

do artigo 100 da Carta diria respeito apenas aos débitos da Fazenda e visaria a proteger bens públicos, que não são os bens das empresas estatais. Igualmente, o Ministro Ilmar Galvão sustentou que, por estarem submetidas ao regime de direito privado — consoante comando constitucional do artigo 173 —, não se poderia considerar os bens das estatais como bens públicos e muito menos reservar a essas pessoas jurídicas o regime previsto no artigo 100 da Carta. Por fim, o voto do Ministro Pertence se amparou no fato de que a regra de execução contra a Fazenda Pública pressupõe a existência de orçamento público, o que não caberia aduzir em face de empresas estatais.

Para além do precedente em si, a discussão em apreço deixa patente o fato de que as noções subjetiva e funcionalista de bens públicos freqüentam o debate jurisprudencial com igual força, oscilando os fundamentos decisórios ora numa abordagem, ora noutra, ou, ainda, combinando ambas.

38.2 Conforme até aqui defendido, há que se ter em mente que mesmo a impenhorabilidade, por força do regramento constitucional, tampouco é absoluta. Tanto assim é que o próprio dispositivo constitucional prevê exceções à regra dos precatórios. São elas a possibilidade de seqüestro de receitas, caso haja preterição da ordem cronológica (artigo 100, §2º) ou o não atingimento da regra de precatórios para os créditos considerados pela lei como de pequeno valor (artigo 100, §3º).¹⁹¹ E, de resto, também encontramos exceção constitucional para as hipóteses de operações de crédito externo (artigo 52, VIII, CF).¹⁹²

39 Mais do que um regramento específico de execução (mesmo que de âmbito constitucional), o que parece arrimar a restrição à penhora do bem público é a impossibilidade de, mesmo por ordem judicial, se suprimir um bem consagrado a uma finalidade pública, submetendo-o ao regime de praça e leilão sem a preocupação com a continuidade da atividade à qual ele se encontra consagrado. E isso independente do devedor se submeter ou não à regra de precatórios.

3.2.2.3.3 A impossibilidade de oneração

40 O terceiro traço do regime próprio aos bens públicos é a impossibilidade de o gestor dos bens públicos gravá-los livremente por qualquer uma das modalidades de garantia (*v.g.*, penhor, hipoteca e anticrese). Aqui identificamos também duas fontes distintas de fundamento jurídico para tal atributo.

¹⁹¹ Cf. Odete MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, p. 243.

¹⁹² Cf. Edmir Netto de ARAÚJO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 1100.

Alguns autores¹⁹³ entendem existir impossibilidade de oneração por decorrência da própria impossibilidade de alienação, reforçada pela prescrição da lei civil (artigo 1.420 do CCB) no sentido de que só quem pode alienar o bem pode dá-lo em garantia. Outros,¹⁹⁴ sem descurar deste fundamento, vêem também a impenhorabilidade como fundamento impeditivo da oneração na medida em que se o bem público não pode ser objeto de execução fora da regra constitucional do artigo 100 da CF, não seria plausível fazer recair sobre o bem uma garantia que não poderá ser executada para satisfazer o débito garantido.

41 Aqui também há que se refletir acerca da abrangência da restrição à oneração, que, a nosso ver, não tem o caráter absoluto que a doutrina parece identificar.

41.1 No tocante à impossibilidade de oneração dos bens de uso comum ou especial, parece-nos que ela deflui obrigatória da combinação do disposto no artigo 1.420¹⁹⁵ com o artigo 100,¹⁹⁶ ambos do Código Civil. Contudo, devemos registrar que, ao contrário do entendimento de Diogenes GASPARINI,¹⁹⁷ a vedação constante do artigo 1.420 não é relativa ao agente público (como se a vedação da lei civil fosse uma restrição à pessoa), mas à incidência de que garantia legalmente prevista recaia sobre o bem que não possa ser alienado. É claro que o agente público não poderia onerar o bem público para garantir um débito próprio. Porém, em relação aos bens públicos, aplica-se a vedação constante da parte final do artigo 1.420, e não aquela pessoal, presente na parte inicial.

41.2 Pois, então, temos que os bens que, por estarem qualificados ao cumprimento de uma função pública (artigo 100, CCB), não podem ser nestas condições alienados e tampouco poderão, por conseguinte, à luz apenas da lei civil, ser dados em garantia. Isso envolve, a nosso ver, também os bens do domínio privado, que, por estarem afetados (bens públicos em sentido funcional), não podem ser alienados sem permissão especial, o que se estenderá também para a oneração.

¹⁹³ Cf. Odete MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, p. 243; Diogenes GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 746.

