

Ives Gandra da Silva Martins

A
CONSTITUIÇÃO
APLICADA

4

EDIÇÕES CEJUP

A CONSTITUIÇÃO APLICADA
VOLUME 4

OUTRAS OBRAS DO AUTOR EM EDIÇÕES CEJUP

Direito Administrativo e Empresarial ☆ Direito Constitucional
Tributário ☆ Direito Econômico e Empresarial ☆ O Direito em Frangalhos
☆ Direito Público e Empresarial ☆ Direito Tributário Interpretado
☆ A Constituição Aplicada - Vol. 1 ☆ A Constituição Aplicada - Vol. 2
☆ A Constituição Aplicada - Vol. 3

OBRAS COORDENADAS PELO AUTOR EM EDIÇÕES CEJUP

Caderno de Direito Natural - Vol. 1 ☆ Caderno de Direito Natural - Vol. 2
☆ Aspectos Jurídicos do Plano de Estabilização de Economia ☆
Caderno de Direito Econômico

M38c Martins, Ives Gandra da Silva.
 A Constituição Aplicada. — Belém:
 CEJUP, 1991
 198 p.
 1. DIREITO CONSTITUCIONAL.
 I. Título.

CDU:342



IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Titular de Direito Econômico e de Direito
Constitucional da Universidade Mackenzie.
Presidente do Conselho Superior de Estudos Jurídicos
da Federação do Comércio do Estado de São Paulo

A CONSTITUIÇÃO APLICADA
VOLUME 4



Série
A Constituição Aplicada
Volume 1 - 1989
Volume 2 - 1990
Volume 3 - 1991
Volume 4 - 1991

Editores: Gengis Freire
e Ana Rosa Cal Freire
Capa: Genildo Mota
Direitos Reservados
1.^a Edição - 1991



Composto e impresso na Graficentro/CEJUP
Trav. Rui Barbosa, 726
Distribuído por Edições CEJUP
Pedidos pelo reembolso postal para
Edições CEJUP

Trav. Rui Barbosa, 726 - Fone: (091) 22-0355 (PABX)
Telex (91) 2996 - FAX. (091) 241-3184 - Belém-Pará - CEP. 66.030

SUMÁRIO

Controle de preços	
artigos 170 inciso IV e 174 da C.F.	9
Livre exercício da atividade econômica	
artigo 170 § único da C.F.	44
Responsabilidade civil do Estado	
artigo 37 § 6.º da C.F.	65
Direito adquirido	
artigo 5.º inciso XXXVI da C.F.	86
Regime jurídico das taxas e dos preços públicos	
artigos 145 e 175 da C.F.	105
O princípio da patrimonialidade	
artigo 170 inciso II da C.F.	131
A força dos convênios estaduais	
artigo 34 § 8.º das Disposições Transitórias da C.F.	151
O negócio jurídico perfeito	
artigo 5.º inciso XXXVI	172

APRESENTAÇÃO

Este é o quarto volume que lanço da série *A Constituição Aplicada*. Como os demais, hospeda 8 pareceres sobre Direito Constitucional, muito embora todos os estudos sejam dedicados a facetas específicas da lei suprema brasileira. Neles cuido também de Direito Tributário, Econômico, Administrativo, Civil e Comercial.

A aceitação dos livros anteriores leva-me à certeza de que, ainda durante alguns anos, os estudiosos do direito pátrio estarão debruçados sobre inúmeras questões suscitadas pela nova Carta, na busca de uma pacificação exegética que, principiando pela doutrina, terminará por conformar a jurisprudência nacional.

De forma modesta, é a contribuição que oferto aos profissionais do Direito.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

**A DISCIPLINA JURÍDICA DO CONTROLE DE
PREÇOS NA NOVA CONSTITUIÇÃO – OS PRINCÍPIOS
GERAIS QUE REGEM A ORDEM ECONÔMICA – OS
PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E O DO
PLANEJAMENTO INDICATIVO TORNAM
INCONSTITUCIONAIS AS FUNÇÕES DO CIP –
PARECER**

CONSULTA

Consulta-me o eminente advogado João Sarti Júnior – para empresa que assessora – o seguinte:

“Considerando que esta empresa está impossibilitada de praticar os preços aprovados pelo Conselho Interministerial de Preços (CIP) para determinados produtos, sob pena de operar com prejuízo e, levando-se em conta que o CIP é bastante moroso na apreciação das planilhas de custos que lhe são submetidas, não vislumbramos outra saída que não seja o repasse dos nossos custos aos preços de tais produtos, à revelia do CIP, mesmo porque, como é de seu pleno conhecimento, no regime altamente inflacionário que atravessamos, os acréscimos de custos, em níveis elevados, ocorrem freqüentemente.

Nessa conformidade, apreciáramos obter de V. Sa. parecer que, entre outros aspectos julgados pertinentes, abordasse as seguintes questões:

- 1) – Considera V. Sa. o CIP constitucional? Em caso positivo, estaria o CIP agindo em sintonia com as funções e os critérios de atuação que lhe foram cometidos pelo Decreto nº 63.196, de 26/8/68, que o criou?
- 2) – Na vigência da Constituição anterior, a atuação do CIP, prefixando preços, guardava conformidade com a referida legislação?

- 3) – Sendo o CIP inconstitucional, como entende V. Sa. que deva ser exercido o controle de preços pelo Executivo?
- 4) – Quais os riscos patrimoniais, morais e criminais a que esta empresa e seus administradores se sujeitariam em caso de não observância dos preços estipulados pelo CIP?
- 5) – Quais as medidas judiciais que V. Sa. propõe, tanto em caráter preventivo como no plano de defesa, a algum procedimento concreto por parte das autoridades ligadas ao controle de preços?
- 6) – Entende V. Sa. ser relevante a obtenção de laudos, emitidos por entidades de reconhecida idoneidade técnica, que atestem a adequada medida do repasse de custos aos nossos preços?”

RESPOSTA

A ordem econômica plasmada na nova Constituição lastreia-se, entre outros, em 6 princípios fundamentais, que lhe dão corpo e tornam inquestionável seu perfil. Exteriorizam tais princípios uma nítida política superior, voltada para a economia de mercado, formando o mais moderno complexo de comandos liberais que o país já recebeu, neste século, em nível constitucional⁽¹⁾.

São eles:

- a) o princípio da patrimonialidade;
- b) o princípio da livre iniciativa aberta;
- c) o princípio da reserva de mercado estrita;
- d) o princípio da livre concorrência;
- e) o princípio do planejamento econômico indicativo;
- f) o princípio da repressão ao abuso do poder econômico e de proteção ao consumidor⁽²⁾.

(1) Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina: “5.1. Ninguém poderá negar que a Constituição em vigor consagra o tipo descentralizado da economia. Que ela o faz, demonstrou-se cabalmente logo acima. Ora, numa economia descentralizada é o mercado que forma os preços, não qualquer ordem estatal. O próprio intervencionismo, o próprio planejamento, como têm de se coadunar, com essa forma de economia, devem necessariamente respeitar o mercado, quer dizer, a formação de preços no mercado” (“A disciplina de preços no atual Direito Constitucional Brasileiro”, *O Estado de S. Paulo*, 1/7/89, pg. 24)

(2) Sobre o princípio da patrimonialidade, também albergado pelo sistema anterior, Celso Ribeiro Bastos escreve, ao falar sobre o primeiro plano de congelamento: “Resulta também agredido o art. 153 § 22, assegurador do direito da propriedade. O texto constitucional cuida com muito melindre, com muito cuidado, estipulando que a propriedade só pode ser

Tais princípios ofertam, pela primeira vez, no sistema constitucional pátrio, uma ordem econômica com linhas claras e bem definidas, voltada a uma ampla opção pela condução macroeconômica do mercado e participação corretiva do Estado em poucas circunstâncias.

Tinha-se a impressão, durante os debates na Constituinte, que a ordem econômica exteriorizaria uma política socialista, com a preponderância do Estado Empresário sobre o setor privado. Tolerar-se-ia a iniciativa privada, no máximo cabendo-lhe suprir o Estado em suas insuficiências empresariais ⁽³⁾.

perdida mediante indenização; e se for o caso de requisição, se essa requisição causar danos, será indenizável. Então eu pergunto: como pode o governo, sem ter um tabelamento criterioso, mas, simplesmente, impondo um congelamento, a partir de uma data determinada, impor a venda de produtos com preço predeterminado? Como pode ele ter certeza de que, em muitos casos, esse tabelamento, esse congelamento, não é confiscatório da propriedade? E será, toda vez que ele obrigar o comerciante, o produtor a vender não pelo preço remuneratório, a vender por preço, portanto, abaixo do custo de produção" (*Aspectos jurídicos do plano de estabilização da economia*, Ed. CEJUP/IASP, 1987, pgs. 31/32).

- (3) No depoimento que fiz na Subcomissão da Ordem Econômica, presidida pelo deputado Antonio Delfim Neto, rebati, com veemência, tal postura, tendo inclusive levado anteprojeto articulado e elaborado pela CECAM (Comissão de Estudos Constitucionais e Assessoramento Municipal da Prefeitura de São Paulo), pelos juristas Cássio de Mesquita Barros Jr., Celso Seixas Ribeiro Bastos, Cláudio Antonio Mesquita Pereira, Hamilton Dias de Souza, Hely Lopes Meirelles e por mim composta, em cuja exposição de motivos lê-se: "É, todavia, no concernente à dualidade de iniciativa econômica que o anteprojeto avança para definir a triplice forma de intervenção estatal (concorrencial, monopolística e regulamentar), limitando-a às distorções do mercado, sem permitir que a presença desmesurada do Estado-Empresário termine por afetar a totalidade da vida política, social, econômica e jurídica da Nação, com problemas que o passado recente tem demonstrado não serem de fácil solução.

Desta forma, o anteprojeto sai da linha dos princípios desejáveis, mas não aplicados, para os princípios que plasmam uma nova política nacional, em que o Estado atenda às suas finalidades essenciais (segurança interna e externa, administração de justiça, educação, saúde, previdência, repressão ao abuso do poder econômico e reorientação do mercado), mas deixe de participar diretamente deste mercado, senão em casos excepcionais. Indiretamente sempre participará, como sócio privilegiado, através dos tributos, que melhor aplicará nas finalidades sociais pertinentes.

O atual modelo econômico, que torna o Estado um empresário, tem-se revelado perverso, posto que nesta atuação, em que se revela mau administrador, gasta recursos, na medida em que os consegue sacar do segmento privado, sob a forma de imposição fiscal, deixando de ter os meios necessários para atingir as metas fundamentais que o povo espera de qualquer bom governo.

Há, portanto, no anteprojeto apresentado, sensível evolução para esta realidade econômica, que é perseguida por economistas capitalistas e socialistas" (*Roteiro para uma Constituição*, Ed. Forense/Academia Internacional de Direito e Economia, 1987, pgs. 111/112).

Tal sensação da opinião pública, todavia, não se tornou realidade, e o texto resultante terminou por ofertar o mais liberal modelo econômico dos últimos textos constitucionais (4).

Os seis princípios enunciados demonstram, à saciedade, tal quadro de uma economia nitidamente capitalista.

O primeiro deles é o princípio da patrimonialidade. Já estava plasmado na antiga ordem, mas se tornou mais explícito na nova (5).

Na Constituição anterior, era exteriorizado pelo artigo 153 § 22 e pelo artigo 160 inciso III, ambos com a seguinte dicção:

“ § 22 do art. 153: É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e

(4) Miguel Reale ensina: “Nada mais nocivo à interpretação das novas leis do que o espírito prevenido, ou que se deixou levar pelas primeiras impressões. É o que está acontecendo com a Constituição de 1988, apontada apressadamente como antiliberal e intervencionista, sobretudo no que se refere à ordem econômica.

Observo, desde logo, que ao intérprete pouco ou nada interessa que o texto vigente tenha sido fruto de concessões, ou mesmo de cambalachos, pois a origem espúria de uma norma legal não nos exime da obrigação de interpretá-la com serena objetividade, tal como ela é, no seu enunciado verbal. É o caso de lembrar o ensinamento do grande jurista Wach de que “a lei é mais sábia do que o legislador”.

À luz do que as suas disposições enunciam, estou convencido de que a Carta Magna, ora em vigor, optou por uma posição intermédia entre o liberalismo oitocentista, infenso a toda e qualquer intervenção do Estado, e o dirigismo estatal. Dir-se-ia que sua posição corresponde à do neo-liberalismo ou social/liberalismo, o único, a meu ver, compatível com os problemas existenciais de nosso tempo. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, saliento que, logo no artigo 1º, de manifesto caráter preambular, a “livre iniciativa” é apresentada como um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito. Depois, ao tratar-se especificamente da atividade econômica, o artigo 170 volta a referir-se à livre iniciativa como um dos valores fundamentais da ordem econômica, com o acréscimo relevante, de no inciso IV, elevar a “livre concorrência” a posição de princípio constitucional” (“Intervenção do Estado na atividade econômica”, parecer publicado em *O Estado de S. Paulo*, 4/6/89, pg. 9).

(5) Escrevi sobre o assunto: “Tal dispositivo (art. 153 § 22 da E.C. nº 1/69) é de inequívoca clareza. O direito de propriedade é assegurado e não pode o governo desapropriar bens sem *prévia e justa indenização*. Vale dizer, a prévia indenização é essencial para que o governo se imita na posse do bem que pretende possuir ou transferir a terceiros e, além de prévio, o preço a ser pago deve ser *justo*.

Ora, sempre que o congelamento represente desapropriação de bens, com transferência dos mesmos, de produtores ou comerciantes a consumidores, sem *justa indenização*, por determinação de lei (desapropriação indireta), a evidência, o requisito indispensável deixa de existir e a expropriação indireta se inviabiliza” (*Direito Tributário e Econômico*, Ed. Resenha Tributária, 1987, pg. 355).

justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário a indenização ulterior”;

“Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

....

III. função social da propriedade;

...” (6).

A atual, todavia, sobre reproduzir, no artigo destinado aos direitos e garantias individuais, o texto pretérito, tanto no artigo 5º inciso XXII, quanto no inciso XXIV, esculpiu idêntica colocação no artigo 170 inciso II, com a diferença de ter colocado, na ordem econômica, o direito à propriedade como princípio fundamental, princípio este que não estava assim versado na anterior lei maior. Ambos os dispositivos têm o seguinte discurso:

(6) José Celso de Mello Filho, ensina, sobre o que seja justa indenização para realce do princípio da patrimonialidade, o seguinte: “A indenização, para ser justa, conforme exigência constitucional, deve compor-se dos seguintes elementos: a) valor do bem expropriado; b) juros moratórios, à taxa de 6% ao ano, que devem fluir desde o trânsito em julgado da sentença final, sendo devidos pelo atraso no pagamento da indenização (RTJ, 99:708); c) juros compensatórios, à taxa de 12% ao ano, que incidem a partir da imissão provisória na posse, sendo devidos como compensação ao expropriado pela privação antecipada da posse de seu bem (RTJ, 101:804, 99:708); d) cumulação dos juros compensatórios e dos juros moratórios, quando presentes os respectivos pressupostos (RTJ, 99:708, 100:234, 101:804); e) correção monetária, segundo os coeficientes mensais das ORTN, uma vez decorrido, entre a avaliação e a decisão final, prazo superior a um ano (RJTJSP, 78:96); f) atualização da indenização quando houver, por parte do expropriante, demora ou atraso no seu pagamento (RTJ, 102:276, 52:711, 84:966, 54:376, 73:892); g) honorários advocatícios, calculado o seu percentual sobre a diferença entre a oferta e a condenação, ambas corrigidas monetariamente (RTJ, 99:698, 84:330); h) ressarcimento de outros prejuízos, tais como os decorrentes da perda do fundo de comércio (RT, 493:143) e de lucros cessantes (RTJ, 86:512)” (*Constituição Federal Anotada*, Ed. Saraiva, 1984, pg. 357).

“Art. 5º
XXII. é garantido o direito de propriedade (7);
....
XXIV. a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;
....”;

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
....
II. propriedade privada;
....” (8).

É bem verdade que o inciso XXIII do artigo 5º e o inciso III do artigo 170 reiteram a função social da propriedade, que não pode ser abusivamente utilizada. Mas surge tal princípio como vicário, subsidiário, acessório – e, por isto, sua dicção é posterior – e não como princípio fundamental, lembrando-se que estava enunciado na velha ordem, no

(7) Celso Ribeiro Bastos explica: “Quer-nos parecer contudo que, embora transplantável aquela afirmação para o direito brasileiro, ela aqui deva sofrer uma drástica contenção. É que a nossa Carta, malgrado algumas incursões estatizantes ou nacionalistas, ainda assim é um documento eminentemente consagrador do liberal capitalismo. No nosso sistema, a propriedade privada tanto colabora para a expressão da individualidade, quando incidente sobre meios de produção, quanto sobre bens de consumo, daí porque no nosso sistema constitucional a propriedade estar simultaneamente vinculada ao regime das liberdades pessoais que estatui como também à própria ordem econômica” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., Ed. Saraiva, 1989, pg. 119).

(8) É ainda Celso Bastos que escreve: “As restrições ao direito de propriedade que a lei poderá trazer só serão aquelas fundadas na própria Constituição, ou então nas concepções aceitas sobre o poder de polícia. Não pode a lei colocar fora do domínio apropriável pelos particulares certos tipos ou classes de bens, o que só é dado à Constituição fazer. A liberdade de uso e fruição hoje vê-se, em muitos casos, transformada em dever de uso. É um desdobramento sem dúvida importante do moderno direito de propriedade. À luz das concepções atuais não há porque fazer prevalecer o capricho e o egoísmo quando é perfeitamente possível compatibilizar a fruição individual da propriedade com o atingimento de fins sociais” (*Comentários à Constituição do Brasil*, ob. cit. pgs. 119/120).

Título da Ordem Econômica e Social, sem referência expressa, todavia, ao direito à propriedade, como na atual. Ambos os dispositivos estão assim veiculados:

“Art. 5º ...

XXIII. a propriedade atenderá à sua função social;
....”;

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

....

III. função social da propriedade;

....” (9).

O que mais importa relevar, no concernente, pois, ao referido princípio, é que em nenhuma hipótese pode ser, o direito de propriedade, afetado por imposição estatal, sem que seja, tal afetação, garantida por justa e prévia indenização⁽¹⁰⁾.

(9) Eugenio Haddock Lobo e Júlio Cesar do Prado Leite comentam: “O conceito de propriedade privada e da empresa estão umbilicalmente ligados, de tal sorte que aquela e esta andaram juntas ao correr dos tempos, no concernente ao conceito privatista do século XIX e ao conceito mais público do que privado do século XX.

Não incidíamos em heresia jurídica se endossássemos a assertiva de que a “empresa” e a “propriedade privada”, no moderno capitalismo, têm o mesmo sentido social, guardadas as peculiaridades de cada uma dessas figuras institucionais” (*Comentários à Constituição Federal*, 1º vol., Edições Trabalhistas, 1989, pg. 52).

(10) José Cretella Jr., ao comentar o artigo 5º inciso XXIV, relembra lições de outros administrativistas, transcrevendo-as: “Justo é o exato equivalente econômico do bem expropriado. Alguns administrativistas tentaram apontar as conotações da indenização justa, ressaltando que, para tanto, deve ela ser pecuniária, fixa, definitiva e não condicional, estabelecida distintamente, em caso de abranger mais de uma propriedade, não ser inferior à oferta do expropriante, nem superior à exigência do expropriado, devendo levar em conta o valor global da propriedade (Guimarães Menegale, *Direito Administrativo*, 3ª ed., 1957, pgs. 328-9).

Justo preço é o preço adequado na técnica e terminologia do direito vigente e não o do excesso individualista da corrente proprietarista; a preponderância do interesse público é norma a obedecer com rigor (RDA, v. I, fisc. I, p. 277).

Indenização justa é a compensação exata do prejuízo sofrido e na medida em que há prejuízo. A retribuição ao proprietário deve ser tal que ele saia indene da operação jurídica, isto é, preponderância do interesse público é norma a obedecer com rigor (Ildefonso Mascarenhas da Silva, *Desapropriação por necessidade ou utilidade pública*, 1947, pg. 397) (*Comentários à Constituição de 1988*, vol. I, 1989, Ed. Forense Universitária, pg. 374).

Quando do plano cruzado, a doutrina pátria enveredou, inclusive, para o estudo da denominada “desapropriação indireta”, qual seja, a obrigatoriedade de o setor privado vender seus produtos por preços inferiores a seus custos, risco de estar submetido à Lei Delegada nº 4/62. Entendeu a doutrina que a “desapropriação indireta” se configuraria pela ocorrência da imposição governamental, exigindo a venda por preços negativos, e a impossibilidade de o empresário negar-se a trabalhar com prejuízo, em face da aplicação de leis punitivas. À evidência, o bem colocado no mercado a preços aviltados por imposição governamental, representava uma “desapropriação indireta”, visto que o Poder Público apenas não ficava com o bem expropriado, mas o transferia diretamente a seu comprador⁽¹¹⁾.

