



REGIME JURÍDICO DO CRÉDITO PÚBLICO MUNICIPAL NO DIREITO BRASILEIRO

Revista Tributária e de Finanças Públicas | vol. 38 | p. 135 | Mai / 2001
DTR\2001\569

Clémerson Merlin Cléve

Solon Sehn

Área do Direito: Constitucional; Processual; Administrativo

Sumário:

- 1.Introdução e delimitação do tema - 2.O regime jurídico geral do crédito público no direito brasileiro
- 3.Análise da legalidade da cláusula contratual que prevê a outorga de procuração

Resumo: Trata-se de um estudo que, sem pretensão de esgotar o tema, tem por objeto a análise do regime jurídico do crédito público municipal no direito brasileiro, em especial, da legalidade de uma prática comum e bastante controversa nos contratos de empréstimo público em geral, que é a cláusula prevendo a outorga de procuração ao agente financeiro intermediador, autorizando o débito das parcelas vincendas no crédito da pessoa política devedora junto ao fundo de participação dos Municípios na arrecadação do ICMS.

Palavras-chave: Crédito público municipal - Empréstimos públicos - Garantia contratual - Natureza jurídica - Fundo de participação dos Municípios - Procuração "em causa própria" - Agente financeiro.

1. Introdução e delimitação do tema

O presente estudo, sem pretensão de esgotar o tema, tem por objeto a análise do regime jurídico do crédito público municipal no direito brasileiro, em especial, da legalidade de uma prática comum - e bastante controversa - nos contratos de empréstimo público em geral, que é a cláusula prevendo a outorga de procuração ao agente financeiro intermediador, autorizando o débito das parcelas vincendas no crédito da pessoa política devedora junto ao fundo de participação dos Municípios na arrecadação do ICMS.

No Estado do Paraná, por exemplo, essa cláusula é encontrada nos contratos de empréstimo público entre o Fundo Estadual de Desenvolvimento Urbano e algumas Prefeituras Municipais do Estado. Manifestações do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, entretanto, têm reputado-a ilegal (Pareceres 360/97, 2.164/98, 22.675/99, 8.513/00 e Res. 5.920), por ofensa aos art. 3.º, II, da Res. 78/98, do Senado Federal.

A questão, para ser adequadamente compreendida, demanda algumas considerações acerca do regime jurídico do crédito público municipal no direito brasileiro.

2. O regime jurídico geral do crédito público no direito brasileiro

2.1 Origem e importância do crédito público

Para fazer frente às diversas necessidades públicas e prestar adequadamente os inúmeros serviços públicos que lhes são afetos pela Constituição, o Estado, seja em nível Federal, Estadual ou Municipal, depende de uma atividade de natureza adjetiva ou instrumental da maior importância: a *atividade financeira*.

Definida por Rubens Gomes de Sousa como a atividade orientada no sentido de obter recursos para suprir as necessidades públicas, a ação financeira do Estado desenvolve-se fundamentalmente em três campos distintos: " a *receita*, isto é, a obtenção de recursos patrimoniais; a *gestão*, que é a administração e conservação do patrimônio público; e finalmente a *despesa*, ou seja, o emprego de recursos patrimoniais para a realização dos fins visados pelo Estado".¹

No campo da receita, a doutrina costuma identificar, genericamente, duas espécies de entradas ou

ingressos: as originárias e as derivadas. Como explica José Souto Maior Borges:

"A receita originária (patrimonial ou industrial) é obtida pelo Estado através da administração dos seus recursos e bens patrimoniais (*jus gestionis*). Esses ingressos decorrem do exercício de uma atividade estatal equiparável à atividade dos particulares.

