Recurso em Mandado de Segurança Nº 9.830 — BA (98/0036432-3)
Relator: O Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Construtora e Pavimentadora Servia Ltda.
Advogado(s): Antonio Carlos de Almeida Castro e Outros
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
Impetrado: Governador do Estado da Bahia
Recorrido: Estado da Bahia
Advogado(s): Pedro Augusto de Freitas Gordilho e Outros

EMENTA: ADMINISTRATIVO — FINANCEIRO — ASSUNÇÃO DE DÍVIDA CONTRATUAL PELO ESTADO CONTRAÍDA POR ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA — ROMPIMENTO UNILATERAL — IMPOSSIBILIDADE — RECEITA TRIBUTÁRIA — TRANSFERÊNCIA DIRETA AO CREDOR — PROCURAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA OUTORGADA PELO ESTADO A SEU CREDOR — NULIDADE.

I — O Estado, legalmente autorizado para tanto, pode assumir dívidas de entidades de sua administração indireta, provenientes da edificação de obras públicas revertidas ao patrimônio estatal e ao serviço público. Os atos

de que resultou tal assunção de dívida têm motivo e causa justos. Negar pagamento às respectivas dívidas implicaria em enriquecimento ilícito às custas do executor das obras.

II — A Súmula 473/STF não autoriza a desconstituição, por nulidade, de contrato bilateral. Tal desconstituição pressupõe contraditório judicial (L. 8.666/93, Arts. 58, II; 78 e 79),

III — A transferência automática de receita tributária ao credor, para resgate de dívidas, enfrenta os preceitos contidos nos artigos 100 e 167 da Constituição Federal.

IV — É nula outorga de procuração, pelo Estado a seu credor, com o escopo de permitir que este levante em causa própria, créditos tributários.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso. Lavrará o Acórdão o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros em face da aposentadoria do Senhor Ministro Demócrito Reinaldo. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado e Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado em virtude de o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira não haver participado do início do mesmo.

Brasília, 05 de outubro de 1999 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ DELGADO, Presidente

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator

(RISTJ, artigos 52, IV, "h", c/c 101, "caput" e § 1º)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR):

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pela empresa CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA SÉRVIA LTDA. contra ato do Governador daquele Estado, consistente na edição do Decreto nº 5.141 de 25 de janeiro de 1966, que declarou a nulidade de Contrato de Confissão de Dívida.

O fundamento da impetração se resume na resenha abaixo:

a) Com o Decreto, o Governo da Bahìa frustou, de pronto, o pagamento de dívidas do Estado, malgrado estavam calcadas na efetiva prestação do serviço e obras, no fornecimento de materiais e equipamentos, tudo já incorporado ao patrimônio do Estado;

b) O Decreto é manifestamente ilegal e fere o direito líquido e certo da impetrante, que fica impossibilitada de receber o seu crédito garantido por instrumento de confissão de dívida (Contrato).

Requereu a concessão da segurança, com a reclamação de nulidade do Decreto nº 5.141/96 e o restabelecimento da validade e eficácia do instrumento de confissão de dívida firmado pelo Estado em favor da impetrante. Juntou documentos.

O Tribunal de Justiça indeferiu a segurança, depois de prestados as informações e ouvido o M. Público.

Inconformada, a impetrante interpôs recurso ordinário embasado nos fundamentos da Inicial e demais subsídios jurídicos que entendeu aplicáveis ao caso.

O Dr. Subprocurador Geral do Estado opinou pela concessão da segurança.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR):

A empresa CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA SÉRVIA LTDA., qualificada às fls., impetrou mandado de segurança contra ato do GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA, alegando, sucintamente:

1. a impetrante é empresa do ramo de construção civil e nessa condição, após procedimentos licitatórios regulares, lhe foram adjudicados pelo DER-BA — Departamento de Estradas de Rodagem — cinco (5) contratos de empreitada dos serviços de terraplanagem, drenagem, obras d'arte e pavimentação de trechos rodoviários naquele Estado;

2. ainda, através de processo de licitação e subseqüente contrato com a EMBASA — Empresa Baiana de Águas e Saneamento S.A. — a impetrante realizou serviços de construção civil que redundaram na implementação e efetiva conclusão da 2ª etapa de ampliação do S.A.A. de Guanambi;

3. a impetrante, além de realizar os serviços, forneceu àqueles órgãos públicos todos os materiais, indo as obras realizadas integrar-se ao patrimônio do Estado;

4. os entes administrativos, após receberem as obras e serviços reconheceram expressamente os débitos através de certidões por eles expedidas;

5. em decorrência do débito referido, o Estado da Bahia, por seu Governador, firmou dois (2) instrumentos de confissão de dívida em favor da impetrante nos idênticos valores reconhecidos pelo DER-BA e pela EMBASA, e assumindo uma dívida que, em 04 de março de 1991 correspondia a um bilhão, cento e vinte e sete milhões, novecentos e oitenta e oito mil dezesseis cruzeiros e seis centavos:

6. no documento de confissão de dívida já referido consta a cláusula 4.1., com a seguinte redação: "Para a constituição da garantia do principal do débito, encargos financeiros, multas, mora e demais obrigações decorrentes deste instrumento, o Governo por esta e na melhor forma de direito, cede e transfere, como de fato cedido e transferido tem, à Construtora, em caráter irrevogável e irretratável e nos exatos valores que se tornarem exigíveis, consoante estabelecido neste instrumento seu direito e ação sobre os créditos que se façam à sua conta junto ao Banco do Brasil S.A. de que é titular, proveniente da arrecadação do fundo de participação dos estados (FPE) e ou aqueles oriundos de sua participação nos tributos do imposto de circulação de mercadorias e serviços (ICMS) e imposto de propriedade de veículos automotores (IPVA).

7. o Estado da Bahia emitiu à Secretaria da Fazenda do Estado, ao Banco do Estado da Bahia S.A., consoante a cláusula 4.2 autorização expressa para a transferência dos recursos decorrentes de sua cota no FPE e da sua participação no ICMS e IPVA à conta corrente da impetrante, ao exato montante da dívida já confessada;

8. ocorre que, no dia 25 de janeiro de 1996, o Governo do Estado editou o Decreto de nº 5.141, em cujo art. 1º "declara a nulidade dos instrumentos de Confissão de Dívida e Garantia de Pagamento por Cessão de Direito celebrados entre o Governo do Estado da Bahia e a Construtora e Pavimentadora Sérvia Ltda., bem como as procurações outorgadas à referida empresa para receber junto ao Banco do Brasil os valores respectivos";

9. com um só Decreto, o Governo da Bahia frustou o pronto pagamento de dívidas do Estado, malgrado estarem calcadas na efetiva prestação do serviço e no fornecimento de materiais e equipamentos, tudo já incorporado ao patrimônio do Estado;

10. o Decreto Governamental é manifestamente ilegal e fere direito líquido e certo da impetrante, que fica impossibilitada de receber o seu crédito, garantido por instrumento de confissão de dívida.

Requereu a concessão da segurança, com a Declaração de nulidade do Decreto nº 5.141/96 e o restabelecimento da validade e eficácia do instrumento de confissão de dívida firmado pelo Estado em favor da impetrante, além da notificação à autoridade coatora para que emita contra ordem ao Banco do Brasil, restabelecendo-se a efetividade dos atos negociais firmados.

Prestadas as informações, o Tribunal de Justiça denegou a segurança, em acórdão,

cuja substância jurídica está resumida na seguinte ementa:

"Mandado de Segurança Contra Ato Administrativo. A Administração que praticou ato ilegal, pode anulá-lo por seus próprios meios. Aplicação da Súmula 473 do STF. Ação Improcedente".

Inconformada, a impetrante interpôs recurso ordinário, cujos argumentos fáticos e jurídicos consoam com aqueles expendidos na exordial.

Feito esse sucinto relato, afigura-se-me, pelo menos, em parte, procedente o recurso.

Na defesa da autoridade impetrada, são as seguintes as objeções:

a) Os instrumentos de confissão e dívida (e procuração) são pertinentes a débitos que, se existem, foram contratados pelo DER-BA e EMBASA, que têm personalidade jurídica própria, com entes da Administração indireta. Só essas pessoas têm legitimidade para confessar as próprias dívidas;

b) Os instrumentos de Confissão fizeram vincular a receita de impostos com os pagamentos pretendidos, vinculação vedada pela C. Federal (art. 167, IV);

c) Há ausência de autorização administrativa. A Lei nº 4.831/89 nem autorizou e é inconstitucional;

d) Os valores indicados deveriam ser cobrados pelo sistema previsto em lei e ser pagos através dos Precatórios, como prevê a C. Federal (art. 100);

e) Os instrumentos de confissão de dívida foram assinados faltando, apenas, 11 dias para o término do mandato do ex-Governador (o firmatório), estando eivado de suspeitas, já que embutem uma confissão de dívida que o Estado jamais contraiu. A assinatura dos instrumentos teve um único fim, o de beneficiar a impetrante.

Examinemos cada uma das objeções.

A primeira delas, a de que as entidades devedoras têm personalidade jurídica própria e são as únicas com legitimidade para a firmação dos contratos de confissão de dívida, não tem fomento de direito.

Valorize-se, desde logo, tema factual. As entidades para as quais foram realizadas as obras e serviços são órgãos da Administração indireta do Estado. No dizer de Hely Lopes Meirelles, "o conceito de autarquia é meramente administrativo. Daí estarem as autarquias sujeitas ao controle da entidade estatal a que pertencem. Autarquia é pessoa jurídica de direito público próprio e típica, outorgada pelo Estado. A Autarquia integra o organismo estatal, é infra-estatal, está no Estado. A Autarquia não age por delegação, age por direito próprio e com autoridade pública, na medida do *jus imperii* que lhe foi outorgado pela lei que a criou". E continua:

"A Autarquia, sendo um prolongamento do Poder Público, uma longa *manus* do Estado, deve executar serviços próprios do Estado, em condições idênticas às do Estado, com os mesmos privilégios da Administração matriz e passível dos mesmos controles administrativos. Embora identificada com o Estado, a autarquia não é entidade estatal; é simples desmembramento administrativo do Poder Público. A jurisprudência dominante tem sustentado que as autarquias, dispondo de patrimônio próprio, respondem individualmente por suas obrigações e sujeitam-se aos pagamentos a que forem condenadas, sem responsabilidade da responsabilidade estatal a que pertence; mas, o rigor dessa orientação nos parece excessivo, pois, examinando-se os recursos autárquicos — que são também patrimônio público — não vemos como possa a Fazenda Pública eximir-se da responsabilidade subsidiária para o resgate dos débitos restantes" (Direito Administrativo Brasileiro, págs. 304/305).