A evidente inconstitucionalidade espelhada pela abusiva forma de “desapropriação indireta” e de deletéria intervenção “desregulatória” da economia, através da qual os empresários perdiam a propriedade de suas mercadorias *sem justa* indenização, levou, inclusive, o eminente consultor geral da República, em palestra inaugural no Congresso da OAB em Belém do Pará, a declarar que o governo buscava mais a legitimidade do que a constitucionalidade, em seus atos tendentes à “estabilização” da economia⁽¹²⁾. O fracasso daquele plano e dos outros, que lhe sucederam, demonstraram que as inconstitucionalidades foram inúteis, posto que por sua intervenção desastrosa conseguiu o governo, muito mais desestabilizar, que estabilizar a economia. É que a ordem constitucional não só é posta para garantir a ordem social justa e os direitos dos cidadãos, mas representa o que a sociedade entende ser o melhor modelo para o país. E não cabe a um homem solitário, contra a Carta Magna, contra a Nação e contra a sociedade, fazer experiências à custa dela, sem consultá-la ou sem se submeter às regras impostas pelo Direito⁽¹³⁾.

O certo, todavia, é que o princípio da patrimonialidade, na atual Constituição, é mais assegurado do que na anterior, não podendo

(11) “É o ato de Direito Público, mediante o qual o Estado transfere ou subtrai o direito de outrem, por interesse social, ou simplesmente o extingue” (Pontes de Miranda in “Comentários à Constituição de 1967”, S. P., *Revista dos Tribunais*, 1968, vol. 5, pg. 385).

(12) A palestra foi realizada no dia 4 de agosto de 1986.

(13) Hervada y Izquierdo, à pg. 25 do volume de seu *Compêndio de Derecho Natural* (Ed. RIALP, 1980) conceituam o Direito como a “ordem social justa”.

nenhum governo, por mais bem intencionado que esteja ou por mais competente que seja violá-lo, exigindo que a propriedade seja afetada e desprotegendo o direito que está na essência de qualquer ordem econômica não socialista.

Nenhuma empresa pode, pois, ser obrigada, por lei ou por "ato de príncipe", a vender mercadorias com prejuízo, posto que tal imposição, sobre ser inconstitucional, em face de outros elementos, atinge, em toda a sua plenitude, o princípio da patrimonialidade. Nem mesmo a função social da propriedade a justifica, posto que pode, no máximo, justificar a desapropriação. Nunca justificar que esta se faça, direta ou indiretamente, sem o *justo preço*, proibido o confisco (14).

É, aliás, o confisco, vedado pela Constituição no artigo 150 inciso IV, afastado o entendimento de que apenas em matéria tributária seja proibido pelo atual texto. O confisco é vedado, por inteiro, à luz do artigo 5º incisos XXII e XXIII, por força da imposição de *justa e prévia* indenização nas desapropriações oficiais, de vez que representa uma desapropriação sem *justa e sem prévia indenização* (15).

(14) Celso Bastos ensina: "Cumpro, agora, tentarmos uma delimitação do conceito de "função social da propriedade". A primeira observação é a de que se trata de expressão bastante fluida, porque o que a Constituição fixa é, tão-somente, um princípio: esta dita que a propriedade deve respeitar o princípio da função social. O texto maior não estabelece sanção, castigo, ao uso anti-social da propriedade. Mesmo a legislação que tem procurado implementar esse princípio tem, no fundo, se utilizado mais das sanções premiais que das punitivas propriamente ditas. A ênfase é dada mais à estimulação do proprietário para que ele adapte sua propriedade a uma função social, do que à cominação de uma pena para aquele que dela se utiliza em desacordo com o princípio. Ao entendermos que a função social em nosso direito está definida tão-somente em nível de princípio, não significa que a norma que a consagra seja programática. Ao revés, é ela de aplicabilidade imediata. Estabelece restrições desde logo aplicáveis ao direito de propriedade. Daí porque ser lícito afirmar que hoje o direito de propriedade no Brasil está condicionado a dois fatores independentes: de um lado, o fator aquisitivo da propriedade – será proprietário aquele que a adquirir de forma legítima, dentro do disposto na lei – de outra parte, é preciso que essa propriedade seja utilizada de forma condizente com os fins sociais a que ela se preordena" (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2, ob. cit. pgs. 122/3).

(15) Escrevi: "O 5º princípio é o da vedação de confisco, que já comentei ao analisar o princípio da capacidade contributiva.

Não é fácil definir o que seja confisco, entendendo eu que sempre que a tributação agregada retire a capacidade de o contribuinte se sustentar e se desenvolver (ganhos para suas necessidades essenciais e ganhos a mais do que estas necessidades para reinvestir ou se desenvolver), estaremos diante do confisco.

Na minha especial maneira de ver o confisco, não posso examiná-lo a partir de cada tributo, mas da universalidade de toda a carga tributária incidente sobre um único contri-

O segundo princípio constitucional é o da livre iniciativa aberta. O princípio já estava plasmado na antiga ordem, em seu artigo 170. Está hoje, de forma mais clara, colocado no artigo 173 *caput* e § § 1º, 2º e 3º, todos assim redigidos:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

§ 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º. A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade” (16).

O modelo não oferta dúvidas. Na dualidade de iniciativa econômica, a iniciativa privada prevalece sobre a pública (17).

buinte. Se a soma dos diversos tributos incidentes representa carga que impeça o pagador de tributos de viver e se desenvolver, estar-se-á perante carga geral confiscatória, razão pela qual todo o sistema terá que ser revisto, mas principalmente aquele tributo que, quando criado, ultrapasse o limite da capacidade contributiva do cidadão.

Há, pois, um tributo confiscatório e um sistema confiscatório decorrencial. A meu ver, a Constituição proibiu a ocorrência dos dois, como proteção ao cidadão” (*O Sistema Tributário na Constituição de 1988*, Ed. Saraiva, 1989, pgs. 140/1).

- (16) A matéria foi longamente debatida pelos juristas Áttila de Souza Leão Andrade Jr., Edvaldo Brito, Eros Roberto Grau, Fábio Nusdeo, Geraldo de Camargo Vidigal, Jamil Zantut, José Carlos Graça Wagner, José Tadeu de Chiara, Luiz Felizardo Barroso, Raimundo Bezerra Falcão, Roberto Rosas, Washington Peluso Albino de Souza e por mim no *Caderno nº 1 de Direito Econômico* (Ed. CEEU – Centro de Estudos de Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1983), intitulado “Disciplina jurídica da iniciativa econômica”. Todos reconheciam na antiga ordem a prevalência da iniciativa privada sobre a pública no concernente à iniciativa econômica.
- (17) Geraldo de Camargo Vidigal, em sua exposição, perante o plenário do X Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, foi incisivo ao declarar que, apesar da clareza do princípio constitucional, tem sido tradição desrespeitá-lo, o que se fazia também no passado ordenamento.

Não cabe ao Estado atuar, salvo nas áreas de intervenção monopolista e nas determinadas por segurança nacional, em atividade empresarial. O Estado é, tradicionalmente, um mau empresário, o que justifica o fracasso de todas as economias socialistas de “após-guerra”. Lá, o Estado é o único empresário – admitia-se, até há pouco, uma economia privada de microempresários – o que realça sua insuficiência e falta de vocação para o setor. Quanto menos o Estado é empresário, tanto mais cresce a economia nos países civilizados. Quanto mais o Estado é empresário, tanto menos funciona a economia de um país. É que a empresa estatal é uma empresa simultaneamente econômica e política, e o ônus político, daqueles que a exploram ou a utilizam com objetivos pessoais, termina por tirar competitividade da mesma e fazê-la produtora de serviços e de bens mais onerosos que os produzidos pelo setor privado⁽¹⁸⁾.

Tal percepção, por parte do constituinte pretérito e do atual, fê-los reduzir o papel do Estado a funções supletivas, seja na denominada intervenção concorrencial, seja na monopolista⁽¹⁹⁾.

O terceiro princípio da ordem econômica é o de reserva de mercado limitada.

Apenas em 3 hipóteses admite, o constituinte, haja reserva de

(18) José Carlos Graça Wagner explica: “Se, na ordem jurídica, não houver controle eficaz das atividades estatais, o Estado será, como vem sendo, o explorador por excelência do trabalho humano, atribuindo aos seus dirigentes, em bens pessoais, parcela substancial do esforço comum, sob a alegação de direito e privilégios decorrentes da dedicação ao interesse público, sem objetivo de lucro e, segundo se alega, com sacrifício de seus interesses particulares.

Esta característica não decorre de ser este ou aquele o administrador do Estado, embora o estilo pessoal e a personalidade de cada um possa, durante certo tempo e em certo grau, exercer alguma influência. Mas é da natureza do Estado concentracionário a formação de uma casta auto-atribuidora de privilégios. Se a concentração de poder, além de político, for econômico e, por consequência inexorável, social, então se elimina qualquer possibilidade de controle, pois a única realidade será o próprio Estado, sem que exista qualquer outra força limitadora ou controladora do seu poder” (*Caderno nº 1 de Direito Econômico*, pgs. 293/294).

(19) A equipe da Price comenta o *caput* do artigo 173 da C.F. da seguinte forma: “O artigo 173 da Constituição de 1988 só admite, em princípio, a intervenção do Estado na economia para atender a relevante interesse coletivo ou quando necessária aos imperativos de segurança nacional, conforme dispuser a lei. O Estado, portanto, só participará excepcionalmente da atividade econômica, que ficará reservada à livre iniciativa. A Constituição de 1967 fundamentava a intervenção na segurança nacional e no desenvolvimento de determinados setores da economia” (*A Constituição do Brasil 1988*, Ed. Price Waterhouse, 1989, pg. 729).

mercado em benefício das empresas brasileiras de capital nacional sobre aquelas de capital estrangeiro, ou seja, em havendo prejuízo na ação destas últimas no concernente às atividades estratégicas, ao desenvolvimento econômico e ao desenvolvimento tecnológico⁽²⁰⁾. Está o artigo 171 assim redigido:

(20) Escrevi em *A Constituição Aplicada* (Ed. CEJUP, 1989, pgs. 79-80-81): "Ora, à evidência, tal tratamento diferencial que permite disciplina privilegiada a favor da empresa nacional, só é admissível se a empresa nacional de capital estrangeiro colocar em risco: a) as atividades estratégicas elencadas; b) o desenvolvimento econômico; c) o desenvolvimento tecnológico do país.

Em outras palavras, às empresas nacionais de capital estrangeiro que auxiliarem – e muitas o fazem até mais do que as empresas nacionais de capital nacional –: a) as atividades estratégicas; b) o desenvolvimento do país; c) o desenvolvimento tecnológico nacional, a lei ordinária não poderá impedir que assim continuem agindo, pois não se poderá sobrepor aos princípios maiores da Constituição, tais como o da liberdade de concorrência, da isonomia jurídica, do direito adquirido, da oportunidade de trabalho etc.

Desta forma, não se pode interpretar um princípio constitucional que impõe restrição de direitos, contrariamente à sua finalidade. Sob o fundamento de promover o desenvolvimento do país não se admite que a lei frustre ou reduza esse desenvolvimento, retirando de empresas capazes de consegui-lo, o direito de concorrer para isso.

Não se pode ensinar alguém a andar de bicicleta, tirando-lhe, em primeiro lugar, a bicicleta em que estava começando a aprender a andar. Assim argumentava o falecido Carlos Lacerda, ao contestar o pensamento de Fidel Castro, de que a melhor forma de viver a democracia cubana seria a de eliminar as eleições. Coerentemente Castro tem mantido essa posição, como princípio, até hoje – 31 anos depois de assumir o poder –, sendo curioso que os líderes vencedores do PT exaltem, como a democracia por excelência, esse regime, em que inexistem eleições desde 1957.

Se, em política, as teses menos convincentes podem ser garantidas, desde que haja força para garanti-las, em Direito os princípios existem ou não existem e a coerência de um sistema só pode ser assegurado na medida em que todos os princípios maiores e menores se harmonizem.

Por esta razão, o § 1º do art. 171 apenas poderá, em termos de restrição futura a ser definida em lei, dar tratamento preferencial a empresas nacionais, se as empresas de capital estrangeiro não tiverem condições de atender ao triplice objetivo, ao lado das empresas nacionais, ou se forem nocivas à nacionalidade. Caso contrário, a lei ordinária não poderá prevalecer sobre os princípios maiores da Constituição, razão pela qual se as empresas estrangeiras preencherem plenamente o que dispõe o comando superior, poderão atuar sempre, sem tratamento diferencial ou restritivo".

II. empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no país ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º. A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I. conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do país;

II. estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do *caput* se estenda às atividades

“Art. 171. São consideradas:

I. empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país;

II. empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no país ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º. A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I. conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do país;

II. estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do *caput* se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no país ou entidades de direito público interno.

§ 2º. Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional”.

À evidência, se as empresas brasileiras de capital estrangeiro não forem contrárias, nem prejudicarem as atividades estratégicas, o

tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no país ou entidades de direito público interno.

§ 2º. Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional”.

desenvolvimento econômico e o desenvolvimento tecnológico, não poderá haver reserva de mercado (21).

Cabe, todavia, um privilégio, nas licitações públicas, a favor da empresa brasileira de capital nacional, qual seja, o de o Poder Público preferi-la, nas aquisições, à empresa brasileira de capital estrangeiro. Todavia, tal preferência só poderá se dar em havendo “empate técnico”. Não poderá o Poder Público, utilizando-se do dinheiro da sociedade, adquirir bens ou serviços mais onerosos, apenas porque o fornecedor seja empresa brasileira de capital nacional (22).

Como se percebe, o princípio da reserva de mercado limitada também torna mais claro o caráter de economia de mercado, adotado pelo constituinte brasileiro.

O quarto aspecto do sistema, é a adoção, pela primeira vez, de forma explícita, do princípio da livre concorrência. A expressão inexistia na Constituição anterior. Aquela, como a atual, falava em “livre iniciativa”, que representa menos que “livre concorrência”. Na livre iniciativa, o setor privado pode ser chamado a atuar, mas poderá receber do Estado todo o regramento de sua atuação econômica, restando impedido de exercer criatividade no dirigir os negócios. Pode participar da iniciativa econômica, mas não tem assegurada a liberdade de concorrência. Pela livre concorrência, acrescida à livre iniciativa, à evidência, não só o direito do setor privado em participar da econo-

(21) Vale a pena relembra a lição da Eduardo Garcia de Enterría, *“La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, p. 98: *“La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base un “orden de valores” materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales de Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva. Ninguna norma subordinada – y todas lo son para la Constitución – podrá desconocer ese cuadro de valores básicos y todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a dichos valores”*.

(22) No III Seminário Internacional de Direito de Informática realizado em São Paulo nos dias 27 e 28 de junho de 1989 foi esta a postura dos professores Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos e minha. Defendeu-a também Hamilton Dias de Souza no Seminário sobre Disciplina Jurídica do Controle de Preços, promovido pela Academia Internacional de Direito e Economia, realizado no dia 6 de julho de 1989.

mia está assegurado, como as regras econômicas são as da oferta e da procura, cabendo, ao melhor, prevalecer, por força da liberdade de disputar o mercado (23).

À evidência, pelo princípio da livre concorrência, interdita-se ao Estado a adoção de qualquer política de congelamento ou de tabelamento.

O tabelamento, nitidamente, elimina a livre concorrência. Todos os produtores e comerciantes passam a estar equiparados,

(23) Miguel Reale ensina: "Ora, a livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. O primeiro não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meio informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados artigos 1º e 170.

Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o "princípio econômico" segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa da clientela na economia de mercado.

Acorde com essas diretrizes básicas, é dito, no art. 171, que a "exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei". Há nessa disposição dois valores a destacar, a saber: o caráter excepcional da exploração econômica pelo Estado, e a exigência prévia de lei que a autorize, definindo os fins visados.

Cabe assinalar que o princípio de legalidade é mais de uma vez sublinhado pelo legislador constituinte não só *nocaput* do art. 173 como no seu § 4º, segundo o qual: "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

Reitera-se, assim, antigo preceito que nos vem da Constituição de 1946, jamais tida na conta de "intervencionista", mas como mudança substancial no que se refere à forma e ao alcance da intervenção estatal, exigindo-se sempre ato legislativo como pressuposto dos limites negativos impostos à atividade econômica, cuja liberdade o § único do art. 170 expressamente assegura, "salvo nos casos previstos em lei".

Nesse sentido, também o § 5º do referido art. 173 volta a referir-se à lei para estabelecer as sanções aplicáveis nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, com a salutar previsão da responsabilidade das pessoas jurídicas, e, individualmente, de seus dirigentes.

Vem, a seguir, o art. 174 que tem sido o cavalo de batalha dos que persistem em proclamar a natureza intervencionista do Estado Político de 1988. Nada melhor do que a reprodução desse preceito: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá na forma da lei (note-se) as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Em face de um texto tão claro, custa-me crer que se possa pensar em dirigismo econômico, cuja característica principal é a natureza imperativa e não meramente indicativa do planejamento para os particulares, considerados individualmente ou consorciados em empresas" (em artigo já citado publicado no *O Estado de S. Paulo*).

impedidos de concorrer na busca de oferta de preços diversos, que sempre facultam ao consumidor o direito de opção pelo melhor ou pelo menos oneroso (24).

Quem tabela, nivela a concorrência e afasta a liberdade de estipulação de preços livres. Quem tabela, elimina o princípio da livre concorrência, razão pela qual a Medida Provisória nº 32 representou das mais flagrantes e notórias violações da Constituição praticadas por este governo, que, infelizmente, passará para a História Patria, como o grande esfrangalhador do Direito e dilacerador da Lei Maior. Nunca, em matéria econômica, a Constituição brasileira foi tão destruída e pisoteada quanto pela atuação do atual “Poder Executivo-Legislativo”, não sendo sem razão que a sucessão de derrotas judiciais, que coleciona, termine por retratar tão doloroso e instável quadro (25).

O tabelamento, que torna, todos os produtores, fornecedores de bens diversos pelo mesmo preço, dilacera o princípio da livre concorrência, razão pela qual sua adoção é inconstitucional.

O mesmo se diga no concernente ao congelamento. O congelamento impede a adoção de uma política de livre concorrência. As empresas, com seus preços congelados – visto que o governo não controla todo o ciclo da produção, em face de sua notável capacidade de acrescentar aumentos tarifários, tributários e sociais às empresas, na

(24) É ainda Manoel Gonçalves Ferreira Fº quem ensina: “Por outro lado, é expressa a Constituição ao consagrar o princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Que significa ele?”

Recorde-se a lição de André de Laubadère: “O princípio de livre concorrência permite aos particulares exercer suas atividades industriais e comerciais num sistema de competição que não deve ser entravado nem por prescrições, nem por prestações providas dos poderes públicos (*Droit Public Économique*, Paris, Dalloz, 4ª ed., nº 152).

É evidente, portanto, que, num sistema de livre concorrência, cada um fixa o preço do que produz, ou vende. Somente assim poderá competir com outros produtores ou vendedores. E o respeito à livre concorrência exige – reitere-se o ensinamento – que a fixação de preços pelo produtor ou vendedor não seja entravada pelo Poder Público.

A livre concorrência não é incompatível com a intervenção do Estado na atividade econômica. Ela apenas exige que esta intervenção seja: “indireta, quer dizer, respeitosa da liberdade de decisão dos que procuram e dos que oferecem os bens, e da liberdade de formação dos preços. Certamente, o Estado pode influenciar estas liberdades por uma política financeira, monetária ou social. Mas a liberdade de determinação dos agentes econômicos, em última análise, não é eliminada. A economia é somente orientada” (Raymond Barre, op. cit., pg. 186)” (artigo citado publicado no *O Estado de S. Paulo*).

(25) O CEJUP – Centro de Estudos Jurídicos do Pará editou livro meu, em que retrato esta realidade, intitulado *O Direito em Frangalhos*.

vigência de tais congelamentos – ficam incapacitadas de buscar o melhor preço e a melhor oferta perante seus concorrentes, por imposição do Poder Público.

Desta forma, tanto o tabelamento quanto o congelamento, ferem o princípio da livre concorrência, razão pela qual todas as leis que impuseram ao povo brasileiro na atual ordem, como na antiga, são de notória inconstitucionalidade (26).

O princípio da livre concorrência, por outro lado, não admite controle de preços por órgãos que tenham esta função exclusiva. CIP, SEAP, SUNAB, enquanto entidades executoras de uma política de controle de preços, se vicejavam em duvidosa legalidade no passado, passaram a estar em clara, nítida, cristalina ilegalidade no presente, posto que órgãos criados exclusivamente para evitar a livre concorrência (27).

O quinto princípio é o do planejamento econômico indicativo para o setor privado. O princípio inexistia no passado. Sua adoção,

(26) Ruy Barbosa Nogueira, em seu estudo *A Constituição das normas enfermas* (DCI, 2/9/86, pg. 14) com certo desalento, censura a atual realidade de desrespeito à ordem jurídica, dizendo: “Se antes de ser substituída a vigente Constituição, arauto do Poder Executivo se permitiu apodá-la “moribunda”, será que os futuros constituintes não perceberão que a viabilidade e supremacia da nascitura está precisamente em ser imunizada contra essa moléstia, essa alucinante mania “legiferante” do Poder Executivo e dos seus multiformes órgãos administrativos?

