

18.90

art. 018/90

Ives Gandra da Silva Martins

À GUISA DE EXPLICAÇÃO

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,  
Professor Titular de Direito Econômico  
e de Direito Constitucional da Faculdade  
de Direito da Universidade Mackenzie.

O recente e inexplicável episódio de que foi vítima minha constituinte, Folha de São Paulo, é que me leva a escrever estas poucas linhas para esclarecer a orientação jurídica, que lhe ofertei --e à própria Associação Nacional de Jornais-- sobre a forma de pagamento das operações mercantis e de prestação de serviços, à luz do novo plano de estabilização da economia.

Deve-se lembrar que, no curto espaço de 7 dias, o artigo 12 da Medida Provisória nº 168, que estabelece a forma de pagamento em cruzados novos e em cruzeiros, sofreu 3 modificações por idêntico veículo e duas por cartilha de orientação, em clara demonstração de que ainda as autoridades elaboradoras do plano não têm uma visão nítida de como proceder, com o que não conseguiram afastar a intranquilidade no segmento privado da economia. É bem verdade que as autoridades policiais, que não elaboraram o plano, têm agido como se a insegurança ministerial, exteriorizada nas sucessivas alterações do plano, não existisse ...

Com efeito, o artigo 12 da Medida Provisória 168, no dia 16 de março, ganhou o seguinte perfil:

"Pelo prazo de 180 dias, a contar da publicação desta Medida Provisória, as contas e depósitos denominados em cruzados novos são passíveis de transferência de titularidade, observadas as

**Ives Gandra da Silva Martins**

-2-

condições especificadas nos artigos 5º, 6º e 7º, para fins de liquidação de dívidas e operações financeiras comprovadamente contratadas antes de 15 de março de 1990.

§ único. O Banco Central do Brasil estipulará a documentação necessária para reconhecimento da obrigação, definindo os instrumentos e mecanismos de transferência da titularidade dos depósitos".


Por sua leitura, percebe-se que o texto faz menção a que as contas" em "cruzados novos" seriam "passíveis" de liquidação pela transferência de titularidade entre as partes.

Ao intérprete não cabe ler na lei mais do que a lei contém. Francesco Ferrara em seu "Interpretação e Aplicação das Leis" (2a. edição, Coimbra, 1963, pg. 129) critica a tendência de alguns intérpretes de tentarem colocar, na lei, o que na lei escrito não está, de acordo com suas preferências, ou dela suprimir aquilo que não lhes agrada, transfigurando-se mais em legisladores do que em hermeneutas.

Como não sofro do vício criticado por Ferrara, não poderia ler na expressão "contas" em "novos cruzados", contas em "BTNs", moeda escritural contemplada, pela referida medida, em seu artigo 22, assim redigido:

"O valor nominal do Bônus do Tesouro Nacional-BTN será atualizado cada Mês por índice calculado com a mesma metodologia utilizada para o índice referido no artigo 2º, § 5º da Medida Provisória nº 154, desta data, refletindo a variação do preço entre o dia 15 daquele mês e o dia 15 do mês anterior.

§ único. Excepcionalmente, o valor nominal do BTN no mês de abril de 1990 será igual ao valor do BTN fiscal no dia 1º de abril de 1990".



**Ives Gandra da Silva Martins**

-3-

Muito menos poderia ler na expressão "são passíveis", não uma faculdade, mas uma obrigação, razão pela qual, em singela carta a dois clientes, um dos quais a Folha de São Paulo, no mesmo dia, declarei que entendia ser o artigo 12 uma faculdade colocada para negociação entre as partes (credor e devedor), motivo que lhes permitia emitirem suas faturas por serviços prestados em cruzeiros, à falta de imposição governamental.

Apesar de o Presidente Collor, no dia 18 de março, pela televisão, em entrevista em que demonstrou particular serenidade e domínio do discurso explicativo -que fora, de forma menos incisiva e mais reticente apresentado pela equipe econômica dois dias antes- ter dito que o plano já estava há muito tempo redigido, no dia seguinte, foi publicada nova Medida Provisória, a de nº 172, em que o artigo 12 restava completamente reformulado, transformando a faculdade da Medida Provisória 168, reconhecida a "credor e devedor", em faculdade só deste.