A receita derivada ou tributária é obtida pela arrecadação de impostos, taxas e contribuições e resulta do exercício por parte do Estado do seu poder de império (*jus imperii*).²

Porém, nem todas as entradas de direito público são a título derivado. De fato, não é totalmente correta a afirmação no sentido de que receitas originárias são ingressos de direito público, ao passo que as derivadas, de direito privado. As entradas originárias podem compreender receitas de direito privado e de direito público. Por isso, como ressalta José Souto Maior Borges, "pode-se usar como termo mais geral a expressão *entradas a título comutativo* para designar todas as receitas - quer de direito privado, quer de direito público - que derivam de uma troca de utilidade entre o cidadão e o Estado. As restantes são entradas obtidas pelo Estado ao impor prestações obrigatórias aos seus cidadãos, sem que lhes corresponda nenhuma utilidade particular e reservando o produto unicamente aos fins gerais de organização, defesa e progresso do seu ordenamento".³

Dentre as entradas a título comutativo, destaca-se o instituto do crédito público, que, sem constituir uma receita propriamente dita, em razão da obrigação de restituição futura, substancia um dos meios mais eficazes de captação de recursos financeiros, aspecto que também lhe confere uma função extrafiscal importantíssima.⁴ O crédito público permite uma repartição temporal do custo do funcionamento do governo, uma redistribuição da renda nacional, o controle eficaz da política monetária e inflacionária, e, em tempo de guerra e depressão, o controle da conjuntura econômica.⁵ Pode ser de natureza externa ou interna, própria (voluntária) ou imprópria (forçada). Tudo dependerá dos prazos, modalidades e demais aspectos técnicos.⁶

Trata-se de uma fonte de recursos conhecida desde a Antiguidade. As indenizações impostas a Cartago, após a Batalha de Zama, por exemplo, foram pagas graças a empréstimos públicos contraídos junto a cidadãos romanos. Também eram comuns as operações de crédito público na Idade Média, embora com menor intensidade em razão da inexistência de vultuosos capitais, a precariedade do sistema financeiro e das doutrinas morais e religiosas da Igreja Católica, contrárias aos negócios usurários (Concílio de Viena de 1311).⁷

No presente século, com o Estado intervencionista e, depois, o Estado Social ou Providência, caracterizado por ser um "Estado de prestações", uma forma de organização estatal superadora do "Estado árbitro", "Estado gendarme" ou do "Estado guarda-noturno", na feliz expressão de Lassalle,⁸ bem como o surgimento de correntes doutrinárias, como as de James Denham Stewart e Keynes, que ressaltavam a importância do crédito público como instrumento de progresso social e de preservação do pleno emprego, a utilização dos empréstimos públicos como instrumento financeiro do Estado cresceu ainda mais.⁹

2.2 Natureza jurídica

É grande o debate acerca da natureza jurídica do empréstimo público. Três são as doutrinas existentes: a que considera o empréstimo público como sendo um ato derivado da soberania do Estado; como sendo um ato decorrente da soberania legislativa do Estado; e aquela pela qual o empréstimo público seria um ato de natureza contratual.¹⁰

As duas primeiras encontram-se superadas, pois, como se sabe, aquele que celebra o negócio jurídico com o Estado, emprestando-lhe a soma pretendida, não adere forçosamente às condições estabelecidas pelo ente emissor, pouco importando, para o fim da determinação da natureza jurídica do empréstimo público, a circunstância de serem precedidos de uma lei autorizadora.¹¹ Portanto, como já dizia Jezé, citado por Baleeiro, "o Estado é obrigado a cumpri-lo sem que possa invocar 'a noção misteriosa da soberania'".¹²

De outro lado, entre os contratualistas existe a discussão acerca da natureza pública ou privada do contrato. Na Espanha, segundo Juan Martín Queralt, Carmelo Lozano Serrano, Gabriel Casado Ollero e José M. Tejerizo López, "a doutrina majoritária se inclina pela natureza contratual da Dívida Pública, predominando a tese do contrato administrativo frente ao de direito privado".¹³ Jezé também acompanha esse entendimento.¹⁴ Todavia, no direito brasileiro, dada a diversidade de regime

jurídico, a resposta dependerá de circunstâncias outras, como a espécie de empréstimo e o meio pelo qual este será levado a efeito.

Deveras, segundo Baleeiro, "a caracterização jurídica do empréstimo público exige a prévia discriminação dos vários tipos de operações de crédito estatal, pois há profundas diferenças entre o empréstimo voluntário e o forçado, ou entre uma dívida assumida para com um indivíduo e os negócios típicos do Tesouro, à base de subscrição oferecida aos prestamistas".¹⁵

2.3 Disciplina constitucional

O princípio federativo, norma estruturante do Estado brasileiro e núcleo intangível da Constituição,¹⁶ constitui diretiva hermenêutica inafastável no estudo de qualquer instituto de direito público. Afinal, nos termos da Constituição vigente, a República Federativa do Brasil é "formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal" (art. 1.º, *caput*, da CF/1988 (LGL\1988\3)), "todos autônomos, nos termos desta Constituição" (art. 18, *caput*, da CF/1988 (LGL\1988\3)).