Ninguém pode mais duvidar, em nosso país, de que, fora os “golpes de estado” e até como uma das causas destes, foram e continuam a ser os indigitados atípicos e imuneráveis “atos normativos” inoculados, sorrateira e diariamente na ordem jurídica do Brasil, as principais causas eutanásicas da ineficiência e da morte das Constituições.

Oxalá a estrutura da Nova Constituição, como a dos autênticos Estados de direito democráticos, consiga essa tranquilidade, para a ordem e o progresso do Brasil”.

(27) Ao criticar o congelamento ou o tabelamento, como forma eficaz de se combater a inflação, Henry Maksoud escreve: “O resultado de toda essa situação tem sido uma persistente preferência pelo “deficit” orçamentário e seu financiamento principalmente pela inflação da base monetária e dos meios de pagamento, produzindo uma incessante desvalorização do poder aquisitivo da moeda e, como consequência, o contínuo e não uniforme aumento generalizado dos preços. Mas os economistas que denomino “monetaristas keynesiano-estruturalistas” não querem admitir que os aumentos de preços sejam uma consequência da inflação que eles produzem ao “administrarem” suas “políticas monetárias”. Eles não só preferem acreditar no ativismo governamental “a la Keynes” (pela injeção de dinheiro no mercado como se fosse a própria riqueza), como também estão saturados tão profundamente pelo keynesianismo que acreditam possuir um dom cibernético para atenuar a cada instante as flutuações inerentes à economia, manipulando a oferta de dinheiro no mercado sem que isso jamais produza a escalada dos preços” (*Revista Visão*, 14/5/86, pg. 13).

no presente, exterioriza a máxima de que “governa mais, quem governa menos” (28).

O artigo 174 tem seu *caput* expresso nos seguintes termos:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Embora o Estado seja agente normativo da economia, seu planejamento só é obrigatório para o setor público, isto é, para a sua faceta de Estado Empresário. E será obrigatório para o setor privado sempre que este aceitar incentivos governamentais, com o que se submeterá às regras do governo e à própria fiscalização deste (29).

Se o setor privado não pretender aceitar incentivos fiscais, à evidência, poderá ou não acolher as sugestões governamentais em matéria de planejamento econômico, já que este lhe será apenas indicativo.

À evidência, o controle de preços é uma das facetas do planejamento econômico governamental, não podendo ser utilizado obrigatoriamente para o setor privado, já que a Constituição lhe garante o direito de aceitar ou não tal sugestão macroeconômica. À luz, também, de tal princípio é nítida a inconstitucionalidade de atuação dos retrocitados órgãos, extintos no campo do Direito, desde 5 de outubro de 1988 (30).

(28) A frase teve sua origem durante os debates dos 55 de Filadélfia para a elaboração da Constituição americana, a partir dos grandes pensadores que a forjaram com vida multissecular.

(29) Tércio Sampaio Ferraz Jr. explicita o artigo 174, dizendo: “O artigo 174 da Constituição Federal autoriza a instauração de um dirigismo econômico?”

A questão foi discutida largamente no curso da exposição. Em poucas palavras deve-se reconhecer que a Constituição repudia o dirigismo econômico. Onde quer que se admitam a livre iniciativa e a propriedade privada dos bens de produção não há lugar para tal dirigismo, entendido como uma direção geral da economia que funciona na base de um plano geral obrigatório para executantes e destinatários” (“A economia e o controle do Estado, *O Estado de S. Paulo*, pg. 50, 4/6/89).

(30) Tércio Ferraz Sampaio Jr., que chega inclusive a admitir em tese o controle de preços, fulmina a Lei 7.730/89, nos seguintes termos: “Nos dois artigos, no *caput* 3º e no inciso I do 4º, o ministro da Fazenda é competente, nos termos do art. 12 da Lei 7.730, para autorizar expressamente a primeira revisão de preços, após a publicação da M.P. nº 48 e alterar a periodicidade de revisões posteriores, fixada em 90 dias. Esta competência lhe é atribuída”.

Por fim, resta o princípio da repressão ao abuso do poder econômico, exteriorizado no artigo 173 § § 4º e 5º, assim redigidos:

“ § 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” (31).

buida sem qualquer parâmetro. Atribui-se-lhe tanto o juízo sobre as condições, circunstanciais e estruturais, como sobre os efeitos condicionados. Ora, se, como dissemos anteriormente, o objetivo do congelamento é conferir transparência ao próprio mercado, a ausência de parâmetros legais para o exercício de ato discricionário torna o mercado de novo obscuro porque sujeito à arbitrariedade do Poder Público. A garantia da liberdade exige, assim, que a lei configure os atos da administração de modo a torná-los mensuráveis, previsíveis e controláveis. Atribuir uma competência em branco, ainda que por instrumento com força de lei, é usá-lo apenas para “legitimar” equivocadamente finalidade do Poder Público. Isto fere, a nosso ver, o princípio inscrito no art. 37 da Constituição. Ou seja, admitida a constitucionalidade do congelamento, este está adstrito ao princípio da legalidade que não se contrapõe à discricionariedade, mas a informa e lhe dá limites. Além disso, o § único do artigo 3º e o inciso II do artigo 4º impõem restrição à própria revisão dos preços que podem obrigar, no limite, os agentes econômicos a negociar seus produtos com prejuízo, o que fere o sentido da ordem econômica que consagra o regime da livre iniciativa e do livre mercado. Ao se cercear o agente econômico no que se refere à repercussão dos salários nos preços, o Poder Público acaba por interferir no princípio constitucional da “busca do pleno emprego” (art. 170 VIII), pois força o empregador a tomar medidas indesejáveis” (artigo citado publicado no *O Estado de S. Paulo*).

- (31) Carlos Francisco Magalhães, ao examinar a disciplina jurídica da concorrência na velha ordem, cujos princípios são reproduzidos na nova, escreve. “Nos países em desenvolvimento, em que se pressupõe uma economia mais vulnerável à ação de grupos e concentrações de empresas, ainda torna-se mais evidente a necessidade de utilização de meios adequados para coibir as diversas formas de abuso do poder econômico entre empresas, mercê da fragilidade da capitalização das mesmas e dificuldade na obtenção de tecnologia competitiva. Como muito bem se deliberou em resolução aprovada por ocasião da XVI Conferência da Federação Interamericana de Advogados realizada em Caracas em 1969: *“una adecuada legislación “antitrust”, unida a una inteligente puesta en práctica de la misma, constituye una de las armas más eficaces para que los Estados puedan mantener la supremacía de las metas de su política económica”*.

Temos, salvo se o tempo e sua aplicação disserem em contrário, uma adequada legislação antitruste, fruto de um bem elaborado processo legislativo, do qual participaram ativamente grandes vultos de nosso Congresso e já atingimos também o estágio econômico em que se faz necessário colocá-la em prática” (*Caderno nº 3 de Direito Econômico*, Ed. CEEU/COAD, pg. 29).

São seis os fatores, cuja ocorrência, deflagra o processo repressivo ao abuso do poder econômico, a saber:

- a) dominação de mercados;
- b) eliminação da concorrência;
- c) aumento arbitrário dos lucros;
- d) atos contrários à ordem econômica;
- e) atos contrários à ordem financeira;
- f) atos contrários à economia popular ⁽³²⁾.

(32) Sival Antunes de Souza, lembrando o magistério de Miguel Reale, preleciona: "O prof. Miguel Reale em sua obra *Questões de Direito*, 1ª ed., 1981, Ed. Sugestões Literárias S/A, às pgs. 37/45 disserta sobre "Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais", valendo registrar alguns tópicos pela excelente atualidade.

Refere-se o mestre Miguel Reale: "A questão põe-se, desse modo, nos quadros da compreensão social do Direito, o que se reflete, desde logo, nos textos constitucionais a exemplo da Constituição de Weimar, que serviria de modelo a tantos estatutos políticos, repercutindo no Brasil, pela primeira vez, em nossa reforma constitucional de 1926, quando ainda, timidamente, o legislador se refere a "Limitações exigidas pelo bem público" em matéria de comércio exterior e interior".

Como lembra Paulino Jacques, é com o movimento revolucionário de 1930 que o país se encaminha para novos rumos políticos, econômicos e sociais, passando a se prevenir contra os abusos do poder econômico, tal como claramente se reflete da Constituição de 1934 ao abrir todo um capítulo para cuidar da "ordem econômica e social". Desde então, como avanços e recursos, sobretudo no que se refere ao problema da "nacionalização", o Direito Constitucional pátrio firmou a política de repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros" (Constituição de 1969, art. 160, n. v.).

"Bem analisados esses três conceitos eles englobam as notas caracterizadoras do abuso de poder econômico, a saber: a) o "domínio dos mercados", que se dá quando uma ou mais empresas através de meios ardilosos, susta o advento de novas estruturas econômicas ou bloqueia a expansão de outras já existentes, o que se liga, por outro lado, ao chamado "processo de concentração de poder" (monopólios, oligopólios, trusts, cartéis" etc. ...). Ver definição destas espécies de agrupamentos de empresas em Carlo Barbieri Fº "A livre concorrência" "Abuso do poder econômico" – Editora; b) a "eliminação da concorrência", que não se reduz ao fato anterior, mas com ele intimamente se correlaciona, visando pôr termo à economia de mercado, baseada na livre iniciativa e na livre fixação dos preços, em função da oferta e da procura, quer controlando aquela, quer recorrendo a acordos e convênios destinados a impor soluções artificiais ao sabor dos interesses de um grupo, inclusive retendo mercadorias ou adquirindo-as em excesso para provocar escassez ou alta, com a ruína dos concorrentes ("dumping"); c) o "aumento arbitrário dos lucros" é o outro aspecto do mesmo problema quase que o assunto visto em razão de seu escopo essencial, que é a obtenção, por todos os meios, de resultados e vantagens desproporcionais ao valor do investimento efetivamente realizado.

Destarte, todo "abuso de poder econômico", redundando, no mais das vezes, "em desvio do poder econômico", pois o poder econômico, em si mesmo, não é ilícito, enquanto instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas numa sociedade, como a nossa, regida por normas constitucionais que consagram a "liberdade de iniciativa", a "função social da propriedade", a "harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção" e a "expansão das oportunidades de emprego", no mesmo artigo 160, que fulmina as formas abusivas de atividade econômica" (*Caderno nº 3 de Direito Econômico*, ob. cit. pgs. 91/92).

Nenhum desses atos é suscetível ao controle do CIP ou SEAP.

Os três primeiros já estavam nos mesmos termos colocados na ordem anterior, no artigo 160 inciso V, com a seguinte dicção⁽³³⁾:

“Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

.....

V. repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; ...”.

Como se percebe, a matéria já tinha tratamento legislativo anterior, o qual foi recebido da antepretêrita ordem (Lei 4.137/62), estando, tais infrações à ordem econômica, sujeitas à fiscalização do CADE⁽³⁴⁾.

(33) Pontes de Miranda ensina: “A Constituição mantém a instituição da propriedade, sem limites quantitativos, porém não permite que o seu mau uso prejudique a sociedade: ou, melhor, admite que os legisladores ordinários formulem regras jurídicas contra o mau uso (art. 160 III). No art. 160, VI, considera-se qualquer poder econômico, ainda que não se trate de propriedade (arts. 153, § 22, e 160, III). O simples diretor, ou gerente, ou representante, ou agente, que não pode dispor de bens, ou ações, mas pode, com os poderes que tem em mão, atuar na vida econômica, está em posição de abusar deles, para dominar os mercados, ou eliminar a concorrência, e aumentar, arbitrariamente, os lucros, seus, ou da empresa, a que serve. Protege-se a livre concorrência; por isso mesmo atribui-se aos legisladores ordinários o ataque às múltiplas formas pelas quais a livre concorrência se converte em poder eliminador da concorrência, ou, pela concentração da propriedade, ou outros meios abusivos, tende a vedar ou embarçar a aquisição ou a conservação da propriedade dos outros. Prevendo essa multiplicidade de formas frenantes, ou mesmo contraditórias, de toda concorrência desleal, têm-se de caracterizar alguns conceitos: a) qualquer forma de abuso do poder econômico; b) uniões e agrupamentos de empresas individuais ou sociais (exemplificações daquele abuso); c) tendência ou fato de dominação dos mercados nacionais; d) eliminação da concorrência; e) aumento arbitrário de lucros” (*Comentários à Constituição de 1967*, vol. VI, Ed. Forense, pgs. 48/49).

(34) Alberto Venâncio Filho sobre a Lei 4.137/62 fez as seguintes reflexões: “Estas são algumas das reflexões que quis fazer à consideração dos senhores. Nesse seminário sobre problemas da economia brasileira e da economia alemã de uma forma bastante sumária. Muitas conclusões poderiam ser tiradas, mas prefiro fixar-me em duas. A primeira, a de que estamos comemorando vinte anos da promulgação da Lei 4.137, que regula a repressão ao abuso do poder econômico. É vezo comum entre nós, todas as vezes que um fato não é convenientemente coibido ou reprimido, tentar-se muda a lei, quando muitas vezes a lei existe e o que falta é a sua exata aplicação. Em relação à Lei 4.137 – que está longe de ser perfeita – o mesmo pode-se dizer. E o problema me leva a uma cogitação da maior relevância que é a análise do processo administrativo regulatório – de que forma

O lucro é garantia da ordem econômica constitucional. O § único do artigo 170, assim redigido, declara:

“ § único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Nenhum órgão governamental pode, sob risco de responsabilidade penal de seus dirigentes, exigir que alguém trabalhe com prejuízo, por força dos cinco princípios atrás mencionados. O lucro é o alicerce maior da economia de mercado e é, repetidas vezes, nos 5 princípios atrás examinados, assegurado pela nova ordem.

O lucro arbitrário ou desmedido – cuja conceituação depende de lei, ainda não produzida – é que pode ensejar o controle do CADE, nunca do CIP, reminiscência dos regimes autoritários, rejeitada pela nova ordem constitucional, embora, teimosamente, o governo insista em mantê-lo na ilegalidade, para violar, como tem feito, a Constituição. E o lucro arbitrário deverá ter uma expressão matemática, ainda de difícil obtenção pelos economistas (35).

se exerce o processo administrativo nas formas de intervenção do Estado no domínio econômico e de que forma pode o Estado estar aparelhado para intervir em matéria de tão alta complexidade.

A segunda reflexão, e a final, é a de que realmente no atual contexto da economia brasileira estamos, realmente, caminhando para uma economia concentrada. Ainda que se aumente e se amplie o número de pequenas e médias empresas, é sob o regime oligopolístico que se deverá exercer o processo de desenvolvimento da economia brasileira. Isto coloca em questão o problema da legislação antitruste e monopolística e do combate à concentração e de favorecimento à competição. Parece-nos que deveremos partir para um tipo de ação que não coíba essas formas de agregação econômica, que em si mesmas não são nem boas nem más, mas que se procure examinar as formas abusivas que possam exercer, de forma a que se mantenha o mínimo de competição indispensável ao desenvolvimento das economias de mercado, que tem sido até agora a experiência mais propícia no campo do desenvolvimento econômico” (*Caderno nº 3 de Direito Econômico*, ob. cit. pgs. 15/16).

- (35) A matemática como ciência absoluta, quando levada para a economia, provoca mais distorções que soluções, pela sua pobreza intrínseca. A economia é, fundamentalmente, uma ciência psicossocial e nunca uma ciência matemática. Por essa razão a matemática é incapaz de atingir a essência dos conhecimentos mais complexos como a filosofia e a economia. Hegel já alertava para essa pobreza estrutural da matemática, ao dizer: “À evidência desse conhecimento defeituoso, do qual a matemática se orgulha e com o qual se arma igualmente contra a filosofia, repousa somente sobre a pobreza do seu fim e a deficiência da sua matéria. É, pois, de uma espécie tal que a filosofia tem o dever de desprezá-la. Seu fim ou conceito é a grandeza. Trata-se exatamente da relação inessencial e carente de conceito. O movimento do saber passa, por conseguinte, sobre a superfície, não toca a coisa mesma, não atinge a essência ou o conceito e, por essa razão, não é um conceber. O

O CADE é órgão que deve combater a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, este último ainda a depender de lei específica para determinar o que seja ⁽³⁶⁾.

À evidência, o CIP provoca o contrário. Para além de atuar à margem da Constituição, quando tabelar preços ou os congela e quando exige que uma categoria tenha preços negativos, auxilia a eliminação da concorrência, a formação de cartéis, a dominação de mercados, principalmente quando obriga empresas a trabalharem com prejuízo, destruindo aquelas que têm menos recursos para suportar, por longo tempo, as ilegais perdas impostas. E, tais perdas, são tanto maiores quanto maior a inflação reprimida pela inconstitucionalíssima ação de um órgão preocupado mais em fazer estatísticas

espaço e o uno constituem a matéria com relação à qual a matemática garante seu tesouro consolador de verdades. O espaço é o existir no qual o conceito inscreve suas diferenças como num elemento vazio e morto e no qual essas diferenças estão igualmente sem movimento e sem vida. O efetivamente real não é algo espacial, tal como é tratado na matemática. Nem a intuição sensível concreta nem a filosofia se ocupa com esse tipo de inefetividade que são as coisas da matemática. Com efeito, num tal elemento inefetivo há igualmente apenas um verdadeiro inefetivo, ou seja, proposições fixas e mortas" (*A fenomenologia do espírito*, Ed. Abril Cultural, 1974, pg. 31).

- (36) Irving Fischer, após dedicar parte substancial de seus estudos sobre a teoria dos juros às indagações matemáticas, reconhece a pobreza da matemática para equacionar as variáveis psicossociais que conformam o campo de estudo da economia, dizendo: "As outras causas ou causas de interferência são aquelas incapazes de serem tão simples e racionalmente formuladas. Algumas delas podem ser empiricamente estudadas e serão tratadas no capítulo XIX. Elas pertencem mais à estatística do que à economia pura. As leis racionais e empíricas em economia são, portanto, análogas às leis racionais e empíricas da física ou astronomia. Assim como podemos considerar o comportamento real das marés como um resultado composto da lei racional de atração da lua formulada por Newton, e das interferências empíricas de continentes, ilhas, penínsulas, e assim por diante, da mesma forma podemos considerar o comportamento real das taxas de juro na cidade de Nova Iorque como um composto das leis racionais de nossa segunda aproximação e das interferências empíricas da política do Banco Central americano juntamente a outros inumeráveis fatores institucionais, históricos, legais e práticos. Todos eles merecem um estudo cuidadoso, mas escapam à discussão do problema principal deste livro. Em alguns casos, como na teoria dos movimentos da lua, as perturbações podem ser calculadas com bastante precisão, através da combinação racional de um número de influências elementares. Tal resolução de problemas empíricos representa o mais alto ideal da ciência aplicada. Mas até que esse estágio seja alcançado permanece ainda um grande abismo entre a ciência racional e a empírica, e as duas devem ser trilhadas com métodos um tanto diferentes. Esse é o caso, hoje, da ciência econômica na maioria de seus problemas" (*A teoria do juro*, Ed. Abril, pg. 198). A lição de Fischer demonstra não ser fácil determinar os limites que transformaram o lucro justo em lucro arbitrário.

do que em equilibrar a economia ⁽³⁷⁾.

O certo é que as 3 primeiras formas de abuso do poder econômico são da competência de um órgão constitucional (CADE) e não de órgãos ilegais (CIP, SEAP), nascidos quando do regime de exceção à democracia e suportados até hoje pela Nova República, nada obstante os vícios tirânicos que os caracterizam em sua história desestabilizadora ⁽³⁸⁾.

(37) Geraldo de Camargo Vidigal acrescenta, a esta vocação absurda de "fabricação" de estatísticas antiinflacionárias pelo congelamento de preços, a desarrazoada política de moeda e de crédito, dizendo: "O Estado brasileiro, no entanto, recusou rever planejamento econômico que a alteração da realidade econômica transformara em mera fantasia. E passou a exigir, da comunidade nacional, por inúmeras técnicas financeiras e monetárias contribuições proporcionalmente crescentes, que a economia brasileira não podia saudavelmente suprir. As poupanças sociais, limitadas em sua grandeza representam o potencial possível de investimento. No caso brasileiro, por técnicas de direção monetária, as poupanças sociais foram drenadas, para o setor público na sua quase totalidade, não restando recursos de poupança para o investimento privado. Autoritariamente absorvida toda a poupança social pelo poder público, não restou à esfera privada latitude de investimento: e a indústria privada de transformação foi destruída, a capacidade de emprego privado foi esmagada pelos erros econômicos e sangrias monetárias" (*Caderno nº 2 de Direito Econômico*, Ed. COAD/CEEU, pg. 49).