Assim, a Autarquia, no dizer dos juristas, "integra o organismo estatal, é infra-estatal, é órgão do Estado e age por determinação do Estado. É, demais disso, na esfera administrativa, *longa manus* do Estado e *executa serviços públicos do Estado*". De igual modo, a sociedade de economia mista.

Destarte, efetivados as obras e serviços, que são públicos, realizados por entidade da Administração e já estando essas obras e serviços incorporados ao *patrimônio do Estado*, não vejo como desbordá-lo da obrigação do ressarcimento. Aliás, onde quer que estivessem as obras e serviços realizados, sob a administração das autarquias ou do Estado, eles cons-

tituíriam *patrimônio estatal*, desde que os órgãos autárquicos são meramente administrativos e estatais. O que as autarquias realizam é por determinação do Estado e só praticam serviços públicos, que se integram ao patrimônio público. Negaciar-se o Estado de ressarcir obras e serviços já entregues à utilização do público, constituirá, indubitavelmente, *enriquecimento sem causa*, especialmente quando tudo se efetivou mediante prévio processo licitatório.

Assinala Celso Antônio Bandeira de Mello, "que a autarquia, por ser sujeito de direito, responde pelos próprios atos. Apenas no caso de exaustão de seus recursos é que irromperá a responsabilidade do Estado; responsabilidade subsidiária, portanto. Essa se justifica, então, pelo fato de que, se alguém foi lesado por criatura que não tem mais como responder por isto, quem a criou, autorgando-lhe poderes pertinentes a si própria, propiciando nisto a conduta gravosa reparável, não pode eximir-se de tais conseqüências". A lição se aplica à sociedade de economia mista.

E após identificar, como da mesma índole da responsabilidade do Estado aquela decorrente dos atos das autarquias, assevera:

"Disto se segue igualmente que, perante terceiros, as autarquias são responsáveis pelos próprios atos. A responsabilidade do Estado, em relação a eles, é apenas subsidiária. Finalmente, uma vez que a lei cria uma dada entidade autárquica, o só fato de fazê-lo já implica, de per si, que atividade que lhe seja cometida passe, *ipso facto*, a ser qualificada como típica da Administração Pública e como tal terá de ser havida, se, antes já não o fosse" (Curso de Direito Administrativo, págs. 103/106).

Não vejo como o Estado da Bahia estivesse impedido de firmar os contratos que afirma, na declaração de nulidade (Dec. nº 5.141/96), que está despida de motivação. Valho-me, aqui, da exposição colacionada na Inicial e que se diz extraída de Parecer do jurista Vicente Greco Filho: "Os créditos questionados são originários de obras e serviços devidamente reconhecidos pelas entidades responsáveis e, portanto, correspondem a prestação efetivamente realizada. Os créditos, portanto, têm motivo ou causa, explicando Hely Lopes Meirelles (em Direito Administrativo Brasileiro, 14ª Ed. Rev. dos Tribunais, p. 180) que o motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. É o conjunto de antecedentes jurídicos e fáticos para que o ato seja válido e constituir-se elementos integrante da perfeição do ato. Nesse aspecto, os instrumentos de confissão de dívida e garantia de pagamento por cessão de direitos são incensuráveis" (pág. 20).

Era, pois, descabido e manifestamente injusto, que a autoridade impetrada, através de mero Decreto, anulando um contrato perfeito e acabado, impedisse que dívidas confessadas fossem pagas. E, o que é mais grave, tendo a confissão de dívida (o contrato) resultado de obras e serviços realizados por entidades da Administração Pública, em nome do Estado e para o Estado, incorporados, já, ao seu patrimônio e de que o povo baiana participa. O enriquecimento sem causa está evidente. É que, como já se disse, as entidades que autorizaram — pela via da licitação — a realização das obras e serviços — confessaram os débitos e deles forneceram documentos. E sendo essas obras realizadas por entes administrativos do Estado, não havia impedimento de que este firmasse o documento de Confissão de débito, eis que, beneficiário dessas obras e desses serviços foi o povo baiano, o Estado da Bahia. E se as obras integram o acervo patrimonial do Estado só a este cabe efetuar o pagamento. Se as entidades (DERBA e EMBASA) não dispõem de disponibilidade financeira para tal fim, a responsabilidade subsidiária cabe ao Estado. Enfim, é o Estado o beneficiária das obras, eis que, a Administração pública não se manifesta pela via direta — na consecução de seus fins — mas, também, indiretamente, através de órgãos (autarquias e sociedades de economia mista) que a ela são vinculados.

E as entes da Administração indireta não necessitam, em cada caso, de autorização para atuar. Eles administram e praticam os atos específicos, para cujo fim foram criados (por lei) — obras, serviços etc.

E se o DER e a EMBASA receberam as

obras e serviços, contraíram os débitos e os confessaram, se não dispõem de verbas para o devido pagamento e, acerca dessa circunstância inexiste objeção, a obrigação se transfere para o Estado, que, subsidiariamente, é o responsável.

A conclusão, assim, só pode ser uma só: à autoridade impetrada era defeso impedir o pagamento do débito (mediante a revogação do contrato); o contrato firmado pelo Estado e a impetrante se embasavam em motivação justa, qual seja, o acréscimo do patrimônio do Estado, que não podia enriquecer às custas alheias; está configurada a responsabilidade subsidiária do Estado (senão direta) pelo pagamento do débito, aliás, confessado.

Demais disso, o próprio contrato de empreitada subscrito pela EMBASA (cláusula 14ª) dispõe: "os recursos financeiros para o pagamento dos serviços objeto deste contrato são originários do Tesouro do Estado da Bahia, ou CEF ou BIRD". E a cláusula acima é corroborada pela certidão expedida pela EMBASA, nos termos a seguir: "os valores aqui discriminados referem-se a recursos do Governo do Estado" (Doc. nº 12). Assim, sabia-se, de antemão, que o dispêndio com a realização das obras e serviços seriam suportados pelo Estado.

É, pois, injurídico o afirmar-se que o contrato (de confissão de dívida) haja vício de *motivo* ou de competência.

Por outro lado, o Estado, ao firmar o Contrato de Confissão de dívida se estribou em autorização legal, desse que, a Lei nº 4.821/89, em seu art. 2º, "autoriza o Poder Executivo a realizar operações de crédito no mercado financeiro interno ou externo ou a prestar garantias ou contra-garantias, mediante a vinculação de parcelas de suas receitas provenientes de tributos e ou de transferências da União, em contratos de prestação de serviços firmados por ele, Poder Executivo, ou por entidades da Administração centralizada ou descentralizada" (ou empresas de economia mista).

O Estado estava autorizado através de lei, sem que esta, obrigatoriamente, fosse lei complementar. Demais disso, consoante argumentos já expendidos, a começar pela circunstância de que, as autarquias (e sociedades de economia mista) estão autorizadas, nos limites previstos na lei que as criou, a realizar obras e serviços, atuando como entes da Administração e aqueles (obras e serviços) se integram, *ipso facto,* ao patrimônio do Estado. Apontar qualquer defeito formal (ou material) na lei nº 4.821/89 desserve ao fim colimado pela autoridade impetrada.

Inexistentes os pressupostos legais, ao Poder Executivo era defeso extinguir o contrato unilateralmente, sem obediência às cautelas da lei e afrontando o princípio constitucional do devido processo legal. A extinção unilateral do ato administrativo — que goza da presunção de validade — só pode ocorrer nos casos previstos na legislação (Lei 8.666/91, arts. 58, II, 78 e 79, I). Ora, *in casu*, cuida-se de *contrato bilateral*, prevendo obrigações para ambas as partes e se erigindo em mera garantia para o pagamento de obras e serviços já realizados e que já compõem o patrimônio público. A rescisão unilateral de um contrato de que decorrem obrigações para o Estado encontra óbice na própria lei. Não se cuida, aqui, da hipótese prevista na Súmula 473 do STF. Na hipótese, o contrato bilateral está perfeito e acabado e despido de nulidades que o possam macular.

Com efeito, preleciona Marçal Justen Filho:

"A rescisão do contrato exige estrito cumprimento ao princípio do contraditório e observância ao devido procedimento administrativo. Em termos práticos, isso significa que a rescisão deverá ser precedida de um procedimento administrativo, ao qual o particular tenha amplo acesso e onde possa deduzir sua defesa e produzir suas provas. A instauração do procedimento administrativo deverá ocorrer formalmente, *inclusive com a definição dos fatos* que se pretendem apreciar" (Coms. à Lei de Licitação, p. 453).

Nesta linha de raciocínio, o STF proclamou:

"Ato Administrativo. Repercussões. Presunção de Legitimidade. Situação constituída. Interesses contrapostos. Contraditório.

Tratando-se de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, *anulação* não prescinde

da observância do *contraditório*, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao Particular" (RE nº 199.733-8, D.J.U. de 30.4.99, p. 23).

In casu, se o débito realmente existe, se as obras foram realizadas e entregues ao Estado, passando a integrar o seu patrimónío e à utilização do público, o contrato de Confissão de Débito, além de ser legal, constituiu uma garantia para a empresa recorrida e obrigação ao Estado, não podendo ser desfeito unilateralmente pela Administração, *sponte sua*, e, ainda assim, sem observância do devido processo legal. O ato da autoridade impetrada (Dec. nº 5.141/96) é despido de qualquer efeito jurídico, por afrontar princípios legais e constitucionais.