Isso significa que a Constituição Federal de 1988 garante, a cada ente federado, o poder de elaborar sua própria Constituição (ou Lei Fundamental), decidindo autonomamente sobre a configuração jurídica de suas instituições.¹⁷ Ao mesmo tempo, assegura, aos cidadãos das entidades federadas, o direito de escolher seus representantes na Assembléia Legislativa e o Chefe do Poder Executivo local, para exercerem suas funções e disporem sobre a administração de seus serviços sem qualquer vínculo hierárquico com as autoridades federais, editando suas próprias leis, do modo que lhes parecer mais conveniente, dentro do âmbito de competência que lhes é reservado pela Constituição Federal (LGL\1988\3). Leis estas que possuem o mesmo valor jurídico que as provenientes do Poder Legislativo Federal.¹⁸

Nessa forma de Estado, a capacidade de contrair empréstimos públicos constitui uma manifestação da autonomia política dos entes federados, uma competência inerente à prerrogativa constitucionalmente garantida e limitada dos entes federativos auto-organizar-se, sem ingerências externas, sobretudo do ente central, sua administração local, suas finanças, seus governos e as regras jurídicas válidas no âmbito de seu território.¹⁹

No Brasil, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América do Norte,²⁰ País no qual o federalismo nacional encontrou inspiração, as primeiras Constituições consagravam o princípio da plena liberdade de celebração de contratos de empréstimos públicos, seja no mercado interno ou externo. Nos termos do art. 5.º da Constituição de 1891, cada ente federado era responsável por "prover, a expensas próprias as necessidades de seu governo".

Em razão disso, conforme noticia Pontes de Miranda, "na vigência da Constituição de 1891, decidiu o Supremo Tribunal Federal que não havia regra jurídica constitucional que vedasse a um Estado-membro o reconhecimento e confissão de uma dívida ou a promessa de pagá-la em determinado prazo".²¹

Porém, com o tempo, verificou-se que o modelo norte-americano era incompatível com a realidade brasileira. Em 1922, o total da dívida externa dos Estados já representava mais de 50% (cinquenta por cento) da dívida brasileira. De outro lado, a impontualidade no pagamento das respectivas obrigações passou a prejudicar o crédito nacional, cuja imagem, aliás, a julgar pelo alto valor dos juros cobrados pelos credores externos, já era um tanto que desabonadora.²²

Assim, com as Constituições de 1937 (art. 35), de 1946 (arts. 33 e 63) e 1967/1969, desenvolveu-se, como exceção à regra do livre endividamento e à autonomia financeira, um controle da regularidade e dos limites do crédito das pessoas políticas da Federação, exercido pelo Senado Federal.²³

É dentro desse contexto que se insere a competência privativa, prevista no art. 52, V, VI, VII, VIII e IX, da CF/88 (LGL\1988\3), pela qual:

"Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII - dispor sobre limites globais e condições para operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; [...]"

Portanto, enquanto o crédito externo sujeita-se à autorização específica do Senado Federal, versando sobre o próprio mérito da operação, o crédito interno insere-se na competência discricionária de cada pessoa política, respeitadas as limitações e condicionamentos previstos no regime jurídico geral estabelecido nas Resoluções do Senado e na Constituição Federal (LGL\1988\3).²⁴

Trata-se de uma competência estrita e excepcional, cuja interpretação deve ser orientada segundo a regra hermenêutica da "*exemptiones sunt strictissimae interpretationis* (interpretam-se as exceções estritissimamente)".²⁵ Como ressalta Caio Tácito, "a limitação dos poderes dos Estados (e Municípios) não se presume, nem se dilata por extensão de modo a sobrepor, sem norma específica, a autoridade da União além do âmbito que lhe é traçado no sistema federativo. O pacto estabelece, com nitidez, a parcela de interferência federal na economia dos Estados".²⁶ Qualquer limitação à autonomia financeira dos Estados e dos Municípios (ou mesmo da União Federal) que não encontre previsão expressa na Constituição será materialmente inconstitucional.²⁷

Do exercício da competência prevista no art. 52 da CF/1988 (LGL\1988\3), resultou a promulgação da Res. 78/1998, do Senado Federal, que "dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e dá outras providências".