(38) O Decreto nº 52.025/63, que regulamentou a Lei 4.137/62, e que outorga ao CADE o poder de reprimir o abuso do poder econômico, tem assim redigido o artigo 2º:

"Art. 2º. Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I. dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de: a) ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades; b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos; c) coalisão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas; d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas; e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa; f) cessação parcial ou total das atividades de empresa promovida por ato próprio ou de terceiros; g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa;

II. elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção;

III. provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de: a) destruição ou inutilização por ato próprio ou de terceiros, de bens de produção ou de consumo; b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima; c) retenção, em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo; d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de seus concorrentes ou de vendedores de matérias-primas;

IV. formar grupo econômico por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de: a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço; b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem;

A crise econômica atual, fato evidente reconhecido pelas mais variadas correntes da elite brasileira e internacional, tem nos descompassos provocados pela política de controle de preços do governo e no seu principal instrumento de desestabilização, que é o CIP, fator relevante, razão pela qual houve por bem – para afastá-lo – o constituinte colocar a livre concorrência e o planejamento indicativo como princípios fundamentais da ordem econômica ⁽³⁹⁾.

De rigor, as 3 primeiras formas de abuso do poder econômico têm área própria de repressão no governo (CADE), sendo até estranho – já que o CADE tem competência para atuar contra as empresas estatais – que não tenha agido contra o CIP, capaz de eliminar a concorrência, quando exige, para determinados setores, as mesmas regras e os mesmos preços, inviabilizando a sobrevivência daquelas empresas de menores recursos. Esta é a razão pela qual, nos últimos anos, muitas empresas médias e pequenas foram sumariamente afastadas do mercado pela incompetente atuação do CIP ⁽⁴⁰⁾.

As três últimas formas de abuso do poder econômico devem ser combatidas na área penal. Quem age contra as leis “legais” – visto

V. exercer concorrência desleal, por meio de: a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária; b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa”.

- (39) Acrescente-se como outro fator relevante o “deficit” público. Em nosso livro e de Guillermo Balzarotti (Argentina), Milka Casanegra de Jantscher (Chile), Aharon Yorán (Israel) e Walter Rossi Bayardo (Uruguay), intitulado *Adjustments for tax purposes in highly inflationary economies* (editado simultaneamente em Antwerp-Boston-Frankfurt-London-New York pela Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985, pg. 23), escrevemos: “*The inflationary phenomenon, in the actual world, derives fundamentally from the excessive presence of the State in the economies of the developing countries and from the excessive public expenditure of the developed countries. Inflation is therefore basically a phenomenon which confirms the teaching by Adolfo Wagner, given in the past century, who said that the public expenses have an irreversible tendency of growing. The “public deficits” originated by excessive official consumption are tormenting the economy of big and small countries. The United States, for example, because of the lack of control of their public deficit, are upsetting the stability of the economies of the developing countries and are troubling the economies of the developed countries as the private enterprises have to fetch the necessary resources on the financial market. Consequently the international rate of interest is being kept at a high level. Thus it is almost impossible to manage the debt service of the greater part of the countries of the third world*”.
- (40) O papel atribuído ao CADE de controlar a formação de cartéis e oligopólos foi amplamente debatido no Congresso sobre Direitos do Consumidor do Instituto dos Advogados do Paraná, Curitiba, 1986. Nele todos os participantes atribuíram ao CADE o papel de controlar a própria ação do Estado, quando é este o fator de perturbação do mercado.

que determinadas leis são de notória “ilegalidade”, tais como a Lei 7.730/89, que conformou o denominado “Plano Verão”, afetando a ordem econômica, financeira ou os direitos do consumidor – deve ser punido. Se as leis comerciais, financeiras exigem determinado comportamento e as empresas violam-no, à evidência, caracteriza-se o crime contra a ordem econômica e financeira, e tais violações devem ser punidas.

Se uma lei exigir que os detentores de informações confidenciais não as utilizem para alterar as livres regras do mercado de capitais e estas pessoas, as utilizarem, obtendo benefícios pessoais, será maculada a ordem econômica, ferida a ordem financeira, se reflexos houver sobre o sistema, estando sujeitas às punições conformadas no ordenamento jurídico (41).

Se um panificador vender um produto, declarando que tem peso superior àquele que efetivamente tem, à nitidez, afetará a economia popular e deve ser punido.

Nem os atos praticados contra a ordem econômica, nem os praticados contra o sistema financeiro, nem aqueles praticados contra a economia popular podem ter o perfil de *controle de preços*, posto que este, na nova ordem, deixou de existir como instrumento de possível imposição pelo governo, que é capaz de evitar o lucro arbitrário, mas não pode interferir na livre concorrência (42).

(41) O artigo 4º inciso V da Lei 6.385/76 tem a seguinte dicação:

“Art. 4º. O Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários exercerão as atribuições previstas na lei para o fim de:

.....

V. evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos valores mobiliários negociados no mercado;

...”

(42) Manoel Pedro Pimentel, relembando decisão do TACRIM escreve: “Este entendimento foi consagrado por decisões pretorianas. O E. Tribunal de Alçada Criminal de S. Paulo, julgando o HC nº 152.794-1, sendo relator o ilustre juiz Walter Theodosio, assentou: “A nível penal, o descumprimento, em si, do congelamento de preços mostra irrelevante. Notadamente tratando-se de mercadoria não essencial ao consumo popular. Não se concebe que alguém vá explorar a economia popular com artigos tais, supérfluos, por serem guloseimas, com eles especulando para obter vantagem” (RT 612/321). Outros julgados do mesmo Egrégio Tribunal adotaram a tese de que a infração ao congelamento de preços é atípica, pelos motivos já aduzidos. Vejamos: “A infração ao congelamento instituído pelo D.L. 2.283/86 é conduta atípica não caracterizando crime contra a economia popular, eis que o D.L. 2.284/86, ao assimilar o congelamento a tabelamento oficial de preços, contrariou a garantia constitucional de igualdade de todos

A SUNAB, portanto, quando pune empresas, por desobediência ao ilegal controle de preços do CIP, age também ilegalmente, posto que tal controle não configura nenhuma das 6 formas de abuso do poder econômico plasmadas na Constituição ⁽⁴³⁾.

Por todo o exposto, verifica-se que há um complexo harmônico de comandos constitucionais na ordem econômica e que à luz dos seis princípios atrás examinados, nem o CIP foi recepcionado pela lei suprema, nem o foram todos os demais órgãos que atuam na mesma linha, sendo, pois, sua ação, deletéria do ponto de vista econômico, corrosiva do ponto de vista político e desastrosa do ponto de vista jurídico.

É que o controle de preços gera o desequilíbrio das leis de mercado, que deveriam reger uma autêntica economia neoliberal ⁽⁴⁴⁾.

Em qualquer sério tratado de economia, o fenômeno inflacio-

perante a lei (art. 155, § 1º C.F. de 1969), penalizando o comerciante que vende suas mercadorias com pequena margem de lucros, em benefício daqueles que cobram preços exorbitantes pelos mesmos produtos" (RHC nº 509-259-1 - Rel. Juiz Segurado Braz)" (pg. 21 do parecer que me foi cedido).

- (43) Carlos Eduardo Manfredini Hapner, em dissertação de mestrado que tive a satisfação de examinar perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, intitulada "Direito de Consumo", ao examinar os mecanismos repressivos ao direito do consumidor não elenca o controle de preços, porque, de rigor, não o é.
- (44) Celso Ribeiro Bastos, ao falar do plano cruzado, descarrega seu desalento: "A desestruturação trazida à ordem jurídica, hoje, não nos atinge tão-somente porque somos profissionais do direito. Atinge a toda a ordem econômica, porque a própria ordem econômica necessita de segurança jurídica para poder prosperar e desenvolver-se. Então, esse é um ponto importante. Não se pode tomar qualquer ataque que se faça ao D.L., como uma reação de uma classe de incomodados que são os advogados, preocupados com o seu ganha-pão, com problemas de artigozinhos de lei, quando o país está muito mais preocupado com a sua sobrevivência, com o problema da sua soberania, etc. Não vejo assim. Uma ordem jurídica estável e segura é elemento indispensável para o desenvolvimento e a estabilização de qualquer economia. Hoje, o que se nota é um estado de aflição, de ansiedade na população. Todos que advogam percebem isso nos seus clientes. Ninguém tem certeza do seu direito, certeza de quanto tem a receber, de quanto vai pagar. Todas as relações obrigacionais podem ser postas em causa em função desse D.L. A ordem jurídica não é composta tão-somente de normas, mas, sim, de normas acompanhadas da sedimentação que elas recebem através do tempo. O nosso Código Civil vige não apenas pela sua literalidade, e sim por toda tradição que o precede. Então, não se pode baixar decretos, com essa gravidade, que tangenciam, que subvertem todas as relações obrigacionais de um país inteiro, com a leviandade com que isso foi feito e com a circunstância de se traduzirem essas medidas em fatos consumados, o que torna impossível qualquer controle político ou jurisdicional eficaz. É lógico que o Congresso aprovou, porque não poderia deixar de aprovar. Da mesma forma o Poder Judiciário jamais decretara, em bloco, a inconstitucionalidade desse D.L., pela simples razão de que isso seria implantar um caos maior ao caos já existente" (*Aspectos jurídicos do plano de estabilização da economia*, ob. cit. pg. 38).

nário não é atribuído ao aumento de preços, mas à expansão monetária *lato sensu*. Estável o volume de transações, se houver aumento de quantidade de moeda e de sua velocidade de circulação, fatalmente aumentará o nível de preços. A elevação do nível de preços, portanto, reflete apenas o aumento da quantidade de moeda e sua velocidade de circulação, que, por sua vez, refletem políticas monetárias e fiscais frouxas (45).

Sempre que nos últimos 4.000 anos de história se pretendeu combater a inflação pelo controle do nível de preços (efeito) e não pelo combate da moeda (causa segunda) decorrente do “déficit” público sem controle (causa primeira), os fracassos foram rotundos. Impressiona-me não o fracasso dos três planos de congelamento e tabelamento lançados pelo Governo Federal, cujo desastre diagnostiquei, por artigos e programas de televisão, desde o 1º dia, mas a insensibilidade do governo em lançá-los, apesar da experiência mundial demonstrando sua falta de sustentação. Quando Hamurabi ou Deocleciano fracassaram ao tentar controlar a inflação por um congelamento de preços, não tinham a facilidade para detectar os fracassos anteriores, razão pela qual sua experiência foi, pelo menos, bem intencionada nos propósitos, embora errada, por enfrentar o efeito (aumento do nível de preços) em vez da causa (aumento de quanti-

(45) Escrevi em *A separação de poderes no Brasil* (Ed. PrND – Programa Nacional de Desburocratização/IASP – Instituto dos Advogados de S. Paulo, 1985, pgs. 25/6) que: “Foi, todavia, Irving Fischer quem, compreendendo o poder da moeda e do crédito, demonstrou a importância do papel que o sistema financeiro exerce sobre as economias e o poder mundial, ao explicar a inflação por fórmula que Galbraith considerou tão estável quanto a que quantifica a área do círculo (R_2), ou seja, $P = \frac{MV + M_1 V_1}{T}$. Intuindo a existência de uma relação entre o nível de preços (P) e o volume de transações (T), assim como entre a quantidade da moeda (M) e sua velocidade de circulação (V), mostrou que se o volume de transações se mantiver estável, mas a quantidade de moeda crescer, assim como sua velocidade de circulação, o nível de preços tenderá a crescer, gerando inflação. Na fórmula acima, M representa a moeda emitida pelo governo e M1 aquela escritural emitida pelos bancos.

Pela primeira vez se percebeu, em toda a sua extensão, a importância do fenômeno financeiro a dominar e restringir o exercício do poder político, matéria em que nós brasileiros temos larga tradição, a partir do aprimoramento nacional em engrandecer a dívida exterior, eufemisticamente chamada de “poupança externa”, por autoridades passadas, e que nos obriga, no presente, a subordinar as decisões políticas estruturais do país à concordância de nossos credores, gerando, pois, certo grau de efetiva dependência na condução dos destinos nacionais”.

dade da moeda em circulação) (46).

Tal benefício de desconhecimento não pode ser dado ao governo brasileiro, que, sobre ter violado as Constituições, anterior e atual, que os proibiam, insistiu “alquimisticamente” na tentativa, como se a economia fosse uma ciência cujas regras se exteriorizassem em “profissão de fé”. Quarenta séculos de História demonstraram ser impossível um controle de preços e de salários, como comprovou a Heritage Foundation em seu livro *Forty Centuries of Wage and Price Controls: How not to fight Inflation* escrito por Robert L. Schuettinger e Eamonn F. Butler (47).

O CIP, portanto, é órgão que exterioriza tal concepção – de 40 séculos de fracasso econômico – muito embora, na elaboração do diploma que o criou, houvesse clara menção a que não poderia impedir a lucratividade das empresas (48).

Com efeito, o artigo 10 do Decreto nº 63.196 de 29/8/68 tem o seguinte discurso:

“Art. 10. Nos casos de aumentos de preços *acima das correspondentes alterações de custo* e de falta de atendimento, não justificada, das requisições previstas nos artigos anteriores, ou ainda quando se apurar fraude de documentos ou informações, o Conselho Interministerial de Preços promoverá, quando for o caso:

- I. o restabelecimento dos níveis de preços anteriores;
- II. a adoção, pelos competentes órgãos e entidades da Administração Pública, das providências administrativas,

(46) Deocleciano em 301 d.C. publicou o Édito de Máximo para controlar os preços e Daniel Ropps, em *A Igreja dos Primeiros Santos e Mártires* (Ed. Quadrante, pg. 388) observa que fracassou, “como era de se esperar”.

(47) “Concluímos que, embora tenha havido alguns casos em que os controles ao menos aparentemente abrandaram os efeitos da inflação por um breve espaço de tempo, sempre fracassaram a longo prazo. A razão básica disso é que eles não atacaram a verdadeira causa de inflação, que é um aumento dos meios de pagamento superior ao aumento da produtividade. Desde os tempos mais antigos, os governantes tentaram resolver seus problemas financeiros aviltando a moeda ou emitindo moedas quase sem valor, mas de um elevado valor nominal; com a moderna tecnologia, os governos dos últimos séculos passaram a dispor de máquinas de imprimir. Quando estas medidas provocaram a inflação, os mesmos governantes utilizavam os controles de salários e preços” (*Quarenta séculos de controles de preços e salários*, Ed. Visão, pg. 17).

(48) O livro de Heritage Foundation abrange uma pesquisa que durou 6 anos (1973-1979).

fiscais e judiciais legalmente cabíveis, inclusive as previstas na Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, e na Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regulam, respectivamente, a intervenção no domínio econômico e a repressão ao abuso do poder econômico.

§ único. O Conselho Interministerial de Preços, antes de providenciar a adoção das medidas a que se refere este artigo, provocará, por escrito, manifestação da empresa ou firma individual responsável, no prazo máximo de 10 dias, sobre a ocorrência motivadora” (grifos meus).

Ora, nada mais curioso que verificar a ação corrosiva do CIP, do SEAP e da SUNAB, que têm imposto declarados prejuízos às empresas, em face do disposto em tal artigo, também descumprido pelas entidades, visto que sua função corretiva, se constitucional fosse, que não é, apenas atuaria no aumento arbitrário de preços e não nos de mero reajuste.

Se não fosse inconstitucional tal decreto, por força dos princípios mais largos da atual Constituição, estaria sendo descumprido pelo CIP na medida em que não recompõe os preços dos produtos e serviços ao nível da inflação.

Se, por absurdo, se admitisse que o congelamento e o tabelamento fossem constitucionais, no momento em que fosse estabelecida aquela margem de lucro – se houvesse – seria ela considerada a mínima necessária para que a empresa não entrasse em colapso (49).

Se, nesta linha de “raciocínio pelo absurdo”, fosse possível aceitar tais mecanismos de combate à inflação pelos efeitos e não pelas causas, como constitucionais, haver-se-ia de admitir que, obtido o congelamento, a inflação deveria ser zero, como acreditava o Presidente Sarney no plano cruzado e que os preços e todos os seus

(49) Com quadro institucional menos intervencionista, Milton Friedman conclui que, nos Estados Unidos, a liberdade de iniciativa periga, ao dizer: “As idéias de liberdade humana e liberdade econômica atuando em conjunto tiveram sua fruição máxima nos Estados Unidos. E na maior parte ainda permanece conosco. Estamos todos imbuídos delas. Fazem parte do próprio tecido de nosso ser. Mas nós estamos aliviando delas. Estamos esquecendo a verdade fundamental de que a maior ameaça à liberdade humana é concentração do poder, seja nas mãos do governo ou de alguém” (*A liberdade de escolher*, Ed. Record, 1980, pg. 301).

componentes não aumentariam mais. À evidência, se qualquer aumento houvesse nos mesmos, ter-se-ia que admitir, por lógica inquestionável, que também o preço final deveria ser aumentado, com o que a lucratividade mínima seria assegurada. O congelamento, ainda que o princípio da livre concorrência não estivesse esculpido na lei suprema, não seria de preços, posto que afetaria o princípio da patrimonialidade, sem dar margem de lucro mínima, como, aliás, assegurou o decreto que criou o CIP. Desta forma, se constitucional fosse o CIP, que não é, deveria manter a margem de lucro mínima⁽⁵⁰⁾.

Esta, aliás, foi a postura do eminente jurista Antonio Carlos Mendes no Seminário organizado pela Academia Internacional de Direito e Economia, que, ao admitir ser o controle de preços constitucional, não aceitou, todavia, pudesse impor, o CIP, prejuízo às empresas com preço congelado⁽⁵¹⁾.

O interessante é que neste Seminário sobre a Disciplina Jurídica do Controle de Preços, em que foi presidente de honra o eminente homem público Ministro Oscar Corrêa, cinco juristas e eu mesmo entendemos que o CIP perdeu função com a Constituição de 1988 (Miguel Reale, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Geraldo de Camargo Vidigal, Manoel Pedro Pimentel, Hamilton Dias de Souza e eu mesmo), dois deles admitiram o controle de preços, mas em moldes diferentes do CIP (Tércio Ferraz Sampaio e Marco Aurélio Greco) e Antonio Carlos Mendes, procurador chefe da Procuradoria da República de São Paulo, admitiu o controle pelo CIP, mas sem que pudesse impor prejuízos às empresas.

Os nove todavia, em regime de alta inflação, não aceitaram que a forma de combate à inflação se fizesse à custa das empresas por determinações burocráticas desrelacionadas da realidade.

O Seminário ocorreu em São Paulo no dia 6/7/89⁽⁵²⁾.

(50) "In its academic manifestation, the market revival stressed the social efficiency of the unmanaged market. Its distributed resources-labor, capital, managerial and technical talent-to various uses in accordance with the ultimate command of the consumer" (John Kenneth Galbraith, *The affluent society*, Ed. Mentor Book, 1969, pg. XII).

(51) A matéria foi publicada no *Diário do Comércio e Indústria* e também pela *Gazeta Mercantil* (7 e 8 de julho de 1989).

(52) Foi organizado pela Academia Internacional de Direito e Economia e patrocinado pela ABIA - Associação Brasileira das Indústrias Alimentícias. Entre os convidados estavam presentes os professores Alfredo Buzaid, Xavier de Albuquerque e inúmeros juizes do Tribunal Federal de Recursos e federais de diversos Estados do país.

Todas as considerações até o presente levam à certeza, em minha opinião, de que o CIP não tem mais função compatível com a nova Constituição, mas se tivesse, o que se admite apenas por absurdo, suas funções deveriam ser exercidas de forma diversa daquela que exerce ⁽⁵³⁾.

E, neste particular, chega-se ao ponto mais difícil do controle de preços exercido de forma incorreta por um órgão, cuja existência já não tem mais amparo na Constituição.

As empresas que tiverem prejuízos impostos pelo CIP poderão recorrer à Justiça para obtenção de indenização pelos danos reais que lhes foram impostos.

A condenação, todavia, da União pelos prejuízos impostos pelo CIP implicará dano causado também à União, que deverá acionar aqueles que, no CIP, ocasionaram o prejuízo às empresas ⁽⁵⁴⁾.

Reza o artigo 37 § 6º da Constituição Federal:

“ § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Ora, como a condenação da União, nos casos em que gerar prejuízo, será suportada pela sociedade, à evidência, tem aquela pessoa jurídica de direito público a obrigação de acionar seus funcionários, que foram causadores do referido prejuízo. Em outras palavras, a ação de regresso não é uma faculdade, mas uma obrigação da União, por se encontrar na linha daquelas faculdades que são verda-

(53) *O Estado de São Paulo* de 18/07/89 publicou sob o título “Jurista acha legal alta não autorizada” longa matéria sobre os efeitos deletérios que o controle de preços gera sobre a economia, com percentuais comprobatórios de perdas em alguns setores.

(54) O artigo 107 da E.C. nº 1/69 já ofertava o mecanismo ressarcitório, estando assim redigido:

“Art. 107. As pessoas jurídicas de Direito Público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

§ único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

deiras obrigações. A teoria do “poder-dever” aplica-se, por inteiro, à espécie (55).

Desta forma, a empresa que for lesada pela inconstitucional política de controle de preços poderá ingressar em juízo com ação ordinária de perdas e danos contra a União, que, condenada, deverá acionar regressivamente o funcionário que deu causa à sua condenação (56).

O mesmo princípio vale para aquela autoridade que feriu a imagem do empresário para gerar um clima de receio entre seus pares, posto que o artigo 5º inciso X está assim redigido:

“X. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (57).