¹⁹⁴ Cf. Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 444; Elival da Silva RAMOS, *Aspectos Gerais do Patrimônio Imobiliário do Poder Público*, p. 23; José dos Santos CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, p. 1007; Clovis BEZOS, *Bens Imóveis da Administração Pública*, p. 144.

¹⁹⁵ "Artigo 1.420. Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca."

¹⁹⁶ "Artigo 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar."

¹⁹⁷ "Ou seja, esses agentes [públicos] porque não são os donos desses bens, não podem onerá-los." (*Direito Administrativo*, p. 692).

41.3 Restam, porém, como lembrava Hely Lopes MEIRELLES¹⁹⁸ há mais de três lustros, “os bens dominicais e as rendas públicas”, ou seja, os bens do patrimônio público em tese já em si alienáveis. Aqui, no entender da doutrina, haveria o impedimento derivado do regime de execução contra a Fazenda. Dizia Hely Lopes MEIRELLES que sendo os bens públicos “*impenhoráveis por lei, não se prestam a execução direta, que é consectário lógico de vínculo real, que se estabelece entre a coisa e a ação do credor hipotecário, pignoratício ou anticrético. Desde que a Constituição da República retirou a possibilidade de penhora de bens da Fazenda Pública federal, estadual e municipal, retirou, também, a possibilidade de oneração de tais bens, uma vez que a execução de toda garantia real principia pela penhora, na ação executiva correspondente, para a subsequente satisfação da dívida (...). Uma garantia real, que não contasse com a execução direta da coisa onerada, deixaria de satisfazer aos seus fins, desgarantindo o direito do credor. Não seria, de modo algum, garantia real*”.¹⁹⁹

42 Não vemos com tanta clareza esta restrição. A regra do artigo 100 (agora da Constituição federal) e, por conseguinte, a impenhorabilidade têm, a nosso ver, dupla finalidade. De um lado, ordenar o sistema de exigibilidade dos créditos contra a Fazenda, impedindo que a satisfação dos créditos dos particulares sirva para desorganizar as finanças públicas ou para cometer, aos distintos juízos de execução ou aos credores, liberdade para escolher os bens que servirão para satisfazer os débitos. De outro, cumpre uma função de homenagear os princípios da moralidade, da impessoalidade e da isonomia (interditando deferências de privilégios no recebimento dos créditos contra o poder público). Ora, nenhuma das duas finalidades (e nenhum dos dois princípios, por suposto) seria afligida com a oneração de bens dominicais para fazer frente a certos débitos.

Isto porque a disponibilização do bem em garantia, pressupõe-se, é antecedida por uma decisão do poder público (e não do credor), amparada em lei permissiva. Portanto, a oneração não acarretaria nem em desorganização das finanças públicas (pois, mesmo sob a luz da Lei de Responsabilidade Fiscal, os débitos originados de operação de crédito devem estar previstos e consolidados nas leis orçamentárias), nem em uma alienação de bens ao alvedrio do credor, já que os bens dados em garantia estariam previamente consagrados a esta finalidade.

43 Nem haveria afronta à isonomia e à moralidade, resguardadas pela regra do artigo 100 da CF. A satisfação do crédito de um credor com garantia real é distinta da do credor quirografário. Enquanto o credor quirografário (detentor

¹⁹⁸ *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 445.

¹⁹⁹ Idem, ibidem, mesma página.

de uma garantia real), ao assumir o crédito, sabe de antemão da condição privilegiada (o que, presume-se, foi condição para aceitar contratar com o poder público), o credor comum, quirografário, aceita contratar sem garantia real alguma, estando, pois, sujeito à regra geral dos precatórios.

Embora isso não sirva como argumento absoluto (pois que nosso Direito veta o pacto comissório, impedindo a adjudicação do bem dado em garantia diretamente ao credor), nunca é demais lembrar que a lei admite que débitos do poder público sejam satisfeitos pela alienação de bens não qualificados (afetados), mediante dação em pagamento, como expressamente previsto no artigo 17, I, *a*, da Lei nº 8.666/93. Ora, a regra natural das coisas há de ser que o poder público quite regularmente seus débitos, descarecendo-se de execução forçada. Ninguém irá vislumbrar afronta ao artigo 100 da CF pelo fato de, em um exercício orçamentário, o poder público utilizar verbas orçamentárias para quitar suas obrigações contratuais ou financeiras não objeto de precatórios. Portanto, em tese, a simples oneração de um bem alienável como garantia real de um débito não parece ser, de *per se*, contrária ao ordenamento jurídico.

44 Como último argumento, a demonstrar que não é incontroversa a não oneração de bens públicos, vale consignar que o próprio Código Civil parece contemplar hipóteses de oneração de bens públicos com garantia real em duas situações.