Resta, porém, um último argumento da autoridade impetrada, que, ao meu ver, tem inteira procedência, não para justificar a *declaração* de *nulidade* do contrato e, assim, eximir-se o Estado do pagamento de obras e serviços já realizados, constituindo bens públicos, enriquecendo-se sem causa. Aduz, o impetrado, que uma das cláusulas do Contrato "a que determina a transferência automática de tributos à impetrante, através de Bancos, afronta preceitos constitucionais (arts. 100 e 167, IV) e legais (Lei Orçamentária), vedada, ainda, a vinculação de despesa a obra, fundo ou programa.

Segundo me parece, nesta parte, o Estado está com a razão. A Constituição Federal define, com precisão, o sistema de pagamento à Fazenda Pública, em geral e que se fará exclusivamente na ordem cronológica dos precatórios. Impõe, ainda, a Carta Magna, que todas as *despesas* constem da lei orçamentária e que sejam executadas na forma estabelecida na *lei de meios*. Por último, os tributos são instituídos pelo Estado, com competência para arrecadá-los, na forma da lei. Ademais. a competência tributária é *indelegável* (art. 7º do CTN), "salvo a atribuição da função de arrecadar conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra". Além do mais, "a transferência de algumas funções elencadas no art. 7º do CTN deve ter previsão legal" (Carlos Walder do Nascimento, Coms. ao CTN, p. 44).

Decerto que, no Contrato de Confissão de Dívida, firmado pelo Estado não se poderia inserir *cláusula* em que a empresa impetrada assuma a posição de *arrecadadora*, visto como terá a faculdade de sacar, nos Bancos (arrecadadores), as importâncias correspondentes aos tributos. A delegação, aliás, limitada, de que a lei permite a delegação (art. 7º do CTN) só é possível de pessoa jurídica para pessoa jurídica de direito público.

Afigura-se-me, ainda, que a cláusula contratual (que autoriza o repasse imediato de tributos à impetrante) destoa dos arts. 100, 167, II, da C. Federal e de normas de lei federal.

Com efeito, o Contrato de Confissão de Dívida (que, aliás, constitui título executivo extrajudicial (CPC, art. 585) não poderia ser cobrado ao Estado de forma direta — lançando mão a impetrante dos tríbutos arrecadados. A Lei estabelece o procedimento adequado para se efetuar a execução (arts. 730 e 731 do CPC), observando-se, na efetivação do pagamento, a ordem dos precatórios (art. 100 da C. Federal).

Acerca do tema, escreveu Kiyoshi Harada:

"Parece não haver dúvida quanto à impenhorabilidade do bem público, quer na doutrina, quer na jurisprudência. E se os bens públicos (imóveis, móveis, rendas. direitos creditórios etc.) são impenhoráveis, por certo, não se prestam à execução direta, consectário lógico do vínculo de natureza real que se estabelece entre a coisa e a ação do credor hipotecário, pignoratício ou anticrético. Por isso sustenta o sempre festejado Hely Lopes Meirelles: desde que a Constituição da República retirou a possibilidade de penhora de bens da Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal, 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 subseqüente satisfação da dívida, mediante praceamento ou adjudicação do bem dado em garantia.

Uma garantia real que não contasse com a execução direta dá coisa onerada, deixaria de satisfazer aos seus fins, desgarantindo o direito do credor. Não seria de modo algum garantia real".

E continua:

"O poder tributário; abarca obviamente o poder de instituir por lei, o poder de fiscalização e o poder de arrecadar com exclusividade os tributos. Daí porque o art. 7º do Código Tributário veda a delegação de competência tributária. Quando os bancos recebem a incumbência de arrecadar o tributo, no caso, não estaria havendo uma delegação de competência, porque os guichês bancários estariam funcionando como uma mera extensão dos cofres públicos para receber o crédito tributário, pago voluntariamente pelos contribuintes".

E esclarece:

"Dada essa característica do poder dever não vemos como possa confundir a relação desse poder tributário como mera relação de propriedade, como é o caso de oferecimento de garantia real. O imposto existe para garantia da sociedade e não para a garantia do credor. O crédito tributário mereceu um tratamento inteiramente regulado pelo direito público desde sua origem, com a ocorrência do fato gerador, sua constituição pelo instituto do lançamento até a sua extinção pelo pagamento e demais modalidades previstas no art. 156 do CTN. É cercado de privilégios e garantias especiais, ensejando a instauração de uma relação jurídica de direito público, quer no campo material, quer no campo processual, onde o sujeito ativo é sempre a Fazenda que pode desencadear o processo de execução fiscal pelo rito privilegiado. Daí o caráter de indisponibilidade do crédito tributário apregoado pela doutrina vigorante".

E conclui:

"Dessa forma, não vemos como possa validamente dar em penhor o crédito tributário ao 'credor particular', que ficará sub-rogado em prerrogativas próprias do Poder Público, que não pode abrir mão do poder-dever de arrecadar ou receber os tributos que lhe pertencem. Oferecê-los em garantia seria inverter ou, subverter os princípios concernentes à garantia do crédito tributário. Qualquer pagamento de débito do Poder Público há de ser feito de conformidade com a lei orçamentária em curso. Permitir a execução direta do crédito tributário apurado seria anular em bloco não só os preceitos concernentes à realização da receita e ao pagamento das despesas previstas na Lei 4.320/64, como também contrariar as providências arroladas no art. 100 e parágrafos da C. Federal, que regulam a forma específica, a satisfação de crédito contra a Fazenda, Pública" (Rev. dos Tribunais, vol. 26, págs. 178/180).

Fica, pois, evidente, que a garantia oferecida, pelo Estado à impetrante de pagamento automático mediante garantia de tributo arrecadados — não pode prevalecer, desde que, todo débito da Fazenda há de ser pago, mediante a previsão orçamentária e pela via dos Precatórios. A designação de um montante de tributo para pagamento a um só credor criaria um privilégio afrontoso à C. Federal.

Por outro lado, em face do nosso direito, nenhuma despesa pode ser realizada sem previsão orçamentária. O orçamento é, portanto, no dizer de Celso Ribeiro Bastos, "visto que aprovado pelo legislativo para vigorar como lei dispondo sobre a atividade financeira do Estado, quer do ponto de vista das receitas, quer das despesas" (Curso de Direito Financeiro, p. 74). E adianta já nos seus Comentários à C. Federal: "a interdição, na execução orçamentária, diz respeito à Administração, que não pode gerar despesas, sob pena de responsabilização funcional em face da obrigatoriedade dos administradores públicos em respeitar as diretrizes orçamentárias e a própria lei de meios" (Coms. à Constituição, vol. VI, Tomo II, págs. 334/335).

Não vejo, pois, como validar a cláusula contratual de garantia, vinculando, desde logo, impostos para a satisfação da dívida, sem observância dos arts. 100 e 167, II e IV, da C. Federal e arts. 730 e 731 do C. de Proc. Civil.

Como se afirmou, acima, o que se tem — Contrato de Confissão — é um título executivo extrajudicial (art. 585, II), que pode ser executado de acordo com o disposto no C. de Proc. Civil (arts. 730 e 731). É que, a ação executiva a que alude o art. 730 do CPC,

passou a ser embasada em título executivo judicial ou extrajudicial dotado de executoriedade (REsp. nº 100.700/BA).

Com os argumentos expostos, entendo ser o Contrato de Confissão de Dívida (firmado entre o Estado da Bahia e a impetrante) válido, exceto em relação à cláusula 4.1 e que oferece em garantia de dívida (pelo Estado), os direitos e ações sobre os créditos provenientes do Fundo de Participação e os oriundos de sua participação no imposto de circulação de mercadoria e serviços e sobre propriedade de veículos automotores (IPVA).

Com estas considerações, dou provimento parcial ao recurso, e nesta parte, concedo a segurança, para considerar nula a cláusula 4.1. do Contrato e já referida, ficando válidas as demais pactuadas (Contrato de Confissão de Débito), podendo a impetrante cobrar o que lhe é devido através do procedimento adequado.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Nº Registro: 98/0036432-3
Pauta: 18/05/1999
JULGADO: 25/05/1999
Relator: Exmo. Sr. Min. DEMÓCRITO REINALDO
Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. JOSÉ DELGADO
Subprocurador-Geral da República: EXMA. SRA. DRA. GILDA PEREIRA DE CARVALHO BERGER
Secretário (a): RUBENS CESAR GONÇALVES RIOS

AUTUAÇÃO

RECTE.: CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA SERVIA LTDA.
ADVOGADO: ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E OUTROS
T. ORIGEM: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
IMPDO.: GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA
RECDO.: ESTADO DA BAHIA
ADVOGADO: PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO E OUTROS

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram oralmente o Dr. Miguel Pereira Neto pela recorrente e o Dr. Pedro Gordilho pelo Estado da Bahia.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA ao apreciar o processo em epigrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator dando parcial provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Aguardam os Srs. Ministros José Delgado e Garcia Vieira.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 25 de maio de 1999

Secretário: RUBENS CESAR GONÇALVES RIOS

ESCLARECIMENTOS

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Fiquei com algumas dúvidas. Haveria vinculação de tributos ou se está cedendo cota no fundo com tributo já arrecadado?

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR): Está cedendo-se tudo: tributos, cota, fundo de participação, IPVA. A cláusula 4.1 dá como garantia os próprios tributos, para que ele pague-se a si próprio, indo aos bancos e de lá retirando o dinheiro, porque, hoje, os bancos são verdadeiros arrecadadores. Essa cláusula que penso que é nula, caso contrário, criaria-se um privilégio. Vamos supor que um de nós fosse

Governador ou Prefeito, tivesse um amigo, que fizesse um serviço para o Estado, mesmo através de licitação. Depois de dois ou três meses de atraso, fazia-se um contrato com o cidadão, constando uma cláusula dessa natureza; privilegiar-se-ia o cidadão, retirá-lo-ia daquela precedência dos precatórios. Isso poderia acontecer permanentemente.

