

Assim também entendeu, mais recentemente, Kiyoshi HARADA,¹³ em **Direito Financeiro Tributário**:

“Quanto à impenhorabilidade do bem público, não há uma só voz dissonante na doutrina pátria. A jurisprudência de nossos tribunais, também, é mansa e pacífica quanto a isso. E se os bens públicos (móveis, imóveis, rendas, direitos creditórios etc.) são impenhoráveis, por óbvio, 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.

(11) PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**, p. 432-433.

(12) FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, p. 168.

(13) **Direito Financeiro e Tributário**, Atlas, 2. ed., 1997, p. 105-106.

.....

Com efeito, a execução específica contra a Fazenda não permite a apropriação direta de seus bens pelo credor que, ainda quando amparado seu direito creditório por decisão judicial transitada em julgado, deve submeter-se à ordem cronológica de apresentação dos precatórios judiciais. E o processamento desses precatórios é feito de tal forma que concede à entidade política devedora tempo suficiente para incluir o montante do crédito requisitado no orçamento do exercício seguinte, tudo no sentido de preservar interesse público, que estaria afetado se cada credor pudesse apoderar-se do bem público.

.....

O lúcido e saudoso Francisco CAMPOS já ensinava que "o oferecimento de determinados impostos em garantia de um 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". (grifos nossos)

9. Com efeito não se pode deixar de distinguir para o desate da questão, interesse público primário e secundário, distinções tão bem feitas por Renato ALESSI, GIANNINI e Celso Antônio Bandeira de MELLO, dentre outros.

9.1. Interesse público, evidentemente, tem acepções diversas e pode, aparentemente, apresentar-se como conceito fluido.

Interesse público, dentro de determinado ordenamento jurídico-positivo, é aquele a que a Constituição e a lei deram tratamento especial. **Fins públicos** são aqueles a que o ordenamento assinalou como metas a serem perseguidas pelo Estado, de maneira especial, dentro do regime jurídico de direito público. E, conseqüentemente, há dever de a Administração persegui-los. É o poder-dever de que fala Renato ALESSI ou dever-poder como refere Celso ANTÔNIO.

Bartolomé FIORINI assinala que a noção de fim público aparece confundida com a de ordem pública, serviço público ou interesse público. Diz, ainda, que, enquanto o fim público expressa o conceito teleológico de atividade pública, o interesse público refere-se a seu conteúdo e objeto.

Diz FIORINI:

“Desde o simples estágio do interesse individual que nasce como uma necessidade subjetiva particular, até o último grau, aonde se encontra o interesse coletivo, que satisfaz necessidades públicas, existe uma gama de situações de interesses variados, que embora levem a mesma qualificação respondem a distintos regimes jurídicos.

.....
*A realidade mostra interesses públicos de distintos graus de acentuação e âmbitos de extensão”.*¹⁴ (tradução nossa).

10. As normas que dão custódia aos interesses coletivos instituem o poder administrador como de gerente público, que não os poderá alienar, delegar, ou permitir sua perda. A tutela dos interesses coletivos primários não está à disposição do interesse particular de determinado sujeito ou de um grupo; ao contrário, são eles exclusivos e inerentes a mesma coletividade. Esta classe de interesses e suas garantias legais não podem ser alienadas nem negociadas.

Trazendo, novamente, FIORINI a contexto:

“Em suma: a presença do interesse público não significa um único conteúdo e menos um regime jurídico igual para todos (grifos nossos). Os interesses secundários têm vários regimes por se tratar de distintas classes de situações jurídicas. As relações jurídicas que criam distinguem-se pela quantidade e extensão da necessidade pública que satisfazem, desde o interesse coletivo e primário até o dos particu-

(14) BARTOLOMÉ, Fiorini. *Teoria jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 72.

lares, quando houver interesse da coletividade de ampará-los” (tradução nossa).

Este, pois, o conceito jurídico-positivo de interesse público – aquele interesse que deve ser curado com prevalência e, para tanto, com a outorga de titularidade de poder à Administração, e cujo conteúdo reflete prerrogativas especiais inalienáveis.