(55) Hely Lopes Meirelles ensina: “A ação regressiva da administração contra o funcionário causador do dano está instituída pelo § único do artigo 107, da Constituição da República, como mandamento dirigido a todas as entidades públicas e, quanto aos servidores da União, a lei federal 4.619, de 28/4/1965, impõe o seu ajuizamento pelo Procurador da República, dentro de 60 dias da data em que transitar em julgado a condenação imposta à Fazenda (arts. 1º e 2º), sob pena de incidir em falta funcional (art. 3º)” (*Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, 13ª Ed., pg. 558).

(56) Pontes de Miranda ensina: “Critério estritamente objetivo e, portanto, mais largo exige que se considerem funcionários públicos no art. 107 todos os que praticaram atos, ou incorreram em omissão, no exercício de função, sem se dever entrar, sequer, na apuração da legalidade ou ilegalidade da investidura. Se o diretor de repartição, ocorrendo falta de funcionários públicos, ou de empregados contratados regularmente, chama ao serviço pessoa que não é funcionário público, nem regularmente contratada, e essa pessoa causa prejuízos, decorrentes de negligência, omissão ou abuso, no exercício do cargo, que acidentalmente lhe foi entregue, responde – com base no artigo 107 – a Fazenda Pública, nacional, estadual ou municipal. Surge questão quando a pessoa estranha, ou funcionário público ou servidor contratado, presta à administração pública serviço, necessário ou reclamado para o seu andamento, sem que o faça investido do cargo público. Ai, não se dá a responsabilidade funcional do art. 107. Os princípios que regem a responsabilidade são, em tais casos, os princípios do direito comum ordinário, ainda que se tenha de chamar à responsabilidade o Estado. Em todo o caso, o funcionário – que incumbiu a pessoa estranha, o funcionário público ou o contratado de tal serviço sem investidura funcional – responde nos termos da lei, se, para fazê-lo, se investiu da sua função pública: há solidariedade entre ele e o Estado” (*Comentários à Constituição de 1967*, tomo III, Ed. Forense, pg. 543).

(57) Celso Bastos escreve: “É certo que esta intimidade já encontra proteção em uma série de direitos individuais do tipo inviolabilidade de domicílio, sigilo da correspondência etc. ... Sem embargo disso, sentiu-se a necessidade de proteger especificamente a imagem das pessoas, a sua vida privada, a sua intimidade.

Parece-me, pois, que estão as autoridades encarregadas do inconstitucional controle de preços, muito mais sujeitas a serem, no futuro, apenadas do que as empresas, em face da notória ilegalidade da fiscalização que exercem.

À evidência, se o controle de preços não mais se insere no sistema constitucional pátrio, não há que falar em descumprimento do descongelamento ou crime vinculado a seu desrespeito, caracterizado como de economia popular⁽⁵⁸⁾.

A fim de evitar-se, todavia, que uma empresa, sujeita ilegalmente ao controle de preços, seja procurada pela SUNAB e pretendidamente enquadrada na legislação criminal, por assemelhação, deveria ela, de início, entrar com ação declaratória, podendo, no momento de eventual autuação, sustá-la com medida cautelar incidental no bojo da própria ação declaratória. Poderia, todavia, nada fazer, se estivesse para sofrer autuação, iniciar ação cautelar preparatória com pedido de liminar ou impetrar mandado de segurança, objetivando sustar a ilegal ação.

Deveria, nesta hipótese, impetrar *habeas-corpus*, objetivando trancar eventual ação penal, enquanto não decidido o litúgio na área cível⁽⁵⁹⁾.

Por todo o exposto, já posso responder, de forma sintética, as questões apresentadas:

- 1) – Não. Mesmo que fosse – e não é – não estaria agindo o CIP nos termos do Decreto nº 63.196/68;
- 2) – Entendo que não. À época, todavia, não estavam expli-

Podemos dizer que o direito à imagem consiste no direito de ninguém ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento.

Pode-se ainda acrescentar uma outra modalidade deste direito, consistente em não ser a sua imagem distorcida por um processo malévolo de montagem” (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2, Ed. Saraiva, 1989, pg. 62).

(58) O parecer de Manoel Pedro Pimentel, a que me referi, é claro ao descaracterizar como crime a não aceitação do controle pelo CIP.

(59) A medida objetaria não permitir a extensão da Súmula 609 à matéria. Roberto Rosas escreve:

“609. É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal.

A lei definidora dos crimes de sonegação fiscal (Lei 4.729) não impõe prévio procedimento administrativo como pressuposto ou condição ao exercício da ação penal, podendo ter início com a *notitia criminis*” (“Direito Sumular”, *Revista dos Tribunais*, 1989, pg. 300).

tados, nem o “planejamento facultativo”, nem a “livre concorrência”, como princípios expressos da Constituição;

- 3) – O controle de preços apenas pode ser exercido a partir de lei que defina a margem de lucros para cada setor, com o que, via CADE, poder-se-ia evitar o lucro arbitrário;
- 4) – Sem que se tomem as medidas judiciais atrás sugeridas, correm, a consulente e seus administradores, o risco de serem acionados, embora de forma ilegal, pelo CIP, SUNAB e órgãos superiores da Administração;
- 5) – As medidas judiciais são aquelas atrás propostas, a que acrescentaria ação direta de inconstitucionalidade, a ser patrocinada pelo Sindicato ou Associação Nacional a que está vinculada a consulente ⁽⁶⁰⁾;
- 6) – Entendo relevante, para qualquer eventual ação, que a empresa se muna de laudos que comprovem a queda acentuada de lucratividade, quando não, a geração de prejuízos.

S.M.J.

São Paulo, 01 de agosto de 1989.

(60) O artigo 103 da Constituição Federal tem a seguinte dicção:
“Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

.....

IX. confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

**A PROFISSÃO DE PUBLICITÁRIO – ÁREA DE
ATUAÇÃO EXCLUSIVA DAS AGÊNCIAS DE
PUBLICIDADE E DE AGENCIADORES – A
ILEGALIDADE DA ATUAÇÃO DO “BUREAU DE
MÍDIA” EM ATIVIDADE VEDADA PELA
LEI 4.680/65 – PARECER**

CONSULTA

A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE PROPAGANDA consulta-me sobre a interpretação do artigo 11 da Lei 4.680/65 que veda o pagamento de comissões ou descontos sobre propaganda enviada a veículo de divulgação que não seja por agenciador ou agência de propaganda. A questão se vincula ao aparecimento do denominado “Bureau de Mídia”, sem perfil jurídico, na qualificação da lei que regula a profissão do publicitário e que tem agido como encaminhador de propaganda. Pergunta-me, pois, se é legítima a atuação de tal intermediário ou se tal intermediário, sobre agir na ilegalidade, está sujeito a qualquer penalidade. Pergunta-me também se os veículos têm responsabilidade, em o aceitar, como intermediário.

RESPOSTA

A nova Constituição, como a pretérita, assegurava e assegura, em face do modelo econômico esculpido em ambos os textos supremos, o livre exercício de atividade, ofício ou profissão, desde que vinculado à capacitação daqueles que os exerçam ⁽¹⁾.

(1) Antonio Chaves esclarece: “Explica-o bem a derivação etimológica: vem do verbo latino *capere*, agarrar, prender, tomar nas mãos, apoderar-se, apreender, adquirir, apanhar etc. Capax será então aquele que tem essa aptidão, capacitas, essa faculdade. Na linguagem comum, capaz é o profissional competente, solerte, que desempenha a contento seus deveres. Traduzindo esse conceito para o setor jurídico, define Cesare Cagli

Estava, o pretérito texto, assim redigido, em seu artigo 153 § 23:

“É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer” (2),

capacidade jurídica como a faculdade ou a idoneidade reconhecida pela lei para poder tornar-se sujeito de direitos e de obrigações, i. e., a de possuir o gozo ou o exercício deste ou daquele direito. Em outros termos, considerando que o poder do querer constitui o conteúdo do direito em relação a quem o possui, dir-se-á que a capacidade é o poder de querer juridicamente.

Não difere Teixeira de Freitas quando a conceitua como a aptidão de alguém para exercer por si os atos da vida civil (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 13, pg. 2).

- (2) Escrevi em *Direito Público e Empresarial* (Ed. CEJUP, 1988, pgs. 83/84/85). “O comando superior, em consequência, deve, simultaneamente, abranger *lato sensu* toda a atividade laboral, sem exceção, e *stricto sensu* o trabalho não titulado, visto que a titulação é explicitada na continuação do discurso legislativo.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho distingue a profissão do ofício a partir de sua concepção medieval, embora, em seus comentários à Constituição Federal, não afaste a concepção *lata* apresentada neste parecer⁽⁷⁾.

Entendemos, todavia, que a menção específica a duas categorias de atividades laborais objetivou distinguir, na área privada de atuação, as profissões de especialistas daquelas que exigem maiores conhecimentos científicos. Assim, o marceneiro exerce um ofício especializado e o médico uma profissão marcadamente científica.

Pretendem alguns que o ofício a que se refere o constituinte, vinculado estaria ao conceito de delegado de funções públicas exercendo atividades de interesse coletivo, como claramente o direito anterior pressupunha. Parece nos todavia difícil tal desenho doutrinário, na medida em que tal delegação poderá ser exercida por trabalhador ou empresa, por profissional ou por técnico especializado. Se admissível à luz do direito pretérito, não entendemos possível em face do direito presente.

Assim sendo, embora respeitando interpretações em contrário, entendemos que os §§ 22 a 25 pretenderam, em nível de garantias e direitos individuais, assegurar o direito à propriedade, o direito à patrimonialidade, o direito ao trabalho *lato sensu* e, por consequência, ao trabalho não especializado, ao trabalho especializado, ao trabalho científico, assim como aqueles decorrentes dos inventos, propriedade industrial e obras artísticas, científicas e literárias. São, portanto, dispositivos que garantem a sustentação econômica, em suas diversas modalidades, de brasileiros e residentes. São pois conformadores da linha mestra de direitos e garantias fundamentais ao processo econômico de produção, manutenção e circulação de bens e serviços.

Ora apenas o § 23 oferta perfil não genérico, visto que, após garantir o livre exercício de qualquer— e leia-se sem exceção de nenhum trabalho, ofício ou profissão, exige que tal livre exercício, em cada uma das atividades mencionadas, fique subordinado às condições de capacidade que a lei estabelecer.

E aqui reside obstáculo na expressão utilizada que muitas vezes dificulta a compreensão do intérprete, visto que o vocábulo, capacidade tem sido examinado apenas como atributo subjetivo do titular do direito fundamental. Vale dizer, se for capaz para exercer aquela profissão ou ofício à evidência, preenchendo os requisitos necessários de capacitação poderá exercê-los livremente.

Nós entendemos que o constituinte pretendeu mais do que ofertar ao vocábulo apenas uma de suas acepções. Admitiu, por não excluir qualquer outra, que também a capacidade de absorção do mercado é elemento de necessário regramento pela legislação ordinária. Capacidade, portanto, em seu sentido amplo, absoluto, ilimitado. A lei pode, simultaneamente,

que se conciliava com o disposto, no concernente à iniciativa econômica com o artigo 160 inciso I, também com a redação a seguir exposta:

“Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:
I. liberdade de iniciativa;
...”

A liberdade de acesso à profissão, no velho texto, seguia-se ao de se permitir a qualificação daquele que pretendesse exercer certa atividade ou iniciar empreendimento determinado.

Embora promulgada a Lei nº 4.680/65 antes da Constituição Federal de 1967, que, à luz dos princípios gerais, determinava qual a capacitação das pessoas físicas e jurídicas que pretendiam iniciar a atividade de agenciador ou agência de publicidade, foi a mesma recepcionada pela anterior ordem suprema⁽³⁾.

Tal lei, sobre cujo texto adiante me manifestarei, foi recepcionada, nas condições de capacitação exigidas, pela nova ordem constitucional, posto que o artigo 170 *caput* e seu parágrafo têm o seguinte discurso:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim asse-

determinar qual a capacitação necessária para o exercício de determinado ofício ou profissão e também a capacidade de absorção do mercado para aquela atividade, como, de resto, faz, no concernente à área financeira e de mercados de capitais, quanto aos corretores de valores mobiliários e às instituições bancárias.

Por esta razão, consideramos que tais condições de regulação do mercado de trabalho estão no direito que o legislador ordinário recebeu, por outorga constitucional, de determinar a dupla capacidade subjetiva e objetiva, e não apenas, como no passado, na distinção que o exercício de ofício, enquanto delegação de função pública, ofertava ao intérprete”.

- (3) Luciano da Silva Amaro preleciona: “Onde, segundo nos parece, está o encaminhamento da questão é no princípio da recepção, estudado no Direito Constitucional Comparado. Por esse princípio, quando se cria novo ordenamento jurídico-político fundamental (nova Constituição), a ordem jurídica preexistente, no que não conflite, materialmente, com aquele, permanece vigorando, é aceita pela nova ordem constitucional, qualquer que tenha sido o processo de sua elaboração (desde que conforme ao previsto na época dessa elaboração, pois, não o sendo, a invalidade teria atingido a legislação já desde o seu nascimento) (*Direito Tributário 5*, Ed. Bushatsky, diversos autores, 1976, pg. 288).

gurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

§ único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”

(4).

O novo texto ofertou ampla liberdade, mas condicionou a capacitação daqueles que desèjassem iniciar determinadas atividades aos pressupostos legais, no que, como na antiga ordem, agiu bem o constituinte (5).

Com efeito, se a todos é lícito exercer a atividade de advogado, lícito não é que alguém a exerça sem estar capacitado, pois, para que possa estar inscrito na Ordem dos Advogados, mister se faz que tenha cursado uma Escola de Direito e, depois de aprovado, faça seu exame de capacitação profissional junto ao órgão encarregado de fiscalizar seu exercício e avaliar sua qualificação.

Alegou-se no passado que as limitações, impostas por lei, ao livre exercício de uma atividade implicariam cerceamento da liberdade profissional, posto que apenas aqueles eleitos ou escolhidos para serem inscritos, nos diversos órgãos de classe ou sindicatos oficiais, poderiam exercer tais atividades. Haveria, portanto, um real estreitamento na liberdade, tornando o país constitucionalmente uma espécie de democracia ateniense ou de modelos teóricos, como na República de Platão ou na Política de Aristóteles, em que apenas uma elite era livre, com o grosso da população sendo conservado na

(4) A equipe da Price, ao comentar o referido dispositivo, explica: “Em princípio, a Constituição assegura a todos os indivíduos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos. Esse enunciado coaduna-se com o art. 5º, XIII (“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as qualificações profissionais que a lei exigir”).

A autorização pelo Poder Público, entretanto, pode ser requisito essencial ao exercício da atividade econômica, se assim a lei dispuser” (*A Constituição do Brasil 1988*, Ed. Price Waterhouse, 1989, pg. 725).

(5) O constituinte Ricardo Izar, em seu livro *A Constituição e você* (pg. 156) ensina: “É interessante ressaltar que neste capítulo é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, *observados os preceitos da lei* (grifos meus).

condição de trabalhadores humildes ou de escravos (6).

À evidência, tal postura carecia de sustentação jurídica e nem representava a compreensão da percepção do princípio da igualdade – do qual autores ilustres entendem que decorra o da liberdade, e não o inverso – na medida em que se estuda o direito da regulamentação profissional como uma garantia da sociedade e não como um cerceamento ao livre acesso a qualquer atividade (7).

O texto anterior, ao fazer menção às:

“condições de capacidade que a lei estabelecer”
objetivava garantir a sociedade contra o exercício indiscriminado e incompetente de qualquer atividade por qualquer pessoa sem qualifi-

(6) Já escrevi no passado que: “Por fim Pitágoras (580-500 a.C.), talvez o mais culto dos cinco, visto que, por ter a civilização grega, desde a queda de Cnossos em 1454 à.C. perante os Aqueus, dominado as rotas mediterrâneas e se instalado na Europa, Ásia e África foi mais permeada às informações de outros povos, cuja cultura os quatro outros pensadores não atingiram de forma tão amplificada.

Pitágoras, a rigor, pretendeu, pela primeira vez, que o exercício do poder fosse realizado, a partir da lógica matemática, e através dos mais cultos, impondo rígida disciplina ao povo governado. A fome, a miséria, a guerra e o infortúnio seriam banidos pelo simples exercício do poder pelos mais sábios. Seu fracasso, como conselheiro de tiranete da época, não foi diferente das fracassadas tentativas de Confúcio, em demonstração de que a política é menos sensível à matemática do que os tecnocratas imaginam” (*A separação de Poderes no Brasil*, Ed. PrND – Programa Nacional de Desburocratização/IASP – Instituto dos Advogados de S. Paulo, 1985, Brasília, pg. 16).

(7) Platão no diálogo *Gorgias* coloca interessante questão nas bocas de Cálicles e Sócrates. Na discussão, Cálicles, alega ser o Estado elemento perturbador das relações humanas por ir contra a natureza das coisas. Segundo ele o forte tem naturalmente direito à sua fortaleza e o fraco direito à sua fraqueza. Desta forma, o fraco nasceu para obedecer e o forte para comandar, segundo a natureza das coisas. Por tal raciocínio, o Estado, quando protege o fraco contra o forte, age contra a natureza das coisas, de tal forma que turva a evolução da humanidade, na medida em que tira poder dos fortes, que sabem o que fazer com ele, e o dá aos fracos, que não sabem o que fazer, provocando, tal intervenção indevida, um descompasso entre o direito e a realidade das coisas.

Sócrates responde que o raciocínio é falso. É que a natureza das coisas está em igualar os desiguais para que a evolução se faça mais rapidamente. Se poucos os fortes e muitos os fracos, sem a proteção do Estado os fracos tendem a desaparecer e os fortes não têm como exercer sua fortaleza. O Estado é, portanto, o elemento regulador que permite aos fortes continuarem naturalmente fortes e os fracos naturalmente fortalecidos para que a harmonia se faça em projeção de maiores potencialidades para uns e outros.

De rigor, o diálogo entre Cálicles e Sócrates estabelece o grande sentido do princípio da igualdade na visão que a Revolução Francesa nunca conseguiu perceber, posto que a nivelção dos desiguais permite o fortalecimento da igualdade. Todos têm que ser tratados igualmente na medida de suas desigualdades.

cação para tanto (8).

Não se pode admitir que alguém não qualificado para a advocacia advogue, ou que um cidadão que não estude medicina, seja cirurgião de moléstias cardíacas, ou que alguém que não tenha conhecimentos de engenharia, nem seja formado, a título de uma liberdade sem limites de exercício profissional, possa fazer cálculos de estrutura ou exercer atividades delicadas em que a sociedade, receptora de tais serviços, sirva de experiência a seu leviano proceder (9).

À evidência, pode-se alegar que o simples enquadramento de um profissional ou de uma pessoa jurídica nos parâmetros para que possa atuar em determinada área, não representa garantia de que o fará bem, mas inequivocamente reduz o nível de risco para a sociedade quando requisita serviços ou bens que dependam de pessoas físicas ou jurídicas habilitadas ou qualificadas para prestá-los ou fornecê-los.

Pode-se também alegar que nem sempre a pessoa não inscrita no órgão que a habilita, física ou jurídica, está menos apta a exercer atividades que outras inscritas, porém, sobre ser a hipótese excepcional, nada impediria que tal pessoa buscasse preencher as condições exigidas para o exercício daquela atividade específica (10).

Em meu livro *O Estado de Direito e o Direito do Estado* cheguei a defender a tese de que, para o exercício da carreira política, mister se fazia também a qualificação do habilitante, não apenas aquela representada por condições mínimas, tais como idade, alfabetização e inexistência de antecedentes policiais.

(8) Pontes de Miranda ensina: "À medida que o sistema econômico avança para a socialização, como um dos fins do Estado, apresenta-se o problema de se marcarem os limites entre a planificação ou a intervenção do Estado e a liberdade de profissão. A liberdade de profissão não pode ir até ao ponto de se permitir que exerçam algumas profissões pessoas inabilitadas, nem até ao ponto de se abster o Estado de firmar métodos de seleção" (*Comentários à Constituição de 1967*, Ed. Forense, vol. 5, pg. 542).

(9) É ainda Pontes de Miranda (ob. cit. pgs. 542/3) quem ensina: "Tem-se, assim, extensão dos métodos que sempre se empregaram quanto a algumas profissões (médicos, engenheiros, advogados). Nos países de percentagem alta de analfabetos, a falta de ensino profissional permite que as classes dominantes explorem a massa no que elas entendam, sem qualquer

(10) Celso Bastos ensina: "Assim é que não de ser observadas qualificações profissionais. Para que uma determinada atividade exija qualificações profissionais para o seu desempenho, duas condições são necessárias: uma, consistente no fato de a atividade em pauta implicar conhecimentos técnicos e científicos avançados. É lógico que toda profissão

No modelo político que sugeria, a que denominei “Democracia de Acesso”, o Estado forneceria curso gratuito para todos os que se sentissem com vocação política. De 1º grau, como preparatório para o exercício da política municipal, de 2º grau para a política estadual e universitário para a política federal, em escolas programadas para ofertar conhecimentos sobre história, economia, direito, política, filosofia, psicologia, sociologia e estudos antecipatórios⁽¹¹⁾.