44.1 A primeira, controvertida por se tratar de bem público afetado a um serviço público, vem prevista no artigo 1.473, IV, quando o CCB prevê a hipótese de hipoteca (garantia real) sobre “*estradas de ferro*”. Interessante, a este respeito, o fato de que, reforçando o que antes dissemos, o Código admite a hipótese de, em sendo executada a garantia, haver alienação do bem ferroviária (em tese, pelo artigo 100 do CCB, um bem inalienável, pois qualificado ao serviço público), assegurando, no entanto, regras para preservar a continuidade do serviço público de transporte ferroviário, vedando que o credor obste a exploração do serviço (artigo 1.503),²⁰⁰ exigindo que ele respeite o estado e o tempo de execução (artigo 1.504)²⁰¹ e permitindo ao titular do serviço remir a estrada de ferro, “*pagando o preço da arrematação ou adjudicação*” (artigo 1.505).²⁰²

²⁰⁰ “Artigo 1.503. Os credores hipotecários não podem embaraçar a exploração da linha, nem contrariar as modificações, que a administração deliberar, no leito da estrada, em suas dependências, ou no seu material.”

²⁰¹ “Artigo 1.504. A hipoteca será circunscrita à linha ou às linhas especificadas na escritura e ao respectivo material de exploração, no estado em que ao tempo da execução estiverem; mas os credores hipotecários poderão opor-se à venda da estrada, à de suas linhas, de seus ramais ou de parte considerável do material de exploração; bem como à fusão com outra empresa, sempre que com isso a garantia do débito enfraquecer.”

²⁰² “Artigo 1.505. Na execução das hipotecas será intimado o representante da União ou do Estado, para, dentro em quinze dias, remir a estrada de ferro hipotecada, pagando o preço da arrematação ou da adjudicação.”

44.2 Contudo, no tocante às estradas de ferro, poder-se-ia imaginar que o legislador civil pensava em um bem dominialmente privado (ainda que reversível e afetado a um serviço público). Porém, tal argumento não calha quando verificamos no artigo 1.473 que podem ser objeto de hipoteca: “os recursos naturais a que se refere o artigo 1.230, independentemente do solo onde se acham”. Indo ao artigo 1.230, do mesmo diploma legal, verificamos que nele estão tratados simplesmente as “jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos”, inegavelmente bens públicos à luz do que dispõe o artigo 20 da CF, respectivamente incisos IX, VIII e X, *in fine*. Ora, vemos então que o CCB prevê expressamente a possibilidade de hipoteca sobre bens constitucionalmente públicos (note-se que a lei civil não alude aos direitos de compensação financeira pela exploração destes recursos), o que, para dizer o mínimo, desafia a formulação peremptória de que os bens públicos não podem ser onerados e, conseqüentemente, que não podem ser dados em garantia.

45 Temos conosco que, ao menos nas hipóteses em que a lei reservar um conjunto de bens dominicais, consagrando-os às finalidades de servir como garantia real a operações de crédito²⁰³ (por exemplo, parcerias público-privadas regidas pela Lei nº 11.079/04), não se poderá falar em não onerabilidade dos bens públicos, traço característico a nosso ver não aplicável a todos os bens públicos.

3.2.2.3.4 A imprescritibilidade

46 O último dos traços identificadores do regime jurídico dos bens públicos é a imprescritibilidade,²⁰⁴ entendida como a impossibilidade de que os bens públicos estejam sujeitos à prescrição aquisitiva. No caso da imprescritibilidade, não é apenas a doutrina que está a identificar tal elemento caracterizador, mas o direito positivo, que, em reiteradas oportunidades, predica serem os bens públicos imprescritíveis.²⁰⁵

46.1 Primeiro o texto constitucional, que, por duas vezes, o faz. No artigo 183, §3º, expressamente se lê que “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”. E no artigo 191, parágrafo único,²⁰⁶ vemos repetida a mesma vedação, provavelmente porque o constituinte temeu que, sem a repetição, aquela prescrição poderia ser entendida como não abrangendo os imóveis rurais.

²⁰³ Outra hipótese de afetação imprópria, nos termos anteriormente vistos.

²⁰⁴ Cf. Henry BERTHÉLEMY, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, p. 480.

²⁰⁵ A jurisprudência, praticamente histórica, do Supremo Tribunal Federal é deveras vasta e pacífica em considerar os bens públicos imprescritíveis. Cf. RE nº 93.856, RE nº 97.614, ACO nº 295, RE nº 84.697, RE nº 81.555, RE nº 81.636, RE nº 76.822, RE nº 75.144 e RE nº 74.456.

²⁰⁶ Dispõe o referido dispositivo (in verbis): “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.