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O que me preocupa é que se considera válida, eficaz, a assunção de dívida, mas se proíbe ao Estado de pagar espontaneamente.

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR): Não, o Estado pode pagar espontaneamente.

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Não é tese do Estado da Bahia?

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR): Sim, se ele quiser fazer um outro acordo ou qualquer coisa para pagar, ele pode, só não pode pagar por esse sistema: se o cidadão chegar ao banco e perguntar "qual é o dinheiro do Estado que tem aí? Então me dá".

O EXMO. SR MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: A tese do Estado parece que é esta: o credor, se quiser, vá cobrar em juízo; estou obrigado a pagar, mas não pago. Mas o Estado não é obrigado a pagar espontaneamente?

O EXMO. SR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR): E obrigado, mas o Estado tem um sistema de pagamento diferente. V. Exa. sabe disso. Tem que ter verba orçamentária, tem que haver a ordem dos precatórios, porque, senão, o sujeito vai privilegiar e pagar a quem ele quiser.

O EXMO. SR MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: A ordem dos precatórios é só para condenação judicial. Isso é que me tem preocupado muito no nosso sistema; outro dia, até escrevi artigo a respeito disto: transforma-se o Poder Judiciário no grande administrador. O Estado deve; reconhece que deve, mas não paga. Só paga se o poder Judiciário mandar. E, se o Poder Judiciário manda, só poderá pagar, na ordem dos precatórios. Isso realmente é uma deformação que o Estado brasileiro tem assumido e que o Poder Judiciário tem carregado nos ombros. É uma deformação que nos tem inviabilizado.

O EXMO. SR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR): Mas Ministro, não podemos transformar o particular em arrecadador e pagador a si próprio dos tributos do Estado. Isso é impossível. Há de haver um sistema, e este é o previsto na Constituição, na Lei de Orçamento.

O EXMO. SR MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Para a dívida externa essa vinculação é viável, para interna não é. O eminente advogado tem algo a declarar?

QUESTÃO DE ORDEM

O EXMO. SR. MIGUEL PEREIRA NETO (ADVOGADO): No sentido de que a notificação foi precedida única e exclusivamente com relação ao Fundo de Participação dos Estados.

ESCLARECIMENTOS
(continuação)

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR): Estou decidindo a matéria de acordo com o que está exposto no mandado de segurança.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (PRESIDENTE): Aproveitando os nobres advogados para afirmação do meu convencimento, gostaria, antes de V. Exa. pedir vista, ainda na fase de debates, de tirar duas dúvidas. Primeira, esses valores contratados e agora reconhecidos pelo Estado, havia previsão orçamentária para o seu pagamento?

O EXMO. SR. MIGUEL PEREIRA NETO (ADVOGADO): Havia previsão orçamentária e legal.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (PRESIDENTE): O eminente Ministro-Relator diz que não havia essa previsão, V. Exa. diz que havia. Estou satisfeito.

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR): Esse serviço foi prestado por entidade indireta. A princípio,

poderia existir uma determinada quantia, mas essa quantia se exauriu. Porque, se o DER tivesse o dinheiro, teria logo pago, o Estado não teria assumido essa responsabilidade.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Qual a resposta de V. Exa., nobre advogado, havia previsão, orçamentária para esse pagamento?

O EXMO. SR. MIGUEL PEREIRA NETO: Resposta negativa, Exa.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (PRESIDENTE): Outra dúvida que tenho, segundo entendi dos memoriais que me foram apresentados e os debates aqui já instalados, esses serviços foram prestados a uma autarquia estadual e a uma empresa pública. Duas pessoas jurídicas: uma de direito privado, que é a empresa pública; outra de direito público, que é a autarquia estadual. Essa empresa e essas autarquias foram extintas? Continuam com seu patrimônio em exercicio?

O EXMO. SR. MIGUEL PEREIRA NETO (ADVOGADO): Não foram extintas, Exa.; elas continuam com seu patrimônio e em exercício.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (PRESIDENTE): Essa lei dos memoriais, que não tenho aqui o texto, inclui-se no processo?

O EXMO. SR. MIGUEL PEREIRA NETO (ADVOGADO): Sim, está juntada aos autos, Exa.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (PRESIDENTE): Há autorização legislativa para essa responsabilidade subsidiária na lei? A lei dispõe: o Estado da Bahia fica autorizado a assumir, em caráter subsidiário, as dívidas tais e tais?

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR): Não. Esse caráter subsidiário é a doutrina.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: A Recorrente, empreiteira de construção civil, vitoriosa em licitações, executou várias obras públicas para o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado da Babia e para a Empresa Baiana de Águas e Saneamento S.A. Tais obras (estradas de rodagem e serviço de abastecimento e tratamento de águas), após serem recebidas como bons, incorporaram-se ao patrimônio estatal. Não foram, contudo, remuneradas.

O Estado da Bahia assumiu como suas, as dívidas reconhecidas pelas entidades de sua administração descentralizada. Fez isto, em dois contratos cujos instrumentos tomaram o nome de "Instrumento de Confissão de Dívida e Garantia de Pagamento". Ambos os contratos foram celebrados em 4.3.91 (fls. 320 e 326)

Nos termos da Cláusula Quarta,

"4.1 — Para constituição da garantia do principal do débito, encargos financeiros, multas, mora e demais obrigações decorrentes deste instrumento, o GOVERNO por este e na melhor forma de direito, cede e transfere, como de fato cedido e transferido tem à CONSTRUTORA, em caráter irrevogável e irretratável e nos exatos valores que se tornarem exigíveis, consoante estabelecido neste instrumento, seu direito e ações sobre os créditos que se façam a sua conta junto ao Banco do Brasil S/A, de que é titular, proveniente da arrecadação do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e ou aqueles oriundos de sua participação nos tributos do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores."

"4.2 — Para cumprir a obrigação assumida no item anterior, o GOVERNO autoriza desde já a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e/ou o Banco do Estado da Bahia S/A e/ou o Banco do Brasil S/A a transferir, antes mesmo do crédito em sua conta corrente de depósito de cotas do FPE, ICMS e IPVA para a conta corrente da CONSTRUTORA nos mesmos Bancos ou de outra instituição financeira indicada pela CONSTRUTORA, os recursos necesssários ao pagamento do débito com os acréscimos já indicados, perdurando tal autorização até a satisfação total dos débitos."

"4.3 — *omissis*"

"4.4 — Para atender no disposto nos itens anteriores, o GOVERNO autoriza a CONSTRUTURA através de instrumento particular

de procuração, com poderes específicos, e que a este se integra, em caráter irretratável e irrevogável, na forma do disposto no inciso II do artigo 1.317 do Código Civil Brasileiro, para receber do Banco do Brasil S/A e/ou do Banco do Estado, da Bahia S/A e ou da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia os direitos creditórios decorrentes da arrecadação do Fundo de Participaçãao dos Estados (FPE), do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) que pelo presente instrumento são concedidos à CONSTRUTORA em garantia do cumprimento de todas as obrigações deste instrumento;"

Não houve pagamento.

Em lugar de cumprir o pacto, o Estado emitiu o Decreto 5.141, de 25 de janeiro de 1996, declarando nulas todas as suas cláusulas, assim como as procurações a que se referem as cláusulas 4.4 dos contratos (fl. 358). Notificou, ainda, o Banco do Brasil, proibindo qualquer pagamento a título de atendimento às procurações.

Os recorrentes pedem Mandado de Segurança para que se declare a nulidade do Decreto restaurando-se em plena eficácia as cláusulas por ele desconstituídas. Por efeito da restauração de eficácia, pedem a emissão de contra-ordem ao Banco do Brasil, para que dê cumprimento às ordens de pagameuto.

A Segurança foi denegada. O E. Tribunal *a quo* recusou a Ordem, sob o argumento de que o contrato carecia de causa justa e se desviara dos motivos que o justificariam. Assim, o Estado, em lhe declarando a nulidade, simplesmente aplicou a regra consagrada na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

Nesta Turma, o eminente Relator (Ministro Demócrito Reinaldo) deu provimento parcial ao recurso ordinário. Fê-lo, após desenvolver eruditas considerações, porque:

1. a circunstância de o DERBA e a EMBASA serem pessoas jurídicas distintas do Estado não impede que este assuma dívidas daquelas, em seu proveito. Para chegar a tal assertiva, o Ministro Relator desenvolveu eruditas considerações;

2. os atos de assunção de dívida tem motivo e causa justos, eis que os débitos reconhecidos originaram-se em obras revertidas ao patrimônio estatal e no serviço público. Negar pagamento a tais dívidas implicaria em enriquecimento ilícito às custas do executor das obras;

3. O contrato apoiou-se em autorização legal, já que o art. 2º da Lei 4.821/89 credencia o Poder Executivo a "prestar garantias ou contra-garantias, mediante a vinculação de parcelas de suas receitas provenientes de tributos e ou de transferências da União, em contratos de prestação de serviços firmados por ele (Poder Executivo) ou entidades da administração central ou descentralizada";

4. se não havia nulidade, a Súmula 473/STF não incide;

5. em se tratando de contrato bilateral, a desconstituição por nulidade pressupõe contraditório judicial (Lei 8.666/93, arts. 58, II;78 e 79).

Um ponto, entretanto, impediu o Ministro Demócrito Reinaldo de conceder plenamente a Segurança. É aquele argumento do Estado, afirmando que a transferência automática de tributos ao credor enfrenta os preceitos contidos nos artigos 100 e 167 da Constituição Federal. Por outro enfoque, observa Sua Excelência, a competência para arrecadar tributos é indelegável (art. 7º do CTN) e a autorização para repasse imediato de tributos à impetrante maltrata os artigos 100 e 167, II da Constituição Federal.

No entendimento do Relator, o contrato de confissão de dívida, embora seja um título judicial, não autoriza execução direta, mediante simples apropriação de receita tributária. É que o Código de Processo Civil (arts. 730 e 731) demarca o procedimento da execução contra o Estado. Por outro lado, observa Sua Excelência, nenhuma despesa pode ser efetuada sem previsão orçamentária.