No dispositivo de 3 dias antes, a distinção inexistia, motivo suficiente para aplicação da máxima latina de que "ubi lex non distinguit, distinguere non debemus". Pelo novo comando, passou a distinção a existir, mas com efeito retroativo, o que, de rigor, se tivessem meus clientes que examinar o dispositivo à luz da Constituição, a ele não estariam sujeitos, em face do princípio do artigo 5º inciso XXXVI da Lei Maior, assim redigido:

"XXXVI. a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Não me prevalecerei, todavia, nesta explicação, do texto constitucional, porque se tivesse que examinar o plano Collor, à luz da Constituição, teria dificuldade de encontrar o que nele



**Ives Gandra da Silva Martins**

-4-

constitucional é, apesar de reconhecer um esforço, não jurídico, mas político, de debelar o monstro inflacionário.

No caso concreto, todavia, os clientes desejavam não obstaculizar a execução do Plano Collor e abriram mão de suas prerrogativas constitucionais para colaborar com o governo, razão pela qual continuei a interpretar os fatos, pelo prisma do plano e não da Constituição.

Pela nova medida provisória de efeito retroativo, o artigo 12 passou a ter a seguinte redação:

"As obrigações comprovadamente contraídas anteriormente a 15 de março de 1990 e vencíveis até 180 dias a contar da publicação desta Medida Provisória podem ser extintas, a critério do devedor, mediante transferência, de sua conta para a do credor, dos cruzados novos correspondentes.

§ único. Para efeito de comprovação das obrigações valem os meios de prova admitidos em direito, exceto a testemunhal".

O conceito de obrigação é mais amplo, como se pode ler na ainda atual lição de Paulo "Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciant, sed ut alium nobis obstringant ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum" (a substância da obrigação não consiste em tornar nossa uma coisa corpórea ou uma servidão, mas em obrigar outrém a nos dar, fazer ou entregar alguma coisa). É também atual a conceituação de Justiniano: "Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura" (obrigação é o vínculo jurídico por necessidade da qual somos compelidos a solver alguma coisa, segundo os direitos de nossa cidade) (Digesto, Livro 44, título 7, lei 3 e Institutas, Livro III<sup>o</sup>, Título XIII).

**Ives Gandra da Silva Martins**

-5-

Por esta linha de raciocínio, alterando fundamentalmente o comando anterior e ofertando nítido efeito retroativo ao direito adquirido, à luz da Medida Provisória nº 168 de 16 de março, praticamente o novo comando normativo inviabilizou todas as empresas de prestação de serviços, que tinham contratos por 6 meses, visto que receberiam em cruzados novos, embora tivessem que pagar suas contas em cruzeiros.

A surpresa da nova conformação, que não mais falava em "contas" ou "em cruzados novos", mas apenas em "obrigações" --o que vale dizer em cruzados novos e BTNs-- levou-me a convocar os referidos clientes e a ANJ para repensarmos a matéria, inclusive se desejaríamos ou não discutir em juízo -não mais a constitucionalidade do plano-, mas somente a inconstitucionalidade do efeito retroativo que se dava ao artigo 12.

Acrescente-se que, curiosamente, determinaram os planejadores governamentais a republicação da Medida Provisória nº 168 nela incluindo a alteração da Medida Provisória 172, de tal maneira que a nova Medida 168 passou a tornar ineficaz a de nº 172, sendo simultaneamente anterior e posterior à Medida de número superior!!!

Quando estávamos a discutir o caminho a tomar, a Excelentíssima Ministra da Economia distribuiu cartilha em que voltava a falar em "contas", como na primeira Medida Provisória 168, e a determinar de forma peremptória que se pagasse em cruzeiros a prestação de serviços, esclarecendo --a meu ver de forma sábia-- que as prestações de serviços anteriormente contratadas não estavam sujeitas às regras da Medida 168 em suas duas versões.

O texto era de uma clareza cintilante. Admitia que as dívidas --conceito cuja conformação jurídica é de espectro menos abrangente

3

**Ives Gandra da Silva Martins**

-6-

que obrigação, pois referente a serviço prestado ou mercadoria entregue e não a prestar ou entregar, a não ser que haja antecipações ou ônus contraído para prestação futura-- se não correspondessem a serviços poderiam ser pagas em cruzados novos, mas se de serviços precisariam ser pagas em cruzeiros.

Como pela lei nº 4.680/65 a publicidade é serviço, já tendo inclusive o S.T.F. declarado que é serviço imune de imposição circulatória se prestado por jornais --apesar de não estar expressamente enunciada tal desoneração tributária no capítulo correspondente da Constituição-- expliquei-lhes que, pela orientação expressa da senhora Ministra da Economia, a M.P. 168, artigo 12, em sua nova roupagem, não se aplicava aos jornais, mas apenas às operações mercantís.