Pelo sistema vigente, as solicitações de autorização para contratação de empréstimos públicos no exterior serão encaminhadas ao Senado, por intermédio do Banco Central do Brasil, que instruirá o pedido e dará parecer técnico. Os empréstimos públicos internos, embora não sujeitos à autorização senatorial, serão fiscalizados, nos termos do art. 24 da Res. 78/98, mediante controle prévio do Banco Central, que verificará a observância dos limites e condições impostas pelo Senado.

Feitos tais esclarecimentos, já é possível analisar a legalidade da prática contratual apresentada no início deste trabalho.

3. Análise da legalidade da cláusula contratual que prevê a outorga de procuração

3.1 Da garantia contratual

Nos empréstimos públicos objetos deste estudo, os Municípios devedores oferecem em garantia do adimplemento suas quotas na arrecadação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. O débito é realizado mediante a outorga de procuração com poderes especiais ao agente financeiro. A redação padrão das diversas previsões contratuais é a seguinte:

"Para assegurar o cumprimento de todas as obrigações pecuniárias, resultantes deste Contrato, o Município, na qualidade de tomador do financiamento, garante expressamente pelo presente instrumento e na melhor forma de direito, o pagamento do principal atualizado monetariamente, juros, taxas, multas e demais encargos financeiros decorrentes do empréstimo ora repassado, para o que, delega ao agente financeiro, na forma da Lei Municipal n. 0000/00 de 00.00.0000 poderes para receber diretamente junto aos Órgãos depositários ou outras entidades que vierem a substituí-los ou sucedê-los, as importâncias que lhe couberem, relativas ao Imposto sobre Operações relativas a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS.

Parágrafo único. Para ensejar o cumprimento do previsto nesta Cláusula, o Município desde já, por este instrumento e por esta Cláusula, que também tem efeito de mandato, nomeia e constitui seu

bastante procurador o agente financeiro, ao qual concede irrevogável e irrevogavelmente os mais amplos, ilimitados e especiais poderes, inclusive para substabelecer, para receber diretamente junto as entidades depositárias ou outras que vierem a substituí-las ou sucedê-las, as importâncias que lhes forem atribuídas nos termos desta Cláusula, até o limite de seus débitos vencidos e não pagos, decorrentes deste Contrato, ficando entendido que os poderes previstos nesta Cláusula somente poderão ser exercidos na hipótese de o Município deixar de efetuar, no vencimento, o pagamento das obrigações por ele assumidas através do presente Contrato."

A legalidade dessa previsão no Estado do Paraná, como se disse, tem sido questionada pelos Pareceres 360/97, 2.164/98, 2.2675/99, 8.513/00 do Tribunal de Contas do Estado, por ofensa ao disposto no art. 3.º, II, da Res. 78/98, do Senado Federal:

"Art. 3.º É vedado aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às suas respectivas autarquias e fundações, que pleitearem autorização para contratar as operações de crédito regidas por esta Resolução:

[...]

II - assumir compromissos diretamente com fornecedores prestadores de serviços ou empreiteiras de obras, mediante emissão ou aval de promissórias ou carta de crédito, aceite de duplicatas ou outras operações similares; [...]"

Todavia, em que pese o duto entendimento dos Ilustres subscritores dos Pareceres acima citados, entende-se que o art. 3.º, II, da Res. 78/98, do Senado Federal, não é aplicável ao ato de outorga de procuração. Afinal, este jamais pode ser considerado uma *operação similar* à emissão de uma nota promissória, carta de crédito, aceite de duplicatas ou concessão de aval. É o que se passa a demonstrar.