O Ministro Demócrito Reinaldo conclui seu voto, concedendo parcialmente a Segurança para:

a) reconstituir os contratos, no que se refere à assunção das dívidas, reconhecendo nos documentos a qualidade de títulos executivos extrajudiciais;

b) denegá-la no que se refere à cláusula quarta.

Pedi vista, preocupado com uma circunstância: o Estado, reconheceu, em contratos escritos, como suas, dívidas assumidas com a efetivação de obras que reverteram em seu favor; cinco anos após, sem qualquer escrúpulo, em atitude unilateral, renega os ajustes, remetendo os contratantes às barras do Judiciário. O descumprimento contratual não se fundamenta na inexistência ou má qualidade das obras; o Estado reconhece que as empreitadas foram cumpridas a contento, mas foram executadas a pedido de outras pessoas jurídicas integrantes de sua administração descentralizada. Semelhante pretexto, ao tempo em que agride a ética, agrava a deformação cultural que nos transformou em nação de demandistas. Explica-se: o Estado, valendo-se de expedientes semelhantes ao que ora examinamos, deixa de honrar espontaneamente suas obrigações; utiliza o Poder Judiciário como instrumento para adiar o cumprimento de tais compromissos; o cidadão, de sua parte, raciocina, dizendo "se o Estado que deve oferecer bons exemplos, utiliza a Judiciário, na protelação de seus pagamentos; eu também o farei". Semelhante atitude gerou a cultura do demandismo que conduziu os tribunais brasileiros à inviabilidade — inviabilidade de onde não sairá, enquanto permanecer a deformação cultural.

Observo que a recorrente, ofertou-nos substancioso Parecer, emitido pelo eminente Advogado, Ministro Luiz Rafael Mayer.

A leitura atenta dos autos e do ilustrado voto convenceu-me de que o eminente relator está certo. Concordo integralmente com as conclusões de seu voto. Explícito, apenas, uma observação que me parece contida nas entrelinhas do pronunciamento: nada impede que o Estado pague espontaneamente a dívida que assumiu. Basta, para tanto, que inclua em seu futuro orçamento previsão de verba para enfrentá-la. O art. 100 da Constituição, como observa o eminente Ministro Luiz Rafael Mayer, refere-se apenas às dívidas oriundas de decisão judicial. Aqui, a dívida origina-se em contrato.

Acompanho o eminente relator. Concedo parcialmente a Segurança, para determinar à autoridade impetrada que tenha como juridicamente eficazes os contratos desconstituídos pelo Decreto 5.141/96.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Nº Registro: 98/0036432-3
Pauta: 18/05/1999
Relator: Exmo. Sr. Min. DEMÓCRITO REINALDO
Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. JOSÉ DELGADO
Subprocurador-Geral da República: EXMA. SRA. DRA. MARILENE DA COSTA FERREIRA
Secretário (a): RUBENS CESAR GONÇALVES RIOS

AUTUAÇÃO

RECTE.: CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA SERVIA LTDA.
ADVOGADO: ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E OUTROS
T. ORIGEM: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
IMPDO.: GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA
RECDO.: ESTADO DA BAHIA
ADVOGADO: PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO E OUTROS
SUSTENTAÇÃO ORAL
Prestaram esclarecimentos a respeito de matéria de fato os Drs. Pedro Augusto de Freitas Gordilho, pelo recorrido e Miguel Pereira Neto, pela recorrente.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros acompanhando o Relator, pediu vista

o Sr. Ministro José Delgado. Aguarda o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado em virtude da Sr. Ministro Milton Luiz Pereira não ter participado do início do mesmo.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 5 de agosto de 1999

Secretário(a): RUBENS CESAR GONÇALVES RIOS

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, V. Exª está reconhecendo a validade da confissão de dívida assumida pelo Estado da Bahia, dívidas estas que eram da responsabilidade de uma autarquia e de uma empresa pública?

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sim, e que foram assumidas pelo Estado.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Através desse contrato de confissão de dívida. Uma cessão de compromissos, de dívidas que as autarquias passaram de responsabilidade da autarquia e de uma empresa pública. Essas autarquias foram extintas?

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Não, elas continuam existindo.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: A empresa foi extinta?

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Não, não há notícia.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: O eminente Advogado Dr. Miguel Pereira Neto poderia prestar esses esclarecimentos?

O SR. MIGUEL PEREIRA NETO (ADVOGADO): Sr. Presidente, Srs. Ministros e Sr. Procurador do Estado, com a fé do meu ofício posso declarar ao Tribunal que as duas entidades continuam vivas, funcionando regularmente e tendo suas atividades normais no Estado da Bahia, tanto a empresa de economia mista, quanto a autárquica.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Em face dessas informações do nobre Advogado, o Advogado Dr. Pedro Augusto de Freitas Gordilho, da parte contrária, poderia informar-me, em situação contrária, se essa empresa e a autarquia foram extintas, pode me confirmar?

O SR. PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO (ADVOGADO): Excelências, a título de esclarecimentos, ambas as empresas encontram-se em funcionamento atualmente.

PRESIDENTE O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO

RELATOR O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: A recorrente, Construtora é Pavimentadora Servia Ltda., empresa de construção civil, impetrou, na origem, mandado de segurança contra expedição pelo então Governador do Estado da Bahia, do Decreto nº 5.141/96, cujo teor transcrevo (fls. 358):

"DECRETO Nº 5.141 DE 25 DE JANEIRO DE 1996.

Declara a nulidade dos atos administrativos que menciona e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA, no uso de suas atribuições, e considerando que através de instrumentos de "Confissão de Dívida e Garantia de Pagamento por Cessão de Direitos", firmados em 04 de março de 1991, o então Governador Nilo Augusto Moraes Coelho confessou, em nome do Estado da Bahia, dever à CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA SÉRVIA LTDA. as quantias de Cr$ 1.127.988.017,06 (hum bilhão, cento e vinte e sete milhões, novecentos e oitenta e oito mil, dezessete cruzeiros e seis centavos) dadas como oriundas da execução de serviços contratados com o DERBA — Departamento de Estradas de Rodagem da Bahia; e de Cr$ 2.156.146.127,26 (dois bilhões, cento e cinqüenta e seis milhões, cento e quarenta e seis mil, eento e vinte e sete cruzeiros e vinte e seis centavos) que teria, supostamente, resultado da execução de serviços contratados com a EMBASA — Empresa Bahiana de Água e Saneamento — S/A;

Considerando que pelas cláusulas 4.1 a 4.4 dos referidos instrumentos o então supramen-

cionado Governador do Estado, em garantia do pagamento dos mencionados valores, encargos financeiros, multas, mora e demais obrigações não especificadas, declara ceder e transferir à CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA SÉRVIA LTDA., em caráter irrevogável e irretratável, todo direito e ação sobre os créditos que se façam a conta da Governo do Estado da Bahia junto ao Banco do Brasil S/A provenientes da arrecadação do Fundo de Participação dos Estados — FPE e/ou aqueles oriundos de sua participação no ICMS e no IPVA, outorgando ainda à CONSTRUTORA, através de procurações por instrumentos particulares, poderes para receber tais recursos da referida instituição financeira bem como do BANEB ou da Secretaria da Fazenda;

Considerando a inexistência de motivo, pressuposto de fato e de direito indispensável à validade das referidas "confissões de dívidas", eis que o Estado da Bahia não portava como não porta — a qualidade de devedor da CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA SÉRVIA LTDA., porquanto não havia figurado como parte ou mesmo como terceiro interveniente nos contratos de obras ou de prestação de serviços a que tais instrumentos se referem, nem assumira em tempo algum, ou sob qualquer forma, as obrigações ali eventualmente contraídas pela EMBASA e pelo DERBA, entidades dotadas de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, que não se confundem com o Estado da Bahia, nem com o Governo do Estado;

Considerando que a Constituição Federal em seu art. 167, inciso IV, e a Constituição do Estado da Bahia, em seu art. 161, inciso X, vedam expressamente a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, salvo exceções em que não se subsumem as hipóteses referidas;

Considerando que o art. 100, da Constituição Federal, preservando os princípios da isonomia, da impenhorabilidade e da indisponibilidade dos bens públicos, sujeita os pagamentos devidos pela Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal à ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios, proibindo a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim;

Considerando que a vinculação da receita estadual aos créditos supostamente constituídos nos instrumentos de confissão de dívida, viola frontalmente tais preceitos constitucionais. Considerando que a Lei Estadual nº 4.821, de 04.01.1989, na qual se pretendeu lastrear as confissões de dívida referidas, não se aplica às hipóteses em exame, além de padecer de irremediável vício de inconstitucionalidade, seja por não ter sido observado no respectivo processo legislativo o *quorum* qualificado de que trata o art. 76, da Constituição do Estado da Bahia, seja por afrontar, em seu conteúdo, os artigos 167, IV e 100 da Constituição Federal;

Considerando, finalmente, que a Administração Pública, no exercício do poder de autotutela, tem o dever de anular os seus próprios atos quando eivados de vícios insanáveis porque deles não se originam direitos. competindo, ainda, ao Governador do Estado zelar e proteger o erário, especialmente defendendo-o dos atos ilícitos e das despesas irregulares ou ilegais,

RESOLVE

Art. 1º — Fica declarada a nulidade dos "Instrumentos de Confissão de Dívida e Garantia de Pagamento por Cessão de Direito" celebrados entre o Governo do Estado da Bahia e a CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA SÉRVIA LTDA., em 04 de março de 1991, registrados no Cartório do 1º Registro de Títulos e Documentos sob nºs 36.300 e 36.301, do Livro E-220 em 06 de março de 1991, bem como das procurações outorgadas à referida empresa para receber junto ao Banco do Brasil valores resultantes da quota-parte do Estado da Bahia no Fundo de Participação dos Estados — FPE.