Afirma FIORINI que, a cada interesse público (ainda que jurídico-positivo) não vai corresponder, necessariamente, o mesmo regime jurídico. Quanto à prevalência de um sobre o outro somente a interpretação, feita à luz de instituto determinado, de seu regime jurídico e do próprio sistema, poderá determinar. Por conseguinte, será a interpretação sistemática, a partir da principiologia constitucional, o vetor fundamental.

11. Em face do dito até agora, há de se concluir pela impossibilidade de a pessoa jurídica de direito público, mesmo autorizada por lei (inconstitucional no que tange a esse aspecto), despir-se de suas prerrogativas, que – por óbvio – não são dela própria, porém simples instrumental para o cometimento de suas competências-deveres constitucionais.

A esse propósito averbaram, com suas penas inexcedíveis, Celso Antônio Bandeira de MELLO e Geraldo ATALIBA.

Celso Antônio Bandeira de MELLO em parecer de sua autoria:

“1) Cumpre enfatizar que o poder do Município sobre a receita a ele constitucionalmente designado não é o de uma simples relação de propriedade, à moda do que ocorre no Direito Privado entre o dominus e os bens objeto de sua senhoria. Bem por isso, não se caracteriza pela mesma liberdade dispositiva que assiste a este último, pois nos poderes dos Municípios está insculpida a vinculação a um interesse de toda a coletividade municipal.

.....

2) Compreende-se, pois, que os poderes públicos e entre eles o de assenhorar-se de receita que o texto constitucional atribuiu a um sujeito, à toda evidência, são inegociáveis e não podem sofrer comprometimento prévio, como

se estivesse em causa uma simples relação de Direito privado e o mero exercício, por um sujeito, de seus direitos de propriedade sobre bem do qual livremente disponha.

.....

3) *Deveras, o art. 117, d'antanho, tal como hoje o art. 100, estabelece uma forma específica de satisfação de créditos contra a Fazenda Pública. Seu escopo é precisamente o de impedir que os credores possam se apoderar de bens públicos; é o de obstar que créditos contra pessoas de Direito Público, ainda quando judicialmente reconhecidos e proclamados, propiciem direta apreensão de recursos públicos.*

.....

4) *Verifica-se, portanto, que nos termos dos dispositivos pertinentes, credor algum pode, sem burla do art. 117 (ou hoje ao 100), estar, de antemão, garantido no recebimento de seus créditos fora do sistema ali estabelecido.*

.....

5) *Nem legislativo, nem Executivo, podem costear regramento de escalão constitucional. Por isso, disse Pontes de MIRANDA:*

'O texto constitucional é explícito: o Tesouro Federal não pode efetuar pagamento, sem que obedeça, inexcetualmente, à ordem de apresentação dos precatórios, um a um, por todo o crédito respectivo. Não há sofisma que se possa insinuar em letra tão clara: e o art. 117 não se dirige só ao Poder Executivo, não é norma dirigida exclusivamente às autoridades administrativas – é, também limitação ao poder da Câmara dos Deputados e do Senado Federal: veda-se-lhes a designação de casos ou de pessoas nas verbas legais, bem como a edição de regras jurídicas que permitem exceção ou prioridades contrárias a ordem de apresentação dos precatórios''.¹⁵ (grifos do autor).

(15) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. RDP-91, p. 88-91 e 92.

E, nem se diga que o parecer é anterior a Emenda 03, pois embora isso seja verdadeiro, já fizemos nosso comentário a respeito do sentido e alcance do texto constitucional, que não se modificou.

De seu turno, Geraldo ATALIBA manifestou-se na forma que segue:

“É que, não obstante tenha o particular direito adquirido a realizar o seu crédito na forma e condições que a lei vigente ao tempo da contratação previa – vale dizer, embora seu direito material fique teoricamente intangível – sua efetivação é problemática, dependente de mecanismos políticos e não jurídicos, quando o devedor seja pessoa pública.

.....

Se o patrimônio, como um todo, ou determinado bem, em especial – no caso de contrato entre pessoas privadas – é a garantia de seus débitos, já o mesmo não se dá no que respeita às pessoas públicas. Estas têm no seu patrimônio instrumento de promoção de suas funções públicas e tarefas administrativas.

.....

Por isso os bens públicos não podem ser havidos como garantia de seus débitos. Tais as razões pelas quais a “execução” contra as pessoas públicas há de ser diversa da aplicável às particulares.