A duplicata é um título de crédito correspondente à fatura de uma compra e venda comercial ou prestação de serviço. Em outras palavras, como define Rubens Requião, é "um título formal, circulante por meio de endosso, constituindo um saque fundado sobre o crédito proveniente de contrato de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços, assimilado aos títulos cambiários por força de lei".²⁸

Para que seja considerada uma "uma obrigação líquida e certa, suscetível de fundamentar ação executiva", a duplicata deve ser submetida ao aceite do sacado (ou comprador), que faz presumir o bom estado e a qualidade da mercadoria. Após, tendo sido, o título, endossado a terceiro de boa-fé, o comprador "não poderá opor-lhe a execução do contrato não cumprido".²⁹

A nota promissória, por sua vez, é "um título de crédito (literal e abstrato), pelo qual o emitente se obriga, para com o beneficiário ou portador declarado no texto, a lhe pagar, ou à sua ordem, certa soma em dinheiro".³⁰ Constitui uma promessa, escrita e solene, de pagamento de determinada quantia em dinheiro, dada pelo *emitente* (ou devedor) em face de um beneficiário (ou credor). Por essa razão, dispensa o aceite: a simples assinatura do emitente já torna líquida e certa a obrigação. O mesmo pode-se dizer da carta de crédito, que constitui um documento de confissão de dívida.

De outro lado, há o instituto do *aval*, comum a todos os títulos de crédito. Constitui uma garantia de pagamento de um determinado título de crédito, dada por terceiro ou por um de seus signatários. Embora seja uma espécie de garantia, não se confunde com o instituto da fiança, que é acessória da obrigação principal. O aval dá origem a uma obrigação autônoma. Assim, como explica Rubens Requião, "o avalista não pode valer-se contra outrem, de exceção pessoal do avalizado, não podendo alegar senão direito próprio".³¹ É levado a efeito mediante simples assinatura do avalista ou seu mandante especial no anverso do título.

O elemento comum em todos esses institutos está na sua vinculação ao direito cambial. Por isso, seus caracteres comuns são, basicamente, a *literalidade* (somente vincula naquilo que expressamente enuncia), a autonomia (não há dependência ou vinculação entre as diversas obrigações derivadas do título) e a cartularidade (deve ser expresso em um documento). Segundo precisas lições de Rubens Requião:

"a) *Literalidade*. O título é literal porque sua existência se regula pelo teor de seu conteúdo. O título de crédito se enuncia em um escrito, e somente o que está nele inserido se leva em consideração;

uma obrigação que dele não conste, embora sendo expressa em documento separado, nele não se integra.

b) *Autonomia*. Diz que o título de crédito é autônomo (não em relação à causa como às vezes se tem explicado), mas, segundo Vivante, porque o possuidor de boa-fé exercita um direito próprio, que não pode ser restringido ou destruído em virtude das relações existentes entre os anteriores possuidores e o devedor. Cada obrigação que deriva do título é autônoma em relação às demais.

c) *Cartularidade* (documento necessário). O título de crédito se assenta, se materializa, numa cártula, ou seja, num papel ou documento. Para o exercício do direito resultante do crédito concedido torna-se essencial a exibição do documento. O documento é necessário para o exercício do direito de crédito. Sem a sua exibição material não pode o credor exigir ou exercitar qualquer direito fundado no título de crédito. Vivante, com esse conceito, substitui o vulgar, que combate, pelo qual se afirma que o direito está incorporado ao título".³²

Ora, a procuração nada mais é do que o instrumento do contrato de mandato. Nenhum dos elementos acima enunciados encontra-se presente no referido instituto. O mandato é um contrato "consensual, não-solene, *intuito personae*, em regra gratuito e unilateral".³³ Trata-se de um instituto de representação, "pelo qual alguém se obriga a praticar atos jurídicos ou administrar interesses por conta de outra pessoa".³⁴ Pelo art. 1.288 do CC/1916 (LGL\1916\1), "opera-se o mandato, quanto alguém recebe de outrem poderes, para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses". Da procuração não decorre uma confissão de dívida, uma obrigação creditícia ou uma garantia.