Art. 2º — A Procuradoria Geral do Estado, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais adotará as providências necessárias à preservação dos direitos e interesses do Estado da Bahia, inclusive perante terceiros, em decorrência dos atos ora declarados nulos.

Art. 3º — Revogam-se as disposições em contrário.

PALÁCIO DO GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA, em 25 de janeiro de 1996."

PAULO SOUTO

Governador

A impetrante, em sua petição inicial, alegou o que, de forma resumida, está posto no voto proferido pelo eminente Ministro Demócrito Reinaldo, Relator, e que passo a registrar:

"1. a impetrante é empresa do ramo de construção civil e nessa condição, após procedimentos licitatórios regulares lhe foram adjudicados pelo DER-BA — Departamento de Estradas de Rodagem — cinco (5) contratos de empreitada dos serviços de terraplanagem, drenagem, obras de arte e pavimentação de trechos rodoviários naquele Estado;

2. ainda, através de processo de licitação e subseqüente contrato com a EMBASA — Empresa Baiana de Águas e Saneamento S.A. — a impetrante realizou serviços de construção civil que redundaram na implementação e efetiva conclusão da 2ª etapa de ampliação do S.A.A. de Guanambi;

3. a impetrante, além de realizar os serviços, forneceu àqueles órgãos públicos todos os materiais, indo as obras realizadas integrarem-se ao patrimônio do Estado;

4. os entes administrativos, após receberem as obras e serviços, reconheceram expressamente os débitos através de certidões por eles expedidas;

5. em decorrência do débito referido, o Estado da Bahia, por seu Governador, firmou dois (2) instrumentos de confissão de dívida em favor da impetrante nos idênticos valores reconhecidos pelo DER-BA e pela EMBASA, e assumindo uma dívida que, em 04 de março de 1991 correspondia a um bilhão, cento e vinte e sete milhões, novecentos e oitenta e oito mil, dezesseis cruzeiros e seis centavos;

6. no documento de confissão de dívida já referido consta a cláusula 4.1, com a seguinte redação: "Para a constituição da garantia do principal do débito, encargos financeiros, multas, mora e demais obrigações decorrentes deste instrumento, o Governo por esta e na melhor forma de direito, cede e transfere, como de fato cedido e transferida tem, à Construtora, em caráter irrevogável e irretratável e nos exatos valores que se tornarem exigíveis, consoante estabelecido neste instrumento seu direito e ação sobre os créditos que se façam à sua conta junto ao Banco do Brasil S.A. de que é titular, proveniente da arrecadação do fundo de participação dos estados (FPE) e ou aqueles oriundos de sua participação nos tributos do imposto de Circulação de mercadorias e serviços (ICMS) e imposto de propriedade de veículos automotores (IPVA).

7. o Estado da Bahia emitiu à Secretaria da Fazenda do Estado, ao Banco do Estado da Bahia S.A., consoante a cláusula 4.2 autorização expressa para a transferência dos recursos decorrentes de sua cota no FPE e da sua participação no ICMS e IPVA à conta corrente da impetrante, ao exato montante da dívida já confessada;

8. ocorre que, no dia 25 de janeiro de 1996, o Governo do Estado editou o Decreto de nº 5.141, em cujo art. 1º "declara a nulidade dos instrumentos de Confissão de Dívida e Garantia de Pagamento por Cessão de Direito celebrados entre o Governo do Estado da Bahia e a Construtora e Pavimentadora Sérvia Ltda., bem como as procurações outorgadas à referida empresa para receber junto ao Banco do Brasil os valores respectivos";

9. com um só Decreto, o Governo da Bahia frustrou o pronto pagamento de dívidas do Estado, malgrado estarem calcadas na efetiva prestação do serviço e no fornecimento de materiais e equipamentos, tudo já incorporado ao patrimônio do Estado;

10. o Decreto Governamental é manifestamente ilegal e fere direito líquido e certo da impetrante, que fica impossibilitada de receber o seu crédito, garantido por instrumento de confissão de dívida."

A autoridade impetrada, nas informações prestadas, alegou o que está sintetizado, também, no voto proferido pelo Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo, do modo seguinte (fls. 5/6):

"a) Os instrumentos de confissão e dívida (e procuração) são pertinentes a débitos que, se existem, foram contratados pelo DER-BA e EMBASA, que têm personalidade jurídica própria, com entes da Administração indireta.

Só essas pessoas têm legitimidade para confessar as próprias dividas;

b) Os instrumentos de Confissão fizeram vincular a receita de impostos com os pagamentos pretendidos, vinculação vedada pela C. Federal (art. 167, IV);

c) Há ausência de autorização administrativa. A Lei nº 4.831/89 nem autorizou e é inconstitucional;

d) Os valores indicados deveriam ser cobrados pelo sistema previsto em lei e ser pagos através dos Precatórios, como prevê a C. Federal (art. 100);

e) Os instrumentos de confissão de dívida foram assinados faltando, apenas, 11 dias para o término do mandato do ex-Governador (o firmatório), estando eivado de suspeitas, já que embutem uma confissão de dívida que o Estado jamais contraiu. A assinatura dos instrumentos teve um único fim, o de beneficiar a impetrante."

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia denegou a segurança, de forma unânime, com apoio nos fundamentos desenvolvidos no acórdão de fls. 507/512, onde o voto proferido expressa o entendimento a seguir transcrito (fls. 509/512):

"Mister a análise do conceito de ato administrativo no nosso Ordenamento Jurídico, para que possamos deslindar o cerne do objeto do presente *mandamus*. Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Curso de Direito Administrativo, p. 200, 6ª edição, preleciona": É declaração do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional, ... O conceito que se acaba de dar corresponde a uma noção de ato administrativo em sentido amplo. Abrange, pois, atos gerais e abstratos, como costumam ser os regulamentos, as instruções (e muitas resoluções), *e atos convencionais como os chamados contratos administrativos*." Na mesma esteira de entendimento Temístocles Brandão Cavalcanti, *in* Tratado de Direito Administrativo, p. 218, 1942, prega: "*Há no entretanto, a nosso ver, um erro fundamental entre aqueles que consideram a existência do ato administrativo só naqueles casos em que as conseqüências jurídicas do ato emanam da vontade unilateral do Estado.*" Do exposto se pode afirmar, sem sombra de dúvida, estarem incluídos no rol dos atos administrativos os negócios jurídicos, ou contratos. Tal assertiva é preponderante, haja vista que a Impetrante alega que o instrumento de confissão de dívida, que ela tenta validar, por intermédio deste *writ*, não pode ser considerado como ato administrativo. *Data máxima vênia*, apesar dos pareceres de renomados juristas, não podemos acatar tal tese. O presente instrumento de confissão de dívida firmado entre as partes é ato administrativo e como tal está sujeito à anulação, acaso incorra no vício de ilegalidade. Destarte, pertinente e aplicável a Súmula nº 473, do Supremo Tribunal Federal: "Pacífica é hoje a tese de que se a Administração praticou ato ilegal, pode anulá-lo por seus próprios meios".

Sob o aspecto da forma o Decreto nº 5.141 de 25/01/96, está perfeito pois agiu a Administração autorizada por lei e jurisprudência sumular, no sentido de anular o referido instrumento de confissão, por ser este inequivocamente ato administrativo. Hely Lopes Meirelles, *in* Curso de Direito Administrativo Brasileiro, p. 218, 18ª edição, elucida: "A anulação do contrato é ato declaratório de invalidade preexistente, pelo que opera efeitos *ex tunc*, retroagindo às suas origens. *Quando feita pela Administração, deve formalizar-se por decreto, despacho ou termo circunstanciado em que se apontem os motivos da invalidade e o dispositivo legal ou regulamentar infringido.*"

Cumpre-nos agora o exame da ilegalidade apontada no Decreto atacado. Primeiramente é importante frisar, que o objeto da presente ação mandamental é a verificação da legalidade do instrumento de confissão de dívida firmado entre as partes, pois o que autoriza a sua anulação, é de forma reversa, a sua ilegalidade.

Da ofensa ao artigo 167, IV da Constituição Federal vigente. Prevê o citado artigo: "*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 a manutenção e desenvolvimento de ensino, como determinado pelo art. 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no artigo 165, § 8º, bem assim o disposto no § 4º deste artigo.

Na análise da *mens legis*, há de se observar que a intenção do Legislador é vedar a vinculação de receitas. Não está escrito, na norma, que esta vinculação se limita a órbita orçamentária, nem poderia. O que se busca é proibir o abuso e a temerária hipótese de ficar um órgão dotado do poder de dispor de parte de quantia pública obrigatoriamente destinada a ser distribuída de forma eqüitativa para atingir as necessidades do ente administrativo. Se a receita dos impostos ficasse indisponível acarretaria privilégio concedido a um em detrimento da coletividade, do bem maior, maculando a função pública.

Como as exceções não se aplicam 'a hipótese *sub judice,* vislumbra-se a ofensa ao referido diploma legal.

A vinculação é manifesta nos instrumentos de confissão de dívida, mais precisamente na cláusula quarta, transcrita: "Para constituição da garantia do principal do débito, encargos financeiros, multas, mora e demais obrigações decorrentes deste instrumento, o Governo por este e na melhor forma de direito, cede e transfere, como de fato cedido e transferido tem à CONSTRUTORA, em caráter irrevogável e irretratável, e nos exatos valores que se tornarem exigíveis, consoante estabelecido neste instrumento, *seu direito e ação sobre os créditos que se façam a sua conta junto ao Banco do Brasil S/A. de que é titular, proveniente da arrecadacão do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e ou aqueles oriundos de sua participação nos tributos do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS e Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA).*"

Da violação do art. 100 da Constituição Federal. O que se pretende elucidar com a citação da aludida norma é que o referido débito alegado pela Impetrante, não é reconhecido peto Estado, razão pela qual, o único meio viável de satisfazê-lo é mediante a ação de cobrança pelas vias judiciais, desta forma, se irá discutir a existência ou não do débito. Acaso venha este débito a ser confirmado terá que obedecer o citado dispositivo constitucional, ou seja, obedecer a ordem de expedição dos precatórios a fim de ver o seu débito satisfeito. Ademais, além das violações legais acima mencionadas, há de se observar que ao Governador não é dado reconhecer débito de entes da administração indireta, dotados de autonomia administrativa e financeira. Somente a estes entes é cabível o reconhecimento do efetivo débito, pois são pessoas dotadas de personalidade jurídica. Sabe-se que, acaso existente, o débito foi parcialmente satisfeito, indaga-se: como precisar se estes valores reconhecidos pelo Governador à época, correspondem aos valores efetivamente devidos pelas entidades da administração descentralizada? Razão pela qual, acata-se também a incompetência do Governador do Estado da Bahia à época para firmar o instrumento de confissão de dívida.