O texto estava assim redigido:

"Conforme já explicado, suas dívidas podem ser "pagas em cruzados novos", mas suas contas relativas à prestação de serviços precisam ser pagas em cruzeiros" (o grifo é meu).

Pode parecer estranho que se interprete uma cartilha, com nível hierárquico inferior a uma Medida Provisória, para dar eficácia ao veículo superior. Não o é, todavia. Foi corrente, nos últimos 25 anos da história pátria, dar-se aos pareceres normativos maior força que às leis, às leis que às leis complementares e a estas que à Constituição. É que a autoridade que aplica a legislação, normalmente, o faz pelo veículo de menor hierarquia, mas de clara indicação do pensamento da autoridade. Por esta razão, os tributos federais são, para as empresas que não desejam discutir constitucionalidade, recolhidos por força da aplicação dos pareceres normativos mais do que da própria lei, posto que esta "absurditas juris" --pois o que é parecer não pode ser normativo e o que é normativo não pode ser parecer-- obriga mais do que a própria lei.

Assim indago sempre de meus clientes, se desejam cumprir a Constituição ou o ato hierárquico de menor nível, pois se quiserem

cumprir a primeira, o caminho normalmente é o Poder Judiciário e se quiserem cumprir o que manda a autoridade, o caminho é a inversão da hierarquia das normas.

Nem se diga que os atos administrativos inferiores sempre são mais arbitrários e mais pesados ao cidadão, posto que na questão do prêmio sobre saque de exportação, sobre o qual já me debrucei a estudar em livro ("Direito Econômico e Empresarial", Ed. Cejup, 2a. ed., 1987, pgs. 159/182), o ato normativo que o conformou foi mais benéfico para o contribuinte que a própria lei.

O certo é que, no caso, a excelentíssima ministra decidiu pela exclusão das dívidas correspondentes à prestação de serviços, da regra do artigo 12. Orientei, pois, meus clientes da ANJ a cumprir o ato menor, na linha de tradição do direito pátrio, no que diz respeito aos atos administrativos inconstitucionais, à falta de sua intenção --no que também acho que bem agiram-- de não discutir a própria constitucionalidade do plano de estabilização.

No dia 24 de março, novamente, o artigo 12 foi alterado, já após o infeliz incidente com a Folha de São Paulo, desta vez, reduzindo, a Medida Provisória, o espectro de obrigação para mera dívida e já não mais projetando os compromissos assumidos -mas não executados- para sua adimplência em novos cruzados até 15 de setembro, mas tão somente as dívidas por prestações já concretizadas.

E ainda aqui permaneceria em minha interpretação anterior, posto que agora a dicção da medida provisória é a mesma da cartilha, falando, como na cartilha, em dívidas e não obrigações. Está o dispositivo assim escrito:

"As dívidas comprovadamente contraída em data anterior a 15 de março de 1990 e vencíveis até 180 dias, a contar da publicação

Ives Gandra da Silva Martins

-8-

desta medida provisória podem ser liquidadas, a critério do devedor, mediante transferência de sua conta para a do credor, dos cruzados novos correspondentes.

§ 1º. Para efeito de comprovação das dívidas, valem os meios de prova admitidos em direito, exceto de testemunha.

§ 2º. O Banco Central do Brasil definirá a forma de transferência da titularidade dos depósitos".

Ocorre, todavia, que no próprio dia da publicação da Medida Provisória 174, a titular da Economia retirou de circulação a cartilha orientadora, com o que o comando com efeito retroativo, que passou a reger a matéria desde o dia 16 de março, apesar de publicado 9 dias depois, é aquele da Medida Provisória 174.

Em face disto, reitero minha opinião anterior, ainda não em forma de parecer, mas de mero esclarecimento, que prevalece até o dia da publicação da Medida Provisória 174 e da retirada de circulação da Cartilha (24/3) para aqueles que pretenderem, não examinar as inconstitucionalidades do plano, mas apenas executá-lo. Reitero, também, tudo que já escrevi anteriormente sobre os aspectos de sua duvidosa constitucionalidade, em artigos e conferências.

A partir da nova orientação ministerial cabe às empresas e a ANJ, ou cumprí-la ou, se desejarem, discutir exclusivamente a questão referente ao direito adquirido e à irretroatividade da lei. Sobre a irretroatividade da lei concluo esta explicação, transcrevendo as inesquecíveis palavras de Vicente Rao:

"A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso do seu

**Ives Gandra da Silva Martins**

-9-

destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem do universo e da natureza, só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira da nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema de legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças" ("O direito e a vida dos direitos", v. 1, pg. 428).



São Paulo, 26 de Março de 1990.