Só os habilitados poderiam concorrer, nos municípios de tamanho médio, nos Estados e na União, a cargos eletivos, visto que não é admissível que para o exercício de qualquer atividade, seja necessária qualificação profissional, e para aquela que pode alterar a vida de uma nação e de toda a sociedade, a única qualificação exigida seja a de não ser, o postulante, analfabeto.

implica algum grau de conhecimento. Mas muitas delas, muito provavelmente a maioria, contetam-se com um aprendizado mediante algo parecido com um estágio profissional. A iniciação destas profissões pode-se dar pela assunção de atividades junto às pessoas que as exercem, as quais, de maneira informal, vão transmitindo os novos conhecimentos. Outras contudo demandam conhecimento anterior de caráter formal em instituições reconhecidas. As dimensões extremamente agigantadas dos conhecimentos aprofundados para o exercício de certos misteres, assim como o embasamento teórico que eles pressupõem, obrigam na verdade a este aprendizado formal” (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2., Ed. Forense, 1989, pgs. 77/78).

(11) “Os países democráticos, portanto, vivem esta estranha incoerência, já que neles há, necessariamente, a tripartição de Poderes, qual seja a de que:

- a) exigem qualificação profissional para todas as profissões com prévia preparação;
- b) exigem qualificação profissional – e excepcional – para o exercício das funções judiciárias;
- c) permitem a desqualificação profissional para o exercício do poder, para legislar e para dirigir as nações.

É evidente que há o pressuposto de que o povo faça uma seleção natural – o que nem sempre é verdade, pois muitas vezes fica obrigado a decidir entre duas soluções de pessoas igualmente desprendadas, pela impossibilidade de acesso à disputa por outras pessoas –, mas também é evidente que uma democracia, que permita liberdade total de concorrência a qualquer pessoa desqualificada, passa a ser muito mais vulnerável e menos eficiente, porque, mesmo que consiga razoável segurança na seleção para os cargos executivos, nunca eliminará o acesso desqualificado ao poder, em nível legislativo.

Nós entendemos que se cada cidadão necessita ser vocacionado para a profissão que escolhe – e preparar-se nessa medida –, com muito mais razão o homem público necessita de uma vocação qualificada, maior e mais ampla do que qualquer outra profissão, pois dirigirá o destino de muitos.

Por esta razão, parece-nos que os regimes democráticos atuais, que geram regimes de força, que, por sua vez, geram regimes democráticos, num círculo vicioso têm na qualificação do acesso ao poder o seu elemento mais perturbador” (*O estado de direito e o direito do Estado*, Ed. Bushatsky, 1977, pgs. 143/4/5).

Seriam tais escolas gratuitas, para evitar que apenas os ricos a elas tivessem acesso⁽¹²⁾. Se existisse tal preparação, talvez os desastres econômicos da deletéria política de controle de preços, via congelamento e tabelamento, não tivessem ocorrido, visto que há 4.000 anos tais expedientes econômicos têm fracassado no mundo inteiro e um elementar conhecimento da História poderia ter evitado ao presidente Sarney os dissabores de tão inacreditável acúmulo de insucessos⁽¹³⁾.

Até mesmo Daniel Ropps, no 1º volume de sua história sobre a Igreja, ao falar sobre o tabelamento de preços imposto, pelo Imperador Deocleciano, em 301, com o Édito de Máximo, observa, com a

(12) "Todos poderiam concorrer às vagas da Escola. E todos os formados pelas escolas ou faculdades especializadas poderiam postular um cargo eletivo, em eleições, livres, onde o eleitor, com mais tranqüilidade, escolheria, entre gente habilitada, aquele que melhor poderia representá-lo.

É evidente que o plano é ambicioso. Sua implantação longa e demorada. Pressuporia a existência de um longo período carencial para os que já militam. Necessitaria ser levado principalmente à juventude que está ansiosa por formas mais legítimas de luta e de valores. Os seus próprios escapismos ou "contestações nada mais são do que a desesperada tentativa de encontrarem outros valores que não aqueles em que não mais acreditam. Pressuporia, no início, uma seleção de matérias e de profissionais altamente qualificados para formarem os primeiros corpos docentes a quem seria entregue missão tão importante. Fizemos, quando presidente do diretório metropolitano do Partido Libertador em S. Paulo, uma experiência semelhante, exigindo uma prova vestibular dos postulantes a candidatos à vereança da cidade. O resultado foi surpreendente. Formamos em 1963, a mais coesa bancada, tendo o partido tido a mais expressiva votação em toda a sua história. E todos os candidatos eram desconhecidos. O resultado deveu-se a ter sido o Partido Libertador o que apresentou candidatos do maior nível nos programas de televisão (os 60 postulantes, expressavam-se corretamente nas exposições do horário político). Nenhum dos 13 partidos então concorrentes ofereceu, em média, um nível tão elevado de cultura, serenidade e interesse real pela coisa pública. O deputado Raul Pilla e o sen. Mem de Sá, presidente e vice-presidente do diretório nacional, consideraram excelente a experiência, irrenovável, pela extinção dos partidos políticos com o Ato Institucional nº 2" (*O estado de direito e o direito do Estado*, ob. cit. pgs. 147/8/9).

(13) Robert L. Schuettinger e Eamonn F. Butler, pela Heritage Foundation, prepararam o livro *Quarenta séculos de controles de preços e salários*, em cujo subtítulo lê-se "o que não se deve fazer no combate à inflação", em sua introdução David I. Meiselman escreve: "A experiência com os controles de preços é tão vasta quanto, em essência, toda a história documentada, o que nos fornece uma oportunidade sem igual de verificar o que os controles de preços realizaram e deixaram de realizar. Não conheço nenhuma outra medida econômica governamental cujos efeitos tenham sido testados ao longo de experiência históricas tão diversas em épocas, lugares, povos, formas de governo e diferentes sistemas de organização econômica - salvo talvez os estudos da relação entre inflação e aumentos da quantidade de dinheiro.

Os resultados dessa investigação mereciam a nossa atenção por esclarecerem os fenômenos econômicos e políticos, ainda que os controles salariais e de preços deixassem de ser

acuidade própria do historiador, que tal tabelamento fracassou “como era de costume” (14).

O que importa relevar, todavia, no presente parecer é que tanto a lei suprema anterior, quanto a atual, exigem a qualificação técnica como forma de exercício livre, devendo-se lembrar que o texto atual, sobre ofertar amplo princípio no artigo 170 § único, reproduz, com pequena variação de vocábulos no artigo 5º inciso XIII, o dispositivo pretérito, a demonstrar que a liberdade de atividade é condicionada à qualificação, ou seja, a habilitação não apenas é um direito individual, *mas coletivo*, visto que o artigo 5º é aquele que cuida dos direitos individuais e coletivos, como princípio fundamental da ordem econômica.

Em síntese, portanto, assegurava o constituinte passado e assegura o constituinte atual o livre exercício de qualquer atividade, ofício, profissão ou trabalho, desde que quem o exerça esteja habilitado nos termos da lei, que ofertará as condições para o exercício, objetivando, desta forma, proteger a sociedade contra a incompetência ou o mau trabalhador. A liberdade de exercício da atividade está, pois, condicionada à capacitação de quem o faça a favor da comunidade, a quem o trabalho de todos em última análise, é destinado e que permite, por outro lado, o fortalecimento e o desenvolvimento do país (15).

À luz de tais princípios, portanto, é compreensível que a lei que cuidou da habilitação profissional do agenciador e das agências,

considerados seriamente instrumentos da política econômica. O fato de controles de preços e salários existirem em muitos países e mercados e estarem em estudo em outros, inclusive os Estados Unidos, chama a atenção para o registro histórico dos controles de salários e preços apresentado neste livro.

O que conseguiram, então, os controles de preços na luta recorrente para conter a inflação e superar a escassez? O registro histórico mostra uma seqüência sombriamente uniforme de repetidos fracassos” (Ed. Visão, 1988).

(14) Editora Quadrante. *A Igreja dos Primeiros Santos e dos Primeiros Martires*, pg. 388.

(15) O Capítulo I do Título II tem como título “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. com o que, em sua interpretação integrativa pode-se considerar que não apenas os direitos difusos estão aí garantidos, mas que todos os direitos individuais têm uma dimensão coletiva.

tenha exigido o preenchimento de determinadas condições, só sendo lícito o exercício da referida atividade àqueles que as preenchem (16).

A Lei nº 4.680/65, em seu artigo 1º, principia com um elenco de definições de indiscutível relevância, na medida em que exclui problemas exegeticos para determinar o sujeito a que se destina, o objeto de que cuida e o beneficiário do serviço, correspondendo os artigos 1º, 2º e 3º à conformação do publicitário, agenciador e agências de publicidade, nestes termos:

“Art. 1º. São publicitários aqueles que, em caráter regular e permanente, exerçam funções de natureza técnica da especialidade, nas agências de propaganda, nos veículos de divulgação, ou em quaisquer empresas nas quais se produza propaganda.

Art. 2º. Consideram-se agenciadores de propaganda os profissionais que, vinculados aos veículos de divulgação, a eles encaminhem propaganda por conta de terceiros.

Art. 3º. A agência de propaganda é pessoa jurídica e especializada na arte e técnica publicitária, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos de divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público”.

O artigo 4º explicita o que sejam veículos de divulgação, nos termos abaixo:

“Art. 4º. São veículos de divulgação, para os efeitos desta lei, quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva

(16) Celso Bastos preleciona: “A atual redação deste artigo deixa claro que o papel da lei na criação de requisitos para o exercício da profissão há de ater-se exclusivamente a qualificações profissionais. Trata-se portanto de um problema de capacitação, técnica, científica ou moral. Não há dúvida que dentre as qualificações profissionais há de compreender-se requisitos pertinentes à idoneidade moral do profissional” (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2, ob. cit., pg. 78).

capazes de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que reconhecidos pelas entidades e órgãos de classe, assim consideradas as associações civis locais e regionais de propaganda, bem como os sindicatos de publicitários”, e o artigo 5º conceitua propaganda também em termos claros:

“Art. 5º. Compreende-se por propaganda qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado”.

Como se percebe, o texto legal espanca dúvidas. Elimina interpretações convenientes. Exclui soluções duvidosas ou áreas cinzentas de exegese tortuosa e difícil⁽¹⁷⁾.

Apenas as pessoas *lá* definidas, junto aos veículos *lá* enumerados e ofertando a propaganda *lá* descrita são objeto da lei, não se permitindo, nesta área, que outras pessoas atuem, se não se enquadrarem na escurtura legal da referida lei, estampada, de resto, de forma inequívoca.

Não ficou, todavia, nisto aquele diploma legal, posto que sobre separar a atuação do publicitário, da agência daquela do agenciador, exigiu deste também qualificação, que se encontra no artigo 9º, assim redigido:

“Art. 9º. O exercício da profissão de agenciador de propaganda somente será facultado aos que estiverem devidamente identificados e inscritos nos serviços de identificação profissional do Departamento Nacional do Trabalho”, sobre ter vedado, aos veículos, a possibilidade de receber serviços ou de pagar comissões ou receber descontos de propaganda, que só pode ser encaminhada por agenciador ou agências, como se vê do artigo 11:

(17) Carlos Maximiliano ao comentar o brocardo latino “*Commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat*”: “prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, em vez da que os reduza à inutilidade”. ensina: “Exemplos de aplicação da regra acima enunciada: na dúvida, atribui-se, de preferência, a lei um sentido de que resulte a validade, ao invés de nulidade, de ato jurídico ou de autoridade, eleições, organizações de sociedade, ou de qualquer ato processual. *Qui sentit onus, sentire debet commodum, et contra*” (*Hermenêutica e aplicação do Direito*, pg. 250, Ed. Forense, 1979).

“Art. 11. A comissão que constitui remuneração dos agenciadores de propaganda, bem como o desconto devido às agências de propaganda, serão fixados pelos veículos de divulgação sobre os preços estabelecidos em tabela.

“§ único. Não será concedida nenhuma comissão ou desconto sobre a propaganda encaminhada diretamente aos veículos de divulgação por qualquer pessoa física ou jurídica que não se enquadre na classificação de agenciador de propaganda ou agência de propaganda, como definidos na presente lei” (18).

O Regulamento, por outro lado, reproduz, nos limites que lhe pertinem, os princípios da lei, de um lado, habilitadora da profissão e de outro, resolutiva do exercício de quem não esteja para ela habilitado, nos termos superiores da Constituição Federal (19).

Poder-se-ia levantar a objeção de que a referida lei objetivou criar áreas de reserva de mercado, evitando a redução dos custos de propaganda em uma relação direta entre terceiros não habilitados e os veículos.

A objeção carece de fundamento e é respondida, de forma precisa, pelo advogado Paulo Gomes de Oliveira Filho, em estudo que me foi exibido pela consultante, ao dizer:

“O que destaca a agência de propaganda como tal é, pois, a CRIAÇÃO, o ESTUDO e a EXECUÇÃO de obras

(18) É ainda Carlos Maximiliano (ob. cit. pg. 171) que, ao lembrar Georges Dereux (*De l'Interprétation des Actes Juridiques Privés*, 1905, pg. 316) escreve: “Considera-se, não raro” a lei”, como fria e insensível, porque não favorece a ninguém; ela, entretanto, vela com uma constante solicitude sobre todos nós, e previne nossas vontades, até mesmo vontades que muitíssimas vezes nós ignoramos ter”.

Em conclusão: o direito prevê e provê; logo não é indiferente à realidade. Faça-se justiça: porém salve-se o mundo, e o homem de bem que no mesmo se agita, labora, produz”.

(19) Decreto nº 57.690/66, cujo teor está assim redigido:

“O presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 87, item I, da Constituição Federal, decreta:

Art. 1º. Fica aprovado o regulamento a que se refere o art. 20, da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, que a este acompanha.

Art. 2º. Este decreto entrara em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 1º de fevereiro de 1966: 145º da Independência e 78º da República”.

publicitárias, as quais poderão ser divulgadas pelos veículos de divulgação. A escolha da mídia, o encaminhamento da propaganda aos veículos para ser divulgada, é mera conseqüência do trabalho anterior de criação, produção e execução.

Vê-se pelo inciso II da Normas Padrão (incorporadas ao sistema legal por força do disposto no art. 17 da Lei 4.680) que os “serviços básicos” prestados pela agência ao cliente anunciante constam de extenso rol de atividades desenvolvidas pela primeira e só um item se refere à escolha de mídia.

Ora, o desenvolvimento de um trabalho publicitário depende da realização de várias fases, fases essas fundamentais e sem as quais a propaganda não se concretizaria. A primeira fase, em que englobaríamos a da criação, do estudo e da execução dos materiais publicitários, exige que a agência de propaganda desenvolva o trabalho de pesquisa, com análise de toda a problemática do planejamento e verificação por setores (produto *versus* mercado): exame das condições e sistema de distribuição e venda e estudo e levantamento de dados etc. Parte-se daí para a elaboração do plano destinado à distribuição da propaganda, a fim de que ela atinja a faixa de consumidores que deseja.

Nessa primeira fase, ou seja, de criação, estudo e execução da propaganda, a agência necessita usar de todos os seus departamentos, desde pesquisa, criação, arte e produção, com envolvimento de redatores, diretores de arte, criadores, fotógrafos etc., criando-se, compondo-se e executando-se símbolos, *slogans*, *layouts*, filmes, *jingles*, roteiros de filmes para cinema e tv etc. Essa fase, apesar de ser a mais trabalhosa e onerosa para a agência de propaganda, é também a menos rendosa, quando sua remuneração é pouco mais do que o reembolso de despesas havidas na execução dos trabalhos. Somente será a agência condignamente remunerada na segunda fase, que é a de encaminhamento da propaganda por ela criada e executada, aos veículos de divulgação.

O simples exame de toda atividade desenvolvida pela

agência na primeira fase dá bem idéia da sua magnitude e da sua importância para que a propaganda se materialize e possa atingir seus objetivos” (20).

Em verdade, o trabalho maior do propagandista é aquele realizado por especialistas no exercício de sua atividade, sendo esse o trabalho que terminará por produzir os efeitos que lhe são próprios, ou seja, chamar a atenção do destinatário da propaganda.

Toda a publicidade moderna é uma publicidade técnica. Em dissertação de mestrado, que examinei no mês de agosto, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Carlos Eduardo Hopner, ao tratar do direito do consumidor, demonstrou o especial papel que a propaganda exerce na oferta de produtos, inclusive sugerindo, na regulação do referido direito – hoje constante da Constituição – mecanismos próprios capazes de permitir a propaganda autêntica e útil, com o que se evitará a manipulação do consumidor, que, nessa tese, é visto como o elo fraco da relação produção-consumo, em economia de mercado (21).

O trabalho, portanto, das referidas agências – de resto o principal e maior – é de tal ordem que não pode ser suprido por escritórios não qualificados e nem habilitados pela lei, razão pela qual houve por bem o legislador protegê-lo. E protegê-lo de tal forma que lhes permitiu, com exclusividade ao lado dos agenciadores, o contacto direto com os veículos e o encaminhamento da publicidade desenvolvida, em face do ônus da produção artística, impossível de ser suportada por singelos escritórios de mídia. Proibiu, por outro lado, aceitarem os veículos, daqueles escritórios inabilitados, a recepção de publicidade ou o pagamento de comissões ou a concessão de abatimentos. E o fez para proteção dos destinatários finais da propaganda, ou seja, o consumidor (22).

(20) O estudo foi preparado em 9/06/89 para o diretor-presidente da SAPESP.

(21) A dissertação foi defendida no dia 3 de agosto de 1989, merecendo da banca examinadora, constituída pelos professores Assis Gonçalves, Manoel Justen Filho e por mim, a aprovação com distinção (nota 9).

(22) O § 5º do artigo 173 da Constituição Federal tem a seguinte dicção: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

É que, na verdade, o trabalho da agência de publicidade é remunerado mais pelo encaminhamento da publicidade aos veículos, do que pela pactuação da publicidade a ser desenvolvida, posto que, sem aquele, os ônus desta seriam de tal monta, que o próprio nível da propaganda cairia, por não haver remuneração possível (23).

Em outras palavras, o bom nível da propaganda só é possível na medida em que a publicidade encomendada oferece-se à agência a possibilidade de encaminhá-la aos veículos com o que, sendo remunerada por ambos, seus custos e preços passam a ser mais adequados, criando-se condições de mercado crescente aos que pretendem vender seus bens e serviços e aos próprios veículos que valorizam sua imagem.

Sendo este o espírito da lei, há de se compreender a vedação absoluta a que outras pessoas, físicas ou jurídicas, atuem junto aos veículos de divulgação. Os elementos fáticos, atrás apresentados, justificam a interdição, até porque os próprios veículos de divulgação dependem da publicidade, e esta, só surte efeito, se bem feita. Por esta razão a vedação não apenas protege a qualidade do serviço das agências de publicidade, mas aos próprios veículos, assegurados em propaganda de nível capaz de ser mantida no tempo e, por decorrência, garantir as empresas de divulgação (24).

(23) A equipe da Price Waterhouse comenta o § 5º do artigo 173 da seguinte forma: "Sem prejuízo da responsabilidade dos dirigentes, a lei responsabilizará a pessoa jurídica em decorrência dos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e a economia popular.

Ressaltou, o legislador constituinte, que tais punições deverão ser compatíveis com a natureza da pessoa jurídica, independentemente da responsabilidade de seus administradores, enquanto pessoas físicas.

A norma constitucional, contida no § 5º, encontra o sistema jurídico brasileiro em um estágio mais avançado; não se limita a responsabilizar a empresa e seus dirigentes; vai além; procura descobrir o responsável pelas deliberações e responsabiliza o controlador. Em 1976, a legislação brasileira adotou o princípio básico segundo o qual o exercício do poder de controle só é legítimo para fazer a empresa realizar o seu objetivo e cumprir a sua função social (cf. Lei 6.404, de 1976)" (pg. 732, *A Constituição do Brasil 1988*, Ed. Price, 1989).

(24) Carlos Alberto Bittar escreve: "Manifestações e formas de criação as mais diversas surgiram na publicidade e que denotam um expressivo sentido de esteticidade que lhe asseguraram a proteção do direito de autor. No direito positivo, inúmeras leis, decisões e textos doutrinários no direito comparado e no direito nacional (inclusive as que regulamentam a profissão; Lei 4.680, de 18/6/1965, e Decreto. nº 57.690, de 1/2/1966, em que é definida como arte; art. 3º da Lei 4.680/65) – ressaltam o seu caráter artístico e falam em direitos autorais na publicidade (v. nossa tese citada, n. 49 e s., em que, por vez primeira, sistematizou-se a matéria, defendendo-se a sua inserção no âmbito do direito de autor)" (*Enciclopédia Saraiva*, vol. 62, pg. 136).

É que os veículos de divulgação também dependem da publicidade, sendo que quanto maior for a qualidade da mesma, melhor o resultado para o anunciante, e quanto melhor o resultado para o anunciante, maior a manutenção de espaços publicitários nos veículos, com o que o nível de seus programas, informações e notícias também se eleva, por força de recursos maiores carreados. Há, portanto, uma interação entre a publicidade produzida pela agência, o nível desta, a divulgação e o impacto que termina retornando para o anunciante, deflagrador de um processo em que todos são beneficiados. Justifica-se, portanto, a lei e a exigência de qualificação (25).