Pela outorga da procuração, cabe ao mandatário agir, com zelo e diligência, *em nome do constituinte*, assumindo deveres e obrigações em nome deste, nos estritos termos dos poderes que lhes foram conferidos, respondendo pelos prejuízos resultantes dos excessos culposos, transferindo, ao mandante, todas as vantagens resultantes do negócio, prestando contas ao final. Este último, por sua vez, deve honrar todas as obrigações regularmente assumidas pelo mandatário, adiantando ou reembolsando as importâncias que se fizerem necessárias ao fiel cumprimento do contrato.³⁵

Por ser um ato *intuito personae* é incompatível com a idéia de circulação (inerente aos institutos cambiários). O substabelecimento, que é o ato pelo qual o mandatário transfere para outrem os poderes por ele conferidos pelo mandante, só é permitido, quando for expressamente previsto. A transferência do título, mediante endosso à terceiro, de modo diverso, independe da vontade do emitente e, em regra, é algo inerente a qualquer título de crédito. Admite-se mandato verbal, o que é inconcebível nos institutos cambiários, sujeitos aos princípios da cartularidade e literalidade. Na verdade, sequer é viável a comparação entre as duas figuras.

Quando o art. 3.º, II, da Res. 78/98, do Senado Federal, refere-se à assunção de "compromissos diretamente com fornecedores prestadores de serviços ou empreiteiras de obras, mediante emissão ou aval de promissórias ou carta de crédito, aceite de duplicatas *ou outras operações similares*", quer nos parecer que o referido dispositivo legal pretende alcançar outros institutos cambiários. Similares seriam, portanto, a "letra de câmbio, o cheque, conhecimento de depósito, warrant, conhecimento de transporte, letra hipotecária, cédula rural pignoratícia e hipotecária, nota de crédito rural, nota promissória rural, duplicata rural, letra imobiliária, certificado de depósito bancário, cédula de crédito industrial, nota de crédito industrial, ações de sociedades por ações, certificado de depósito de ações, partes beneficiárias, certificado de depósito de partes beneficiárias, debênture, certificado de depósito de debênture, cédula pignoratícia de debênture, bônus de subscrições de ações, certificado de bônus de subscrição de ações, bilhete de mercadoria, cédula hipotecária, certificado de depósito em garantia, certificado de investimento, cédula de crédito à exportação, nota de crédito à exportação, cédula de crédito comercial, nota de crédito comercial e cédula de produto rural", que são os principais títulos de crédito conhecidos, mas jamais uma procuração.

Diante do exposto, conclui-se que a expressão *outras operações semelhantes* do art. 3.º, II, da Res. 78/98, do Senado Federal, não se aplica ao ato de outorga de procuração.

3.2 A irrevogabilidade da procuração - Bibliografia

De outro lado, é importante considerar que a *procuração* prevista nos contratos em questão é de natureza irrevogável e irretroatável, o que gera importantes conseqüências quanto ao regime jurídico aplicável.

Como se sabe, a nota da irrevogabilidade suprime a faculdade, tida pelo outorgante, de tornar sem efeito, *ad nutum* e a qualquer tempo, o mandato. Perde, a procuração, a natureza de autorização representativa, buscando-se, com isso, assegurar interesses de terceiros ou do próprio mandatário. Por conseguinte, ensina Clovis Beviláqua, o mandatário: "a) Demitiu de si o poder de executar o negócio, que faz objeto do mandato. b) Não o poderá readquirir por ato unilateral. Será indispensável acordo com o mandatário. c) Não tendo havido um acordo, o mandatário tem ação para anular o ato, que somente ele podia executar".³⁶

Como observa Orlando Gomes, constitui "um negócio jurídico que de procuração tem apenas a forma, ou, quiçá, a aparência. Trata-se, a rigor, de negócio de alienação, gratuita ou onerosa. [...] A cláusula *in rem* suam desnatura a procuração, porque o ato deixa de ser autorização representativa. Transmitindo o direito ao procurador em causa própria, passa este a agir em seu próprio nome, no seu próprio interesse ou por sua própria conta".³⁷ Trata-se de verdadeira cessão de direitos, na qual, entende a doutrina, devem ser observados todos os requisitos de validade dos atos de alienação do objeto da procuração.

Pela procuração irrevogável, o Município, no presente caso, outorgou, ao agente financeiro, poderes para pagar, ao credor, o exato valor da parcela vencida, caso esta não tenha sido paga de outra forma até o vencimento, com dinheiro proveniente de seus créditos junto ao fundo de participação municipal na arrecadação do ICMS. Houve, dessa forma, a própria cessação parcial desses créditos, até o limite da parcela devida, que serviu de garantia e condição do empréstimo.