.....

É que esta ação se caracteriza pela penhora dos bens do devedor e esta medida não é possível, em se tratando de pessoa pública. O que cabe, é, pois, ação ordinária, não obstante o crédito seja representado por título, revestido de certeza e liquidez.

.....

Pode-se, portanto, no direito “executar” as pessoas públicas. O que não se pode é propor, contra elas, ação executiva, nem pleitear medidas executórias.

.....

*Tudo isto é impossível, em se tratando de ré pessoa pública. Os bens integrantes de seu patrimônio só por lei podem ser destinados a esta ou àquela finalidade. Seus dinheiros são empregados nos fins que a legislação financeira determina”.*¹⁶

12. Cabe-nos, pois, enfatizar que a **impenhorabilidade**, como dito, deflui da própria **inalienabilidade**. Apenas admite-se o sequestro de bens, nos termos do § 2º do art. 100 da **Constituição da República**, que nada tem a ver com o presente estudo.

Exercem *munus publico*, todos aqueles que exercem *função*, dela não podem se demitir sob pena de responsabilidade.

Função é ônus, é dever para que determinadas finalidades de cunho público, ou de ordem pública sejam implementadas. Citem-se exemplificativamente o tutor ou o curador, que exercem função, que, por serem de ordem pública são indisponíveis.

13. E, como já dissemos, se a impenhorabilidade decorre da inalienabilidade, claro está **que não pode haver oneração de bens**. Não se prestam eles à constituição de **direitos reais de garantia**.

É possível, todavia, em condições especialíssimas, designadas no art. 52, VIII, ser outorgada concessão de garantia da União em operações de crédito externo, cabendo ao Senado Federal dispor sobre limites e concessões dessa garantia.

Todavia é evidente, entretanto, que tal garantia não poderá se converter em supressão da soberania do país, ou, no caso do Estado, interferência na federação.

Como se trata de u'a norma orçamentária, como já enfatizado apenas possibilita a previsão da receita para pagamento futuro, abrindo exceção à regra geral de que não se vinculam receitas de impostos.

Obviamente, a possibilidade de previsão orçamentária, **nada tem a ver com a maneira como se deva fazer a execução, que cumprirá os demais cânones constitucionais**.

(16) ATALIBA, Geraldo. **Empréstimos Públicos e seu Regime Jurídico**. Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1973, p. 232-234-235-236-240 e 245.

Se assim não fosse, se houvesse possibilidade de se fazer execução forçada contra a Fazenda Estadual pela União, na verdade estaria havendo comprometimento do próprio pacto federativo. Além de não se sujeitarem os entes públicos, como fartamente demonstrado, à execução forçada.

CONCLUSÕES

1. Consoante averbado, o mencionado parágrafo, singelamente, permite a vinculação orçamentária de verbas que, em princípio, não se prestariam a tal vinculação. Não compromete o art. 100 da Constituição. Ou, por outra, deve ser conjugado ao art. 100 e a todo regime jurídico dos bens públicos, vez que a receita pública é bem público de destinação especial.

Nas hipóteses de renegociação das dívidas do Estados-Membros presumindo-se, pois, dívidas contraídas em função do cumprimento de finalidades públicas, tal renegociação não pode comprometer as finalidades públicas constitucionalmente assinaladas ao Estado, sob pena de responsabilidade.

De outra parte, o contrato de empréstimo público celebrado não é contrato a ser regido pelo direito privado. Consoante pensamos trata-se de contrato administrativo, sob regime jurídico do direito administrativo.

2. A execução forçada, equivalente a expropriação não é confortada pelo regime jurídico aplicável aos bens públicos. A penhora de receitas públicas é absolutamente intolerável. A inalienabilidade do bem tem, como corolário lógico, sua impenhorabilidade.

3. De outra parte não cabe ao Estado demitir-se da possibilidade de invocar acontecimentos supervenientes de relevância, como próprios de contratos administrativos ou interadministrativos, ou, ainda, de antemão descartar a possibilidade de utilização do contraditório e da ampla defesa assegurados constitucionalmente, quando se fizessem estes necessários, dispondo, pois, do indisponível.