Esta é a razão, também, da colocação, no Código de Ética Publicitário, de princípio assim estabelecido:

“Os veículos de propaganda reconhecem a necessidade de manter os corretores e as agências como fontes de negócios e progresso dos seus empreendimentos e, por isso, a eles reservam o pagamento da comissão com exclusão de quaisquer outros indivíduos ou entidades” (26),

posto que do comportamento uniforme e sem fissuras de todos os que agem no setor, resulta o nível de publicidade e a evolução da quali-

(25) É ainda Carlos Alberto Bittar que escreve: A propaganda tem sido enfocada no direito, sob as mais diferentes motivações, recebendo regulamentação fragmentária, como, por exemplo, no âmbito da concorrência desleal; no da defesa do consumidor; no da propriedade industrial e outros tantos, inclusive no da própria situação orgânica da atividade”.

“Contratos diversos nasceram e desenvolveram-se nessa atividade, em particular os de criação, de agência, de inserção de publicidade, de mediação e outros” (*Enciclopédia Saraiva*, ob. cit. pg. 136).

(26) O Código de Ética tem como diretrizes fundamentais os seguintes itens:

“I. A propaganda é a técnica de criar opinião pública favorável a um determinado produto, serviço, instituição ou idéia, visando a orientar o comportamento humano das massas num determinado sentido.

II. O profissional da propaganda, cõscio do poder que a aplicação de sua técnica lhe põe nas mãos, compromete-se a não utilizá-la senão em campanhas que visem ao maior consumo dos bons produtos, à maior utilização dos bons serviços, ao progresso das boas instituições e à difusão de idéias sadias.

III. O profissional da propaganda, para atingir aqueles fins, jamais induzirá o povo ao erro; jamais lançará mão da inverdade; jamais disseminará a desonestidade e o vício.

IV. No desempenho do seu mister, o profissional da propaganda agirá sempre com honestidade e devotamento com seus comitentes, de modo a bem servir a ele e à sociedade.

V. Nas relações entre os seus colegas, o profissional da propaganda pautará sua conduta pela estreita observância das definições, normas e recomendações relativas à ética da profissão, restringindo sua atividade profissional ao setor de sua escolha, assim elevando, pelo respeito mútuo, pela lealdade e pela nobreza da atitude, o nível da sua profissão no país”.

dade e de resultados que beneficiam diretamente os que atuam no mercado e, indiretamente, toda a sociedade, a partir, inclusive, da criação de novos mercados, de sua expansão, gerando, por consequência, maior desenvolvimento econômico, maior emprego e redução de tensões sociais.

O princípio, pois, esculpido no Código de Ética Profissional não é um princípio de caráter setorial, mas de caráter nacional, posto que, em modelo constitucional claramente voltado à economia de mercado e à livre concorrência – este último princípio pela primeira vez estatuído na lei maior – a propaganda desempenha papel fundamental na oferta de um perfil a tal política (27).

No passado, os positivistas do Direito pretenderam excluir do estudo legal a ética, sob a alegação de que seria matéria pertinente à Filosofia e, portanto, contaminaria a norma pura, objeto único da reflexão sobre a ordem jurídica. A escola, que teve adeptos na Europa antes da 2ª Guerra Mundial, embora de reduzida aceitação naquele continente hoje, mas que ainda encontra focos de irradiação em nosso país, não foi aquela esculpida, nem pela anterior ordem constitucional, nem pela atual. A própria profissão daquele que deflagra o momento mais dramático do Direito, que é o do litígio judicial, alicerça-se em rígido Código de Ética, cuja violação pode levar o advogado a perder o direito de exercer sua nobre profissão (28).

A ética é indissolúvel do Direito e o Código de Ética Publicitário compõe, em seus princípios, aquelas regras que, seguidas por todos, ofertam a segurança do nível profissional e, pela relevância da publicidade no mundo moderno, os elementos capazes de permitir

(27) O artigo 170 da C.F. tem a seguinte dicção:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I. soberania nacional; II. propriedade privada; III. função social da propriedade; IV. *livre concorrência*; V. defesa do consumidor; VI. defesa do meio ambiente; VII. redução das desigualdades regionais e sociais; VIII. busca do pleno emprego; IX. tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte” (grifos meus).

(28) “Os deveres do advogado compreendem, além da defesa dos direitos e interesses que lhe são confiados, o zelo do prestígio da sua classe, da dignidade da magistratura, do aperfeiçoamento das instituições de Direito e, em geral, do que interessa à ordem jurídica”.

que o desenvolvimento nacional se faça a partir de seus impulsos (29).

E é neste contexto que os escritórios de mídia não se enquadram. Sua existência é violadora da lei. Afetam a ética profissional e reduzem a qualidade de uma atividade que a lei de 1985 pretendeu, por sua relevância, elevar. Existem na ilegalidade. Violentam as prerrogativas dos profissionais qualificados. Tornam os veículos de divulgação, que com eles trabalham, suscetíveis de serem acionados, sobre, por concorrência desleal, poderem ser responsabilizados civil e penalmente, além de ser suscetíveis de processo junto ao CADE, por eliminação de concorrência e dominação de mercados (30).

É que tais elementos, não tendo que suportar outros custos, nem sendo obrigados a manter o nível das agências de publicidade na sua produção, terminam por poder ofertar preços inferiores aos veículos, por propaganda também inferior, com o que, no tempo, acabam por afetar aquelas empresas que a lei pretendeu proteger para melhorar o nível publicitário, fato que, os 25 anos de legislação, acabaram por comprovar. Ora, o “Bureau de Mídia” ingressando contra a lei – e sem a habilitação exigida – em área de exclusiva competência das agências e dos agenciadores, à evidência, sobre esfrangalhar o direito, que rege a matéria e o Código de Ética, retira destas remuneração compensatória capaz de permitir a atividade de propaganda em

(29) Miguel Reale ensina: “Assim sendo, o Direito não é algo de diverso da moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas.

A teoria do mínimo ético pode ser reproduzida através da imagem de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral, e o círculo menor o do Direito. Haveria portanto, um campo de ação comum a ambos, sendo o Direito envolvido pela Moral. Poderíamos dizer, de acordo com essa imagem, que “tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico” (*Lições preliminares de Direito*, Ed. Bushatsky, pg. 48).

(30) O III Simpósio Nacional de Direito Econômico foi dedicado ao tema “A disciplina jurídica da concorrência”, tendo o *Caderno nº 3 de Direito Econômico* (Ed. CEEU – Centro de Estudos de Extensão Universitária e COAD, 1985) publicado estudos de Alberto Venâncio Filho, Almir de Lima Pereira, Átila de Souza Leão Andrade Jr., Carlo Barbieri Filho, Carlos Francisco Magalhães, Luiz Felizardo Barroso, Luiz Olavo Baptista, Marcos Paulo de Almeida Salles, Sérgio Marques da Cruz, Sinval Antunes de Souza, além do meu. Todos realçaram a importância de sua disciplina para que as regras de mercado surtam seu efeito em uma economia neoliberal.

nível superior⁽³¹⁾.

Não podendo concorrer com os ilegais “escritórios de mídia”, pelos custos de sua empresa, terminam as agências de publicidade por serem atingidas num dos elos de remuneração fundamental para que o outro não seja oneroso para os anunciantes, com o que, no tempo, ou cairão no seu nível publicitário, ou deixarão de existir.

Exatamente para evitar tal quadro, que não interessa aos concorrentes, às agências, aos veículos e ao país, é que a lei proibiu que, sem qualificação, pessoas físicas e jurídicas atuassem na área, sendo a ação dos “escritórios de mídia” de notória ilegalidade e de lesivo impacto na qualidade dos serviços prestados⁽³²⁾.

Entendo que a consulente, em nome de seus associados, deva interpelar a Associação dos Veículos de Divulgação, para que instrua seus associados a não receberem publicidade encaminhada pelos referidos escritórios, sobre denunciar à Justiça, nos casos comprovados, aqueles que invadem, de forma ilegal, a área de exclusiva atuação das agências e dos agenciadores.

Tal provocação poderia ser iniciada por interpelação judicial seguida de ação ordinária de preceito cominatório, pelas agências

(31) Carlo Barbieri Filho ensina: “Como a atividade econômica é regulada por seguimentos legais paralelos, restrita por leis civis, penais, comerciais, fiscais, tributárias, trabalhistas, muitas formando a legislação esparsa prevista constitucionalmente, tal como a antitruste, o abuso do poder econômico na maioria das vezes só é perseguido através da análise iniciada com a verificação de acordos estabelecidos entre empresas, *restritivos à concorrência*, ou pela denúncia dos *lesados*, *que vêem sua atividade prejudicada pela prática abusiva alheia*.”

O limite entre o uso permitido e o uso abusivo é inúmeras vezes peculiar e imperceptível, precisando ser verificado caso a caso em indagações exaustivas que irão informar os envolvidos que ajustes e comportamentos restritivos são permitidos, por isso passíveis de vigorarem e continuarem surtindo efeitos respectivamente, e os impraticáveis porque ofensivos à lei” (grifos meus) (*Caderno nº 3 de Direito Econômico*, ob. cit. pg. 27).

(32) Marcos Paulo de Almeida Salles ensina: “Para Celso Delmanto, concorrência desleal é o uso de meios ou métodos incorretos para modificar a normal relação da competição.

Os atos de concorrência desleal podem ser classificados segundo Van Ryn (*apud* Requião) “desvio” de clientela por processos artificiais e atos contrários à “moralidade comercial”.

Em torno do problema várias teorias se desenvolveram, pois como vimos a tipificação dá-se em havendo a figura do abuso, isto é, da anormalidade nas relações que, por si só tem um caráter de eliminação do competidor, pois trata-se de uma disputa pelos consumidores presentes (ou até mesmo futuros) no mercado. Quanto maior a faixa de mercado atingido por um competidor, outros haverá que perderam sua posição, ainda que se possa ter em conta um crescimento marginal positivo do mercado como um todo” (*Caderno de Direito Econômico nº 3*, ob. cit. pg. 67).

que fossem lesadas em sua atuação, por força da concorrência desleal de tais escritórios⁽³³⁾.

À Associação caberá, por outro lado, a impetração de mandado de segurança coletivo contra as Juntas Comerciais de cada Estado, para que não registrem documentos de tais empresas ou sustentem os efeitos permitidos às registradas, embora tal medida possa se revelar de difícil execução, principalmente quando tais escritórios estiverem registrados no Registro de Títulos e Documentos⁽³⁴⁾.

Neste caso, caberia a interpelação aos próprios registros, nos casos detectados, assim como a ação de preceito cominatório para que os cancelem, por força da ilegalidade do objeto social.

Por fim, cabe encaminhar ao Ministério Público representação, objetivando o ajuizamento de ação civil pública para que tais escritórios sejam fechados, a fim de que a lei da profissão seja respeitada.

Mister se faz, finalmente, aplicar as penalidades determinadas pela própria lei àqueles que a elas estão sujeitos, entre os quais os veículos de divulgação, se estes insistirem em manter relações com os referidos escritórios, visto que a lei, em seu artigo 15, torna-os susce-

(33) O artigo 2º inciso I letra "a" do Decreto nº 52.025/63 tem a seguinte redação:

“Art. 2º. Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I. dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:

a) ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades;

....”

(34) O artigo 5º inciso LXX da Constituição Federal tem o seguinte discurso:

“Art. 5º

LXX. o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

.....

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

....”

tíveis de responsabilização ⁽³⁵⁾.

O certo é que os “escritórios de mídia” agem contra a lei e violentam a Constituição Federal, ao exercerem atividade apenas pertinente a agências e agenciadores de publicidade.

S.M.J.

São Paulo, 09 de agosto de 1989.

(35) O artigo 15 está assim redigido:

“Art. 15. A fiscalização dos dispositivos desta lei será exercida pelo Departamento Nacional do Trabalho, Delegacias Regionais, assim como pelos sindicatos e associações de classe das categorias interessadas, que deverão representar às autoridades a respeito de quaisquer infrações”.

**DESCUMPRIMENTO POR EMPRESA PÚBLICA DE
CLÁUSULAS CONTRATUAIS – RESPONSABILIDADE
CIVIL DA EMPRESA E DE SEUS ADMINISTRADORES
– PARECER**

CONSULTA

A consulente, atendendo ao edital de convocação CFP (Companhia de Financiamento da Produção) nº 68/86 para aquisição de milho importado, teve atribuído, pela referida empresa, a um lote de 36.750 toneladas, um preço por tonelada de US\$ 92,273, assim decomposto:

a) valor FOB	US\$ 81,26/t
b) valor frete	US\$ 10,20/t
c) valor do seguro	US\$ 0,8133/t

ou seja, um preço total de US\$ 3.391.032,75.

O Edital de Convocação, a que a consulente se vinculou em real contrato de adesão, dispunha na cláusula 5.3 que o valor seria expresso em dólares, embora cotado em cruzados (cláusula 5.1), com o que o pagamento em cruzados deveria representar a sua expressão cambial. Referenciando tal entendimento, a cláusula 14.1 declarava, por outro lado, que a CFP arcaria com eventuais perdas cambiais no momento do pagamento, desde que comprovado o prejuízo pela vendedora. A Procuradoria da Fazenda Nacional, todavia, entendeu que, na liquidação do contrato de câmbio, os dólares acordados deveriam ser transformados em cruzados e que, a partir daí, embora coubesse, em princípio, correção monetária, não poderia a CFP pagá-la, seja por força do plano cruzado, que o governo impôs à Nação, seja por força do Decreto 2.300/86, ambos diplomas pos-

teriores, os quais não permitiram ofertar efeito retroativo à lei, apesar de o compromisso ter sido anteriormente assumido. Assim, nada obstante reconhecer a correção monetária em cruzados – não em dólares –, entendeu a Fazenda Nacional que a CFP apenas poderia pagá-la em juízo.

Isto posto, formula a consulente as seguintes questões, por intermédio de seu eminente advogado Carlos Alberto da Silva Jordão:

“a) Em razão dos atrasos nos pagamentos entende V.Sa. não estarem totalmente cumpridas as obrigações da CFP previstas no Edital?

b) Em caso positivo, é legítimo o direito da Perdigão e das demais empresas, de pleitear a atualização do preço segundo os índices de cotações do dólar?

c) Entende V. Sa. ser a Ação Ordinária com pedido sucessivo o meio processual mais correto, ou haveria estratégia melhor?

d) Haveria outros comentários que V. Sa. poderia apresentar?”

RESPOSTA

A matéria levantada pela consulente merece análise sob diversos ângulos, todos eles desfavoráveis à interpretação jurídica ofertada à matéria pelos eminentes procuradores da Fazenda Nacional e que pertinem à moral pública e às relações que os governos têm a obrigação de manter com a sociedade, a quem devem servir e não por ela serem servidos ⁽¹⁾.

De início, mister se faz esclarecer que, fosse válida a interpretação dos dignos representantes da Procuradoria – a quem tenho, no correr dos anos, rendido homenagem em escritos e conferências, mesmo quando deles divirjo – e conhecida, por antecipação, quando da convocação CFP – Companhia de Financiamento da Produção nº 68/86, à evidência, o edital não teria licitantes. Pela referida inter-

(1) Harold J. Berman ensina: “Law is, by nature, complex and technical – so much so that many people tend to view it with impatience and often even with cynicism. Yet law is one of the deepest concerns of all civilized men everywhere, for it offers protection against tyranny on the one hand, and anarchy on the other; it is one of society’s chief instruments for preserving both freedom and order from arbitrary interferences by individuals, by classes, or by government itself” (Talks on American Law, p. 3).

pretação, estariam sendo convocados, os importadores de milho, para importarem esse produto e fornecerem-no *com prejuízo* à CFP, visto que, nada obstante reconhecerem, os nobres juristas da PFN, a legitimidade das verbas contratadas, declaram que parte delas não tem a CFP como pagar.

Em outras palavras, se ao lado do Edital nº 68/86, a CFP fornecesse aos licitantes essa especial interpretação das cláusulas contratuais, explicitando como pretenderia pagar sua compra, o edital seria peça inútil, inócua e de nenhum efeito no mundo fático e jurídico (2).

Tal consideração inicial é feita para mostrar a impossibilidade de se aceitar a orientação especiosa apresentada pelos dignos representantes da Procuradoria da Fazenda Nacional, em matéria em que as obrigações contratadas – e cumpridas pelos licitantes – carecem ainda de cumprimento, nos termos acordados pelo Poder Público.

Com efeito, a regra a comandar os efeitos do contrato firmado,

(2) Ivo Dantas, ao examinar os danos causados pelo Estado, que, como se verá no presente parecer, restam evidentes, ensina: “Em nosso entender, a maior das repercussões é relacionada com a denominada Responsabilidade Civil do Estado, consagrada no texto constitucional brasileiro vigente (art. 37, § 6º) e sobre a qual Celso Antonio Bandeira de Melo nos seus *Elementos de Direito Administrativo* afirma, com plena razão, que “um dos pilares do moderno direito constitucional é exatamente a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens públicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-la”, enquanto Hely Lopes Meirelles no livro *Direito Administrativo Brasileiro*, após afirmar que prefere a expressão Responsabilidade Civil da Administração, a entende como “a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros, por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”.

A matéria, entre os autores nacionais, tem sido objeto de inúmeros trabalhos e estudos, dentre os quais, a título ilustrativo, podemos citar o clássico Amaro Cavalcanti, *Responsabilidade Civil do Estado*, Octávio de Barros, *Responsabilidade Pública*, Yussef Said Cahali, *Responsabilidade Civil do Estado*, Weida Zancaner Brunini, *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*, além de várias monografias mais recentes e voltadas para aspectos particulares do problema, como, por exemplo, Maria Emilia Mendes Alcântara, *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*, João Sento Sê, *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*, Edmir Netto de Araujo, *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*, José Augusto Delgado, *Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional* e Juary C. Silva, *A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos*. Entre a doutrina estrangeira podem ser referidos, também como exemplos, as monografias de Julio I. Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado* e Luis Martin Rebollo, *Jueces y Responsabilidad del Estado*. (*Teoria do Estado – Direito Constitucional I*, Ed. Livraria Del Rey, 1989, pp. 138/139).

é aquela que diz respeito à moeda de referência⁽³⁾.

A moeda de referência no contrato é o dólar. O cruzado é apenas a moeda de pagamento⁽⁴⁾.

Dois dos dispositivos são de clareza inequívoca a justificar tal entendimento.

(3) Alberto Xavier ensina: "Todavia, com vista a proteger a prestação contratual dos efeitos da desvalorização da moeda, isto é, da redução do seu poder aquisitivo – as partes podem convencionar cláusulas tendentes à atualização do valor nominal em função de determinados critérios, sem contudo deixarem de se reportar ao símbolo monetário do sistema. Em certos casos os critérios de atualização referem-se ao preço de determinados bens ou serviços (salário mínimo, índices de preços por atacado, preço do petróleo etc.) considerados indicadores do valor da moeda: são as cláusulas de escala móvel. Noutras hipóteses os critérios de atualização prendem-se diretamente ao próprio valor da moeda exprimindo o grau da sua desvalorização: são as cláusulas de correção monetária. As primeiras medem a desvalorização da moeda indiretamente; as segundas de um modo direto.

Numa outra modalidade de obrigações pecuniárias, o objeto da prestação já não é libelado no símbolo monetário do país onde foi estipulada, mas sim constituído por uma dada espécie monetária (ex. libra ouro, dólar ouro, franco Poincaré, dobrões de prata) ou por um dado metal monetário (ouro, prata). São elas por uns designadas por "obrigações monetárias", embora julguemos preferível a denominação de "obrigações em moeda especificada", gênero que comporta duas modalidades, consoante a sua estipulação resulte de uma cláusula espécie monetária ou de uma cláusula-metal, mas frequentemente a cláusula-ouro.

Enfim, numa terceira modalidade de obrigação pecuniária o objeto da prestação e expresso num símbolo monetário diverso do do ordenamento interno – símbolo que as mais das vezes é mera moeda estrangeira, mas que também pode ser representado por uma unidade de conta, sem características monetárias. A esta classe de obrigações reserva-lhes a doutrina o nome de obrigações valutárias (do latim *valuta* ou "divisa estrangeira")" (*Estudos Jurídicos do Investimento Internacional*, Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 6).

(4) É ainda Alberto Xavier quem ensina: "Nas obrigações em moeda especificada e nas obrigações valutárias a moda estipulada (espécie monetária, metal monetário ou divisa estrangeira) podem desempenhar duas funções distintas: a de moeda de conta (*money of account*) e a de moeda de pagamento (*money of payment*), conforme a clássica distinção de Mann e Nussbaum.

A moeda de conta é a escolhida pelas partes para determinar o quantitativo da prestação pecuniária. Por sua vez a moeda de pagamento é aquela na qual o pagamento deve ser realizado, independentemente da espécie monetária em que o débito se encontra expresso.