Trata-se, em outras palavras, de uma cessão antecipada de um crédito municipal, condicionada ao não-pagamento, ao tempo do vencimento, da parcela devida pelo Município, e que foi oferecida em garantia do empréstimo (condição suspensiva).

Sendo assim, para que seja considerada válida, a operação deverá observar os requisitos necessários ao negócio jurídico de antecipação de receita, isto é, não ter sido realizada dentro dos últimos 180 (cento e oitenta) dias do final do mandato de Chefe do Poder Executivo e ser liquidada em até dez dias úteis, contados do encerramento do exercício financeiro no qual foram contratadas (arts. 18 e 17, da Res. 78/98, do Senado Federal).

Portanto, duas são as soluções possíveis: (i) a adaptação do prazo do contrato ao disposto no art. 18 da Res. 78/98, do Senado Federal; ou (ii) a alteração da *cláusula*, suprimindo o caráter irrevogável e irretroatável da procuração.

Nesse último caso, a procuração, que servia de instrumento de garantia de segurança jurídica e praticamente afastava a possibilidade de inadimplência do Município, não implicará cessão antecipada do crédito, e sim a simples outorga de poderes, ao agente financeiro, para débito em conta, revogável a qualquer tempo e a critério do interesse municipal, sem prejuízo do dever de prestação de contas.

O interesse público municipal não será prejudicado, nem tampouco a pessoa política prestadora do capital. Isso porque, como se sabe, após a EC 03/93, o risco de inadimplência dos Municípios, nesse tipo de contrato, foi praticamente afastado. Pela nova redação do par. ún. do art. 160 da CF (LGL\1988\3):

"Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias".

Portanto, no caso de atraso no pagamento, o Banco, sempre que (e somente se) estiver atuando como agente financeiro da pessoa política credora poderá condicionar a entrega de recursos, inclusive os decorrentes do fundo de participação municipal na arrecadação do ICMS, ao pagamento de seus créditos. Para tanto deverá estar previamente autorizado pelo Secretário de Estado ou pelo Governador, conforme o caso.

Além disso, como a retenção dos recursos constitui uma exceção ao *caput* do art. 160 da CF (LGL\1988\3), deve ser aplicada de forma subsidiária e extraordinária, não podendo ser banalizada

ou transformada numa forma substitutiva dos meios processuais de cobrança de dívidas.

Como lembra Roque Antônio Carrazza, é preciso que "esta *condição* (verdadeira 'válvula de escape' do sistema) seja aplicada com cautela." Do contrário, o par. ún. do art. 160 da CF (LGL1988\3) acabaria anulando, comprometendo-se seriamente, a autonomia federativa dos Estados, Municípios e Distrito Federal.³⁸

Bibliografia

ARAUJO, Luiz Alberto David. "O federalismo brasileiro, seus característicos e a vedação material contida no art. 60, § 4.º, alínea I". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* n. 18.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da Federação*. Rio de Janeiro, 1982.

BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao direito financeiro*. 2. ed. São Paulo : Max Limonad, 1998.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. São Paulo : Acadêmica, 1993.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Curso de direito financeiro*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

RAYA, Francisco José Carrera. *Manual de derecho financiero*. Madrid : Tecnos, 1994. vol. I.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 20. ed. São Paulo : Saraiva. 1995. v. II.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985. v. 3.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributário*. Rio de Janeiro : Edições Financeiras.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro : Renovar. vol. 2, 1997.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Trad. Antonio Cabral de Moncada. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

(1) *Compêndio de legislação tributário*. Rio de Janeiro : Edições Financeiras, s.d. p. 4-5.

(2) *Introdução ao direito financeiro*. São Paulo : Max Limonad. p. 36.

(3) *Idem*, *ibidem*, p. 37.