Diante de todo o exposto, conclui-se pela legalidade do Decreto nº 5.141 de 25/01/96, que declarou nulos os instrumentos de confissão de dívida e acessórios, firmados em favor da Impetrante."

A recorrente, no recurso ordinário interposto e ora em debate, insiste pela concessão a segurança com a conseqüente reforma do julgado, alegando, para fortalecer a sua pretensão, o que está retratado no resumo a seguir registrado:

a) ter executado "obras em nada menos do que 261 Kms de estradas de rodagem no Estado da Bahia, em razão de cinco contratos de empreitada de serviços de terraplanagem, drenagem, obras d'artes e pavimentação de diversos trechos rodoviários";

b) que os referidos contratos foram, originariamente, firmados com o Departamento de Estradas de Rodagem da Bahia, Autarquia Estadual conforme documentos de fls. 70/97 (Contrato de Empreitada PJ nº 028/89); de fls. 99/142 (Contrato de Empreitada PJ nº 001/90); de fls. 144/76 (Contrato de Empreitada nº 003/90); de fls. 178/217; (Contrato de Empreitada nº 036/89); de fls. 219/256; (Contrato de empreitada nº 037/89) como, tam-

bém, com a Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A — Embasa, Sociedade de Economia Mista (conforme documentos de fls. 258/313 — Contrato de Empreitada Mista — Obras e Fornecimento de Materiais e/ou Equipamentos);

c) que o DER-BA e a EMBASA reconheceram, conforme documentos de nº 09 e 10 anexados à petição inicial, dever à impetrante e ora recorrente, em data de 28.02.91, as respectivas quantias de Cr$ 1.127.988.017,06 (um bilhão, cento e vinte e sete milhões, novecentos e oitenta e oito mil, dezessete cruzeiros e seis centavos) e Cr$ 2.156.146.127,26 (dois bilhões, cento e cinqüenta e seis milhões, cento e quarenta e seis mil, cento e vinte e sete cruzeiros e vinte e seis centavos), montantes esses que, como o documento expedido pela EMBASA cuida até de explicitar, seriam adimplidos com recursos do Estado;

d) que o Estado da Bahia. por via de "2 (dois) instrumentos de confissão de dívida em favor da impetrante, nos idênticos valores aos reconhecidos pelo DER-BA e pela EMBASA", assumiu a responsabilidade de liquidar os mencionados valores, cedendo seus direitos sobre créditos provenientes de sua quota-parte no FPE — Fundo de Participação dos Estados e os oriundos de sua participação no Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICM) e Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA);

e) que, em face da expedição do ato atacado, o Decreto nº 5.141/95, ficou a impetrante impossibilitada de receber as importâncias que lhe são devidas e regularmente confessadas em instrumentos despidos de quaisquer vícios com capacidade de anulá-los, de retirar a existência, a validade, a eficácia e os efeitos dos mesmos do mundo jurídico;

f) que os juristas Vicente Greco Filho e Miguel Reale reconheceram, em sede de parecer, a legitimidade do negócio jurídico acima informado e consolidado por livre manifestação das partes;

g) que a inexistência dos motivos desenhados nos considerandos desenvolvidos no Decreto nº 5.141/96, pelo que a concessão de segurança há de se impor, em homenagem ao princípio da legalidade, em face da nítida liquidez e certeza do direito pleiteado.

O Estado da Bahia, ao contra-arrazoar, renovou os fundamentos apresentados na peça de informação da autoridade impetrada.

Fixando o panorama recursal, nos limites do que entendo necessário para a compreensão da controvérsia, apresento o meu voto.

De início, atenho-me ao círculo formado pelo pedido da impetrante, cuja concentração está na declaração da nulidade do Decreto Estadual de nº 5.141, de 25 de janeiro de 1996, com o conseqüente restabelecimento da validade e eficácia e efeitos de todas as cláusulas firmadas nos instrumentos de confissão de dívida já anunciadas.

Examino os contratos que foram declarados nulos pelo Decreto nº 5.141, de 25.01.96 e verifico que foram firmados entre partes, exclusivamente, Estado da Bahia e a Construtora e Pavimentadora Sérvia Ltda., sem que dele tenham participado o DER-BA — Departamento de Estradas de Rodagem da Bahia e a Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A — EMBASA.

De imediato, salta aos olhos a extravagância do referido negócio jurídico, onde refulge o fato do Estado da Bahia, sem qualquer autorização legislativa, haver confessado ser devedor de importâncias decorrentes de compromissos assumidos por uma autarquia e uma empresa pública, órgãos com personalidade jurídica própria, autônoma, em decorrência de serviços que lhes foram prestados, após regular procedimento licitatório e, conseqüentemente, como sói acontece, como devida disponibilidade orçamentária.

Estranho, ainda, é a circunstância das referidas entidades (autarquia e a empresa pública) não terem participado dos referidos contratos, pelo menos, para reconhecerem como certos e líquidos os valores confessados pelo Estado da Bahia em benefício da impetrante.

Não se desconhece que o administrador público no exercício de suas atividades, tem rigoroso e absoluto compromisso com a lei, tanto na prática dos atos de império, como nos qualificados de gestão.

De há muito, isto é, desde que o sistema legal brasileiro adotou a possibilidade dos

atos administrativos e negociais do Estado serem praticados por duas vias, a da administração direta e a da administração indireta, têm-se consagrado a inteira autonomia da personalidade jurídica das autarquias, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, sem se falar, no momento atual das agências executivas e das organizações sociais, recentes modalidades de pessoas jurídicas criadas pela reforma administrativa dos últimos dias.

O atuar das pessoas administrativas indiretas, por força da legislação a elas aplicada, é de subordinação apenas horizontal ao Poder Executivo, sujeitando-se, apenas, à política de comando para elas adotada e à fiscalização ministerial para que os seus fins sejam atingidos.

No campo patrimonial e obrigacional têm absoluta independência, pelo que o seu capital não se confunde com o do Estado, não obstante dele receber forte composição. O mesmo diga-se com referência às obrigações assumidas.

A única vinculação, no campo da garantia das dívidas assumidas por tais entidades, com o Estado que as criou consiste na responsabilidade subsidiária desse com tais obrigações, quando fica, judicialmente demonstrado, ou por processo administrativo inequívoco, a necessidade de sua dissolução pela impossibilidade de saldar seus compromissos, por insuficiência de recursos.

Outra situação a determinar a responsabilidade subsidiária do Estado é quando, por lei, tais entidades são extintas e não deixam patrimônio suficiente para cobrir os débitos existentes.

É de muito conhecido, também, que as autarquias, por serem pessoas jurídicas, têm orçamentos públicos, sujeitando-se, em caso de condenação judicial, ao regime dos precatórios para liquidar os valores a que forem condenados.

As empresas públicas, de forma diferente, podem ter seus bens penhorados, em caso de execução contra elas instauradas, ressalvando-se, apenas, a impenhorabilidade do capital subscrito pelo Estado e que tenha se concretizado.

Após tais considerações de ordem genérica sobre aspectos vinculados à lide em exame, surge a necessidade de se responder a seguinle pergunta:

No caso em análise o contrato celebrado pelo Estado tem caráter de negócio jurídico, sendo, portanto, contrato formado sob normas predominantes do Direito Privado ou apresenta-se como típico contrato administrativo?

Inicialmente, segundo o passo da doutrina, considero contrato administrativo típico aquele em que a administração participa, embora como parte, com supremacia de poder, cedendo espaço para conter cláusulas exorbitantes, explícitas ou implícitas.

Cláusulas exorbitantes, são, no ensinar de Hely Lopes, as que "excedem do Direito Comum para consignar em vantagem ou uma restrição à administração ou ao contratado."

Essas cláusulas, em regra, são as que possibilitam a alteração e rescisão unilateral do contrato; as que cuidam de resguardar o seu equilíbrio econômico e financeiro; as que permitem a revisão de preços ou tarifas; as de inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido; as que permitem o controle do contrato pela administração, a ocupação provisória de determinado território, a aplicação de penalidades etc.

Esses contratos, pela supremacia do interesse público neles presentes, podem ser alterados, anulados, rescindidos, revistos e extintos unilateralmente pela administração por motivos constantes nos dois positivos legais que os regem.

Do exposto, conclui-se que os contratos discutidos nos autos não possuem tais características. Eles, na essência, representam confissão de dívidas feitas pelo Estado, em razão de serviços prestados pela recorrente a entidades indiretas que lhe pertencem e que, por não possuírem recursos financeiros, deixaram de liquidar os débitos reconhecidos e assumidos.

Em outras palavras, tem-se um contrato onde consta a confissão de dívida de terceiros, dívida por estes reconhecida e que por elas o Estado responde subsidiariamente, com a assunção do compromisso de liquidá-los.

Integra a composição dos contratos questio-

nados o respeito pelo Estado aos princípios da legalidade, da moralidade e da proibição do enriquecimento ilícito, haja vista não permitir-se que órgãos integrantes da administração indireta a ele subordinado não cumpram com o pagamento de obrigações decorrentes de serviços executados por particulares, após regular procedimento licitatório.