Num mesmo contrato, moeda de conta e moeda de pagamento podem não coincidir entre si. Assim, por exemplo, se num contrato se estipular uma dívida de Cr\$ 100.000,00, pagável em marcos alemães – o marco é simultaneamente moeda de conta e moeda de pagamento. Mas a mesma moeda pode funcionar simplesmente como moeda de conta se o pagamento deve ser efetuado em cruzeiros, servindo a divisa alemã para simples cálculo dos cruzeiros devidos à data do pagamento.

Afirma a doutrina que a moeda de conta está *in obligazione*, por ser o objeto da obrigação, enquanto a moeda de pagamento estaria simplesmente *in solutione*, por se reportar a simples modalidade de execução do débito. Como diz Mann a moeda de conta *is in obligation*, enquanto a moeda de pagamento concerne *the proper mode or instrument or payment of that money which is in solution* (ob. cit. p. 7).

O primeiro deles é a cláusula 5.3, com a seguinte dicção:

“Para fins de conferência, a vendedora deverá apresentar, também, o valor para cada lote, expresso em dólares, discriminando em campo específico da proposta, conforme modelo no anexo VIII, o preço FOB (origem) da mercadoria”.

O segundo é a cláusula 14.1, com o discurso que abaixo se transcreve:

“O preço será pago sempre em cruzados, correndo por conta da CFP as eventuais perdas decorrentes de desvalorizações cambiais que possam ocorrer durante a operação de importação, desde que devidamente comprovado o prejuízo pela vendedora”.

No primeiro, exige-se que a cotação seja apresentada também em dólar e, na segunda, é declarado que as eventuais perdas decorrentes de desvalorizações cambiais, serão pagas pela CFP.

Pretende a PFN que o fato de ter o licitante que comprovar o prejuízo cambial (cláusula 14.1), demonstra que nem sempre a perda de substância da moeda nacional, em face da moeda estrangeira, representaria um prejuízo, com o que a cláusula mencionada exigiria demonstração deste prejuízo ⁽⁵⁾.

Com o devido respeito aos subscritores do parecer, não têm seus argumentos procedência, por variados motivos que rapidamente tangenciarei ⁽⁶⁾

(5) Do parecer extraio os seguintes trechos: “Como se vê, qualquer pagamento a guisa de mera atualização monetária só é viável por determinação judicial, mediante sentença específica prolatada em cada caso. Procedimento contrário pode ensejar, inclusive, futura devolução das importâncias pagas por eventual impugnação do Tribunal de Contas da União”

e

“À vista de todo o exposto, entendemos não ser permitido à Administração, salvo ordem judicial, ou autorização legislativa, pagar as indenizações pleiteadas, a título de atualização monetária, eis que não previsto tal reajuste em contrato, ininvocável que é para esse feito, como demonstrado, a prefalada cláusula 14.1 do Edital” (pp. 10/11).

(6) Geraldo de Camargo Vidigal explicita: “O princípio a orientar a matéria é claríssimo: o poder de compra de moeda dos pagamentos, em cada um dos momentos em que se cumprem sucessivas prestações obrigacionais, deve corresponder, tão precisamente quanto possível, ao poder de compra da prestação original correspondente, no momento em que se formou o contrato – e as flutuações no poder de compra externo das moedas são função das que se observam em seu poder de compra interno e das variações no poder de compra da moeda

O primeiro deles é que não há nenhuma restrição de que a comprovação a que se refere a cláusula, seja apenas referente a prejuízo não cambial. Se a empresa comprovar que houve perda cambial, demonstrando qual o preço de referência da cotação em dólares da cláusula 5.3 e qual o de recebimento e, a partir dele, cotejar os valores recebidos e aqueles das perdas cambiais verificadas, estará feita a comprovação dos prejuízos, razão pela qual, neste ato de conferência, esgota-se sua prova. A prova da perda de variação cambial corresponde a um valor recebido em cruzados novos relacionado com o dólar avaliado quando da conformação do preço combinado. A comprovação dar-se-á com a demonstração, pois, de um recebimento de preço menor que aquele combinado e referenciado à variação cambial, cabendo à empresa apenas indicar esta perda.

O artigo não faz, como pretende sugerir, a menor referência ao *nível de lucro*, de resto não objeto do Edital de Convocação. Numa licitação, o licitante oferta um preço, cabendo-lhe *interna corporis*, compô-lo com o nível de lucro que lhe pareça adequado. A oferta de um preço, em que todos os componentes estão calculados, inclusive o lucro, é matéria, neste particular, afastada do exame por parte do órgão que contrata, posto que a oferta, se vitoriosa, é aceita, não em face da composição de seu preço, mas por força do preço em si mesmo somado à qualidade do serviço prestado ou do produto ofertado, irrelevante qualquer outra consideração⁽⁷⁾.

Por esta linha de raciocínio, à evidência, é absolutamente inócuo saber a forma de composição do preço da empresa, mas apenas o seu perfil final.

externa adotada como padrão, ressalvados os aspectos não monetários das variações nas relações de intercâmbio e as flutuações especulativas na procura e oferta das diferentes divisas, nos mercados internacionais" (*A correção monetária no Direito Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1983, pp. 294/5).

(7) Toshio Mukai ensina: "Vem expressamente concretizado no artigo 33 do Estatuto o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, *in verbis*: "A administração não pode descumprir as normas e condições do edital, a que se acha estritamente vinculada". Entretanto, por esse princípio, também os proponentes estão vinculados ao instrumento convocatório, porque a administração não pode exigir, aceitar ou permitir nada, quanto aos proponentes, quem ou além do fixado no edital ou no convite.

O princípio do julgamento objetivo exige que os critérios de apreciação venham prefixados, de modo objetivo, no instrumento convocatório, de tal modo que a comissão de julgamento reduza ao mínimo possível seu subjetivismo.

O julgamento subjetivo, permitido pelo edital ou convite, vicia de nulidade a licitação" (*O estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos*, Ed. Saraiva, 1988, p. 17).

A cláusula 14.1, portanto, cuida apenas de garantir, ao fornecedor do milho, o preço final, que deverá ser pago nos exatos termos do acordado, tendo como referência não o cruzado, mas o dólar, embora seja o cruzado a moeda de pagamento ⁽⁸⁾.

Esta é a razão pela qual a prova da perda cambial, ou seja, a prova de que a variação cambial ofertou prejuízo, vincula-se ao nível final e não a saber se a operação foi mais ou menos lucrativa, *até porque o edital não impôs nível de lucratividade às empresas licitantes*.

Tal colocação resulta em que, como segundo argumento, a prova a ser feita, pela consulente, diz respeito apenas a que o preço referenciado em dólares é diverso daquele recebido, com o que resta demonstrada a perda de substância cambial, isto é, que a empresa recebeu menos do que contratou em nível de moeda de referência, cabendo à CFP suplementar a diferença comprovada na ocorrência ⁽⁹⁾.

(8) A necessidade de uma correção perfeita para a perda de substância da moeda levou-me inclusive a escrever que as manipulações da OTN, no passado eram inconstitucionais: "*Nevertheless, there still remains a query. The Federal Constitution, in art. 153 § 2, states: "The right to ownership is guaranteed, except in the case of expropriation because of necessity or public utility, or social interests, by means of prior, fair compensation in cash, subject to the provisions in Section 161, and the expropriated party has the option to accept payment in public indebtedness certificates, with a precise monetary correction clause. In the event of impending public danger, the appropriate authorities may use a private property, and the owner shall be entitled to subsequent compensation (our emphasis).*

Thus, the Constitution itself uses the words "precise monetary correction". Although dealing with a specific case, the Constitution recognizes the general principle that the State, if it causes loss for a citizen, must indemnify the individual with precise monetary correction, that is, monetary correction that is not misrepresented or incorrect.

Now, the country has various indices for evaluating the loss of substance of the value of currency, the cost of living, inflation, etc. These include the UPC (Standard Capital Unit), INPC (the National Consumer Price Index), the ORTN (National Treasury Bond), etc., whereby it would be lawful to admit that monetary correction applicable to recoupment of an undue debt should be that representing the true devaluation of currency and not that imposed and bound to ORTN indices" ("Monetary Indexation in Brazil", Ed. International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1983, p. 45).

(9) É ainda Toshio Mukai que ensina: "Caio Tácito observa a respeito: "A administração não goza livremente da prerrogativa de fazer variar a prestação, o que excluiria, por inteiro, a natureza bilateral e a formação consensual do contrato".

A criação da teoria das cláusulas exorbitantes do contrato administrativo se deveu à jurisprudência do Conselho de Estado Francês e do Tribunal de Conflitos, e se alastrou pelos países cujos sistemas de direito têm origem romanística, como é o caso do Brasil.

Entretanto, é necessário lembrar que o contrato administrativo é composto de dois tipos de cláusulas: as de serviço ou regulamentares e as econômico-financeiras.

E o que dispõe o contrato, sem qualquer restrição, e é o que não interpretou a PGFN colocando, no texto do edital, condição dele não constante. Relewa lembrar a lição de Ferrara de que o intérprete não deve imputar aos textos aquilo que lá gostaria que estivesse, ou interpretá-los de acordo com sua preferência pessoal e não conforme determina a lei ⁽¹⁰⁾.

O terceiro elemento, a demonstrar que a interpretação é carecedora de sustentação maior, reside no fato de que a cláusula 14.1 foi colocada à época da primeira das grandes ilusões econômicas criadas pelo governo do presidente Sarney, ou seja, a ilusão da inflação zero ou do dólar auriverde.

A cláusula 14.1 retrata a certeza governamental de que a inflação poderia ser combatida mais por um ato de fé do que pela implantação de sólidos mecanismos de erradicação. Quando a equipe econômica oficial – embora a doutrina internacional demonstrasse que a inflação se combate não pelo controle do nível dos preços, mas pelo da expansão monetária – pretendeu controlar o nível de preços, sem aplicação de uma rígida política fiscal e monetária, considerando tal postura suficiente para eliminá-la, fizeram seu ato de fé de que a inflação seria zero e que o dólar auriverde (o cruzado) se equipararia

As primeiras dizem respeito à forma de execução dos serviços, as suas quantidades, às condições técnicas de execução etc., sendo consolidadas, muitas vezes, em ordem de serviço, em caderno de encargos. Somente essas cláusulas podem sofrer a incidência do poder de alteração unilateral por parte da administração, mediante mesmo, a recomposição dos preços pactuados.

As segundas referem-se aos encargos da administração, de ordem financeira, e são inalteráveis, em regra, a não ser por acordo das partes.

Todavia, sempre que o Poder Público alterar unilateralmente as cláusulas de serviço, “fica assegurado ao outro contratante o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, impondo-se à administração o dever de reajustar as prestações pecuniárias do contrato ao novo valor das obrigações de fazer, em virtude de sua mutação unilateral.

Assim, embora a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato vá efetuar-se mediante acordo das partes, não poderá a administração negar a sua concessão, sob pena de ilegalidade, pois aquele equilíbrio é um direito subjetivo do particular contratado, e ele que preserva a natureza sinalagmática das obrigações (reciprocidade das obrigações)” (ob. cit. pp. 65/6).

(10) Francisco Ferrara, *Interpretação e aplicação das leis*, 2ª ed., Coimbra, 1963, p. 129.

ao dólar apenas verde, em nível de desvalorização ⁽¹¹⁾.

A cláusula 14.1 reflete, pois, este ambiente de euforia, admitindo perda eventual na variação cambial, apenas por dever de ofício, mas não como hipótese de real ocorrência. Esta é a razão pela qual, nada obstante ser o dólar a moeda de referência e o cruzado aquela de pagamento, a cláusula 14.1 retratou a atmosfera de “embevecimento oficial”, em que acreditavam as autoridades governamentais terem encontrado forma indolor e real de eliminação da inflação ⁽¹²⁾.

Tal convicção era de tal ordem que o Exmo. Sr. Consultor

(11) Robert L. Schuettinger e Eamonn F. Butler em seu livro *Quarenta séculos de controles de preços e salários* (Ed. Visão), escrevem no prefácio: “Os autores iniciaram este livro em 1974, pouco depois do fim dos controles de preços e salários instituído pelo presidente Nixon nos Estados Unidos. A partir de então, examinamos mais de uma centena de casos de controles em 30 países, do ano 2000 a.C. até 1978.

Naturalmente, num livro nos foi possível apresentar apenas um breve panorama de um assunto tão amplo. No entanto, pelo que sabemos, este é o único estudo histórico dos controles de salários e preços nas principais nações do mundo condensado num só volume. Esperamos, portanto, que os dados por nós coligidos e analisados e a bibliografia de 10 páginas por nós compilada sejam úteis àqueles que pretendam realizar novos estudos sobre aspectos mais especializados da história da inflação e dos controles econômicos utilizados pelos governos.

Concluímos que, embora tenha havido alguns casos em que os controles ao menos aparentemente abrandaram os efeitos da inflação por um breve espaço de tempo, sempre fracassaram a longo prazo. A razão básica disso é que eles não atacaram a verdadeira causa da inflação, que é um aumento dos meios de pagamento superior ao aumento da produtividade. Desde os tempos mais antigos, os governantes tentaram resolver seus problemas financeiros aviltando a moeda ou emitindo moedas quase sem valor, mas de um elevado valor nominal; com a moderna tecnologia, os governos dos últimos séculos passaram a dispor de máquinas de imprimir. Quando estas medidas provocaram a inflação, os mesmos governantes utilizaram os controles de salários e preços”.

(12) David I. Meiselman escreve na introdução ao mesmo livro que “A experiência com os controles de preços é tão vasta quanto, em essência, toda a história documentada, o que nos fornece uma oportunidade sem igual de verificar o que os controles de preços realizaram e deixaram de realizar. Não conheço nenhuma outra medida econômica governamental cujos efeitos tenham sido testados ao longo de experiências históricas tão diversas em épocas, lugares, povos, formas de governo e diferentes sistemas de organização econômica – salvo talvez os estudos da relação entre a inflação e aumentos da quantidade de dinheiro.

Os resultados dessa investigação mereceriam a nossa atenção por esclarecerem os fenômenos econômicos e políticos, ainda que os controles salariais e de preços deixassem de ser considerados seriamente instrumentos da política econômica. O fato de controles de preços e salários existirem em muitos países e mercados e estarem em estudo em outros inclusive os Estados Unidos, chama a atenção para o registro histórico dos controles de salários e preços apresentado neste livro.

O que conseguiram, então, os controles de preços na luta recorrente para conter a inflação e superar a escassez? O registro histórico mostra uma seqüência sobriamente uniforme de repetidos fracassos”.

Geral da República, em palestra ministrada com o signatário deste parecer, chegou a afirmar, na Associação dos Advogados de S. Paulo – Seção de Santo Amaro – que não a constitucionalidade, mas a “legitimidade” da nova ordem econômica é que deveria nortear a conduta do governo, convicção, de resto, repetida na abertura do Congresso Nacional da OAB, em Belém do Pará, no mesmo ano. Nas duas ocasiões (março e agosto de 1986) divergi – com a elevação que as nossas relações de estima e de respeito mútuo exigiam – fortemente da postura, afirmando que a maior das “legitimidades” não justificaria a eliminação da garantia superior do Estado de Direito, que é a segurança jurídica, sobre não se ter certeza – e eu tinha a certeza de seu fracasso e expressei-a desde o primeiro dia – de que o plano cruzado teria o sucesso pretendido (13).

Tais considerações demonstram que a cláusula 14.1 escrita foi em ambiente no qual não se acreditava na volta da inflação, admitindo apenas, a equipe, que pequenos reajustes (novembro de 1986) seriam suficientes para corrigir as distorções que apareceriam. As distorções desembocaram no denominado Plano Cruzado II ainda

(13) Celso Bastos sobre tal afirmação do Exmo. Sr. Consultor Geral da República escreve: “Mas dizer que um ato jurídico, baixado sob a Constituição posta, se legitima pelo apoio popular, confesso, nunca ouvi, nunca vi isso antes. E é um tema que, realmente, tenho quase que a pretensão de poder dizer que conheço quase tudo que foi escrito, que é controle da constitucionalidade das leis, que tem sido um tema que tem me perseguido desde a tese de doutoramento. Em lugar nenhum, em sistema jurídico nenhum se admite a convalidação, a legitimação de um ato jurídico pelo apoio popular. Seria a negação da própria ordem jurídica e da Constituição. A Constituição visa assegurar certos direitos até mesmo naqueles momentos em que o clamor popular e que a grande maioria da população estaria disposta a enveredar por outro caminho. A finalidade do texto constitucional não é outra, senão esta: assegurar as minorias até num momento em que elas possam ser objeto de um atentado por parte das maiorias. Se confundirmos democracia ou maioria como substituição de Constituição, é o mesmo que confundirmos Constituição com regimes facistas, regimes nazistas, regimes que vão procurar a sua legitimação, através do apoio da massa, do apoio popular. E é evidente que a ordem jurídica constitucional é feita para valer até mesmo naqueles momentos em que determinados atos possam não contar com o apoio da maioria da Nação. E o inverso também é verdadeiro. Mesmo atos injurídicos, ainda que abonados pela maioria, eventual e transitória da Nação, nem por isso eles se tornam em atos constitucionais. Nenhum sistema de controle da constitucionalidade faz apelo à opinião pública como elemento aferidor de constitucionalidade ou não de um documento. A constitucionalidade é eminentemente aferida a partir do exame que se faz do ato com o texto constitucional. Portanto, confesso que ainda esse argumento que vez por outra se ouve, de que o decreto-lei é legítimo pela maneira pela qual foi recebido pelo povo, a meu ver, isso não prospera. Não prospera porque é de continuarmos a admitir que houve uma ruptura da ordem jurídica”. (*Aspectos jurídicos do plano de estabilização da economia*, Ed. IASP/CEJUP, 1987, p. 33).

mais fantasioso que o primeiro e, portanto, mais descompassador da economia ⁽¹⁴⁾.

Como se percebe, pois, tanto a cláusula 14.1 apenas exige a comprovação de que houve a desvalorização da moeda, como a cláusula 5.3 impõe uma moeda de referência, que é o dólar.

O outro argumento manifestado é o de que a correção monetária por atraso só poderia ser exteriorizada pela ORTN por força da Lei 6.423/77, de resto extinta pelo D.L. 2.284/86.

No livro que coordenei, com Gilberto de Ulhôa Canto, para o Bureau International of Fiscal Documentation, na Holanda, a fim de mostrar como funcionava a indexação no Brasil nas variadas áreas do Direito, na Economia e na Contabilidade, quatro dos autores, ao analisarem o D.L. 6.423/77, consideraram-no inconstitucional sempre que a ORTN exteriorizou manipulação dos índices inflacionários⁽¹⁵⁾.

É que, por ter consagrado o princípio da patrimonialidade, a Constituição Federal, então em vigor, apenas admitia a “exata correção monetária”, razão pela qual todas as fórmulas que conduziam à apuração de uma correção monetária não exata eram inconstitucionais. Com efeito, o artigo 153 § 22 falava, ao analisar o princípio da patrimonialidade, em “exata correção monetária”, com o que as manipulações, expurgos, congelamentos que ocorreram após a promulgação da Lei 4.263/77, tornaram esse diploma indicador de um índice de “inexata correção monetária”, transformando a OTN em

(14) Na apresentação de meu livro *Direito Econômico*, editado pela Editora Forense em julho de 1987 escrevi: “O sucesso imediato das medidas já aplicadas parece decrescer com o tempo, exigindo reflexão de autoridades e cidadãos sobre as causas que começam a ameaçar o denominado “Plano Cruzado”.

Inúmeras dúvidas persistem sobre seus aspectos jurídicos, que não são menores que aquelas existentes sobre os aspectos econômicos, mesmo porque conformando estes somente o segmento privado da economia e isentando-se o Poder Público, na maioria de suas manifestações, de igual cota de sacrifício” e “Creio valha a pena a meditação dos temas propostos, principalmente porque uma nação apenas se fortalece se o respeito à lei e à ordem jurídica se faz por parte de governantes e governados e tal respeito hoje se encontra no centro dos tormentosos problemas que a nova política econômica provocou.

Minha contribuição, portanto, ao estudo da temática consiste na descomprometida formulação de opiniões que apresento no presente livro”.

(15) Geraldo de Camargo Vidigal, Gilberto de Ulhôa Canto, Ives Gandra da Silva Martins e Mauro Brandão Lopes foram os que assumiram tal postura (*Monetary Indexation in Brazil*).

parâmetro facultativo e não obrigatório dos contratos.

No dia em que a primeira manipulação foi realizada – e só no ano de 1980, contra uma inflação superior a 100%, a ORTN ficou abaixo de 60% – perdeu eficácia cogente a Lei 4.263/77 (16).

Ora, quando da promulgação do D.L. 2.283/86 “congelando a inflação” e substituindo a ORTN, em nível de legislação ordinária, tal decreto-lei, reconhecido como inconstitucional pela própria Consultoria Geral da República, continuou a não obrigar ninguém em face de sua notória violação à lei maior, pois, entre outros aspectos:

- a) alterava o sistema monetário, matéria apenas de competência do Poder Legislativo, não podendo, o Executivo, nem mesmo por lei delegada, fazê-lo;
- b