(4) NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Curso de direito financeiro*. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 132. Segundo Baleeiro, "os empréstimos são simples entradas de caixa ou ingressões, porque não criam novos valores positivos para o patrimônio público: a cada soma, que o ativo do Tesouro recebe, a título de empréstimo, corresponde um lançamento, no passivo, contrabalançando-o (...). Não se incluem, pois, os empréstimos entre as receitas, ou, quando muito, são receitas impropriamente ditas." (*Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 459).

(5) BALEEIRO, *op. cit.*, p. 475 *et seq.*

(6) *Idem*, p. 505.



(7) *Idem*, p. 460 *et seq.*

(8) ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Trad. Antonio Cabral de Moncada. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. p. 142.

(9) STEWART, James Denham. *An inquiry into the principles of political economy*. Londres, 1769; e CHAMLEY, P. *Stewart, inspirateur de Keynes?*. In: *REP*, 1962, p. 303. apud BALEEIRO, op. cit., p. 470.

(10) RAYA, Francisco José Carrera. *Manual de derecho financiero*. Madrid : Tecnos, 1994. vol. I, p. 152 *et seq.* Os empréstimos impróprios ou compulsórios, precisamente por não apresentarem a nota da voluntariedade, são considerados como sendo de natureza tributária.

(11) *Ibidem*, p. 152 *et seq.*

(12) *Les principes généraux: du droit administratif - Théorie générale des contrats de administration*. Paris : Giard, 1934. vol. 4, p. 24 *et seq.* Apud BALEEIRO, op. cit., p. 488.

(13) Segundo RAYA, " *la conexión de un contrato con las necesidades de ejecución de los servicios públicos que el Estado tiene encomendados justifica que éste despliegue sus poderes administrativos hacia el contrato que le sirve de instrumento de ejecución, por lo que es coherente deducir que el empréstito público tiene la naturaleza de contrato administrativo.*" (op. cit., p. 154).

(14) BALEEIRO, op. cit., p. 488.

(15) *Ibidem*, p. 488.

(16) Nos termos do art. 60, § 4.º, da CF (LGL\1988\3), "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado".

(17) *Capacidade de autoconstituição*. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. São Paulo, 1993. p. 63 e BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação*. Rio de Janeiro, 1982. p. 23.

(18) *Capacidade de autogoverno, autolegislação e auto-administração*. BARROSO, op. cit.

(19) ARAUJO, Luiz Alberto David. "O federalismo brasileiro, seus característicos e a vedação material contida no art. 60, § 4.º, alínea I". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 18/158.

(20) BALEEIRO, op. cit., p. 502.

(21) *Comentários à Constituição de 1967*, vol. III, p. 81. Apud TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. vol. 2, p. 1.371.

(22) TÁCITO, op. cit., p. 1.372 *et seq.*

(23) *Idem*, *ibidem*. BALEEIRO, op. cit., p. 465 *et seq.*

(24) Como observa Caio Tácito (op. cit., p. 1.374), "não são, porém, idênticas, as formas de ação do Senado em ambas as hipóteses. [...] No campo interno, a autonomia financeira estadual, em princípio, opera espontaneamente, embora tendo como parâmetro os limites e condições estipulados pela União, como definição de planejamento da economia nacional. [...] Diversamente, tratando-se de operação financeira externa, a celebração de qualquer compromisso dependerá, em cada caso, de expressa autorização do Senado Federal".

(25) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro : Forense, p. 225.

(26) TÁCITO, op. cit., p. 1.371-1.372.

(27) Como ressalta DALLARI, "se um governo puder determinar o que o outro deve fazer, ou mesmo o que deve fazer em primeiro lugar, desaparecem todas as vantagens da organização federativa." ("Competências municipais". *Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo* n. 4:7).

(28) *Curso de direito comercial*. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 1995. v. II, p. 442.

(29) REQUIÃO, op. cit., p. 444-445.

(30) *Idem*, p. 379.

(31) *Idem*, p. 342.

(32) REQUIÃO, op. cit., p. 291-292.

(33) RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985. v. 3, p. 298 e 295.

(34) GOMES, Orlando. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978. p. 415.

(35) RODRIGUES, op. cit., p. 302 *et seq.*

(36) *Apud* RODRIGUES, op. cit., p. 309-310.

(37) GOMES, op. cit., p. 425 *et seq.*

(38) *Curso de direito constitucional tributário*. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 1999. p. 440.