Posicionando-me por caracterizar os referidos contratos como de tal natureza, isto é essencialmente de caráter privado, como realmente eles são, penso incidir, no referente aos seus efeitos no mundo jurídico, a lição de Hely Lopes (fls. 138/139):

"A Administração Pública pode praticar atos ou celebrar contratos em regime de Direito Privado (Civil ou Comercial). no desempenho normal de suas atividades. Em tais casos ela se nivela ao particular, abrindo mão de sua supremacia de poder, desnecessária para aquele negócio jurídico. É o que ocorre, p. ex., quando emite um cheque ou assina uma escritura de compra e venda ou de doação, sujeitando-se em tudo as normas do Direito Privado. A doutrina abona essa conduta (Rui Cisne Lima. "Contratos Administrativos e atos de comércio", RDA 32/1, Lafayete Pondé, "A vontade privada na formação ou na eficácia do ato administrativo", RDA 63/16 e ss; Seabra Fagundes, "Da Contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo", RDA 78/1º; Maria Sylvia Zanella Di Pretro, "Do Direito Privado na Administração Pública. Atlas, 1989) e a jurisprudência já a tem consagrado em repetidas decisões, no teor deste acórdão do STF:

"Quando o Estado pratica atos jurídicos regulados pelo Direito Civil ou Comercial, coloca-se no plano dos particulares" (RDA 46/192, RTJ 20/465; 39/462), razão pela qual não pode alterá-los, revogá-los, anulá-los ou rescindi-los por ato unilateral. Dependerá sempre da concordância do interessado, ou da via judicial cabível.

Observamos, todavia, que mesmo nesses atos ou contratos o Poder Público não se libera das exigências administrativas que devem anteceder o negócio jurídico almejado, tais como autorização legislativa, avaliação, licitação etc., e as ações correspondentes devem ser proposta no juízo privativo da administração interessada, que é o único privilégio que lhe resta."

Ora, por guardar fidelidade aos ensinamentos acabados de registrar, não posso acolher a posição adotada pelo acórdão recorrido que, em sede de mandado de segurança, considerou válido ato administrativo do Estado recorrido, determinador da nulidade dos referidos contratos.

O acórdão recorrido deixou de considerar, com a devida vênia, que os contratos questionados não são simples atos administrativos. Eles são, como já afirmado, negócios jurídicos firmados pelo Estado, de um lado, e por particulares, de outro lado, com obrigações assumidas. A seguir, acatou a fundamentação do Decreto que anulou os referidos contratos, com base no princípio de que a Administração Pública, no exercício do poder de autotutela, tem o poder de anular os seus próprios atos quando eivados de vícios insanáveis porque deles não originam direitos, quando tais regras não se aplicam aos contratos privados firmados pela administração.

Considere-se que a administração, no caso em espécie, como parte contratante em regime de Direito Privado, não pode ser ela o próprio juiz das relações jurídicas assumidas.

Se, após haver firmado os contratos em análise, surpreendeu-se com vícios capazes de anulá-los, o caminbo legal a ser seguido pela administração era o de provocar entrega de prestação jurisdicional ao Poder Judiciário, alegando dolo, erro, simulação, fraude, coação, inexistência de validade, de eficácia ou de efetividade dos ajustes. Nunca ela própria, parte diretamente interessada na relação jurídica contratada, pois, se assim permitir-se, consagraria-se na situação anômala e de absoluta supremacia de uma parte sobre a outra, quebrando-se a harmonia e a segurança jurídica.

Despida a administração, na situação ora examinada, de tão excessivo, privilégio, ousa não homenagear o acórdão recorrido, com exceção da parte que aceita a revogação das procurações outorgadas. Isto porque,

como é plenamente sabido, o contrato de mandato cessa, plenamente, por ato de revogação (art. 1.316, c.c.) expedido pelo próprio mandatário.

Na situação discutida, o Estado outorgante, expressamente, de modo público, revogou às procurações outorgadas à recorrida, pelo que há de se reconhecer a produtividade de efeitos dessa lícita manifestação de vontade.

Explícito, por último, que enquanto os contratos constantes nos autos não foram invalidados pelos meios legais, eles estão produzindo toda eficácia, podendo ser liquidados independentemente da obediência ao art. 100, da CF. Esta regra só se aplica às dívidas decorrentes de decisões judiciais. Necessário será, porém, para a liquidação das quantias constantes nos respectivos contratos que exista dotação orçamentária adequada e expedição de empenho, tudo na forma da lei.

Isto posto, com base nas considerações supradesenvolvidas, dou parcial provimenlo ao recurso para reconhecer existindo, válidos e eficazes, os contratos questionados no curso da lide, com exceção das procurações outorgadas à recorrente, por terem sido licitamente revogadas.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Nº Registro: 98/0036432-3
Pauta: 18/05/1999
JULGADO: 05/10/1999
Relator
Exmo. Sr. Min. DEMÓCRITO REINALDO
Relator para o ACÓRDÃO
Exmo. Sr. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS
Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Min. MILTON LUIZ PEREIRA
Subprocurador-Geral da República
EXMA. SRA. DRA. GILDA PEREIRA DE CARVALHO BERGER
Secretário (a): RUBENS CESAR GONÇALVES RIOS

AUTUAÇÃO

RECTE: CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA SERVIA LTDA.
ADVOGADO: ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E OUTROS
T.ORIGEM: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
IMPDO: GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA
RECDO: ESTADO DA BAHIA
ADVOGADO: PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO E OUTROS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, em face da aposentadoria do Sr. Ministro Demócrito Reinaldo (RISTJ, artigos 52, IV, "b" c/c 101, "caput" e § primeiro).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado em virtude de o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira não haver participado do início do mesmo.

O referido é verdade. Dou fé.
Brasília, 5 de outubro de 1999
SECRETÁRIO (A)
Rubens Cesar Gonçalves Rios

COMENTÁRIO DE PEDRO GORDILHO

1. Dias antes de transmitir o cargo de Governador a seu sucessor, assinou o ex-Governador Nilo Coelho instrumentos particulares

de confissão de dívida e garantia de pagamento por cessão de direito. Procurações foram dadas pelo Governo à credora para receber no Caixa do Banco do Brasil valores resultantes da quota do Estado no Fundo de Participação dos Estados.

2. A recorrente seria credora da Embasa e do DER-BA, entes autônomos, e o Estado estaria assumindo a responsabilidade por tais pagamentos, oferecendo, ainda, garantia pertinente e cessão de direitos relativos a créditos recebidos do Fundo de Participação dos Estados (FPE), ICMS e IPVA.

3 Não compareceu o Estado como garantidor da dívida ou avalista de compromissos financeiros assumidos por entes descentralizados. Compareceu como principal e único pagador.

4. Constatando a ilegalidade dos instrumentos de confissão de dívida, o então Governador Paulo Souto editou o decreto 5.141, de 26 de janeiro de 1996, que declarou a sua nulidade.

Sustentou a recorrente que as obras teriam sido realizadas em benefício da população do Estado, mas a alegação não tem proveito, para justificar o vício da competência.

6. Primeiro, porque este fato não resultou limpidamente provado, nem o mandado de segurança constituia instrumento idôneo para confirmá-lo.

7. Acresce que não se haveria de confundir as personalidades jurídicas, sob pena de se permitir que toda a responsabilidade dos entes estatais seja alocada a qualquer integrante da esfera administrativa, numa desordem da pirâmide estatal capaz de produzir o caos. O Governador é incompetente para comprometer o erário de Estado em negócios de entes autônomos. Como diz o professor Caio Tácito, não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito.

8. Sustentou ainda a recorrente que a confissão de dívida estaria lastreada na Lei 4.831, de 4.1.89.

9. Isso, porém, não lhe dá legitimidade.

10. A suposta autorização legislativa não poderia apoiar a confissão de dívida, quer em decorrência de sua finalidade; quer porque estava vencida quando da prática do ato nulo.

11. A lei foi editada autorizando o Executivo a contrair empréstimo junto à Caixa Econômica Federal e a realizar operações de crédito no mercado financeiro.

12. Não se pode extrair daí autorização para o Governador, unilateralmente, confessar dívidas, sobretudo se decorrentes de contratos firmados por pessoas jurídicas autônomas.

13. A autorização legislativa dizia respeito apenas ao exercício financeiro de 1989, por ser a lei de janeiro daquele ano, sendo impensável sua utilização no exercício de 1991, porque a Constituição Federal assim o determina, em seu art. 167, § 2º, que tem esta redação:

"*Os créditos especiais e extraordinários terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício, caso em que, reaberto nos limites de seus saldos, serão incorporados ao orçamento de exercício financeiro subseqüente.*"

14. É inequívoco que os instrumentos de confissão de dívida vincularam a receita de impostos com os pagamentos que a recorrente reclamava. Basta que se tenha presente sua cláusula 4ª. Ela diz:

"*Para constituição da garantia do principal do débito, encargos financeiros, multas, mora e demais obrigações decorrentes deste instrumento, o Governo por este e na melhor forma de direito, cede e transfere, como de fato cedido e transferido tem à CONSTRUTORA, em caráter irrevogável e irretratável, e nos exatos valores que se tornarem exigíveis, consoantes estabelecido neste instrumento, seu direito e ação sobre os créditos que se façam a sua conta junto ao Banco do Brasil S/A, de que é titular, proveniente da arrecadação do Fundo de Participação dos Estados (EFE) e ou aqueles oriundos de sua participação nos tributos do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)*"

15. Isto constitui vinculação clara, explíci-

ta, confessada, como assinalado no acórdão comentado.

16. E essa vinculação é vedada pelo artigo 167, IV, da Constituição Federal, que não permite ao administrador estabelecer vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesas, em termos taxativos:

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 manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo art. 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, *bem assim o disposto no § 4º deste artigo (...).*

17. Exceções inaplicáveis, ressaltou-se a vinculação proibida.

18. Não negou o Estado da Bahia, como se vê do acórdão, o arco de ação da atividade administrativa. Ela é livre — segundo advertência de Ranelletti — mas livre nos limites do Direito, até que uma norma jurídica (o art. 167, IV, da CF, é essa norma) lhe retire ou restrinja essa liberdade [Pedro Gordilho, advogado em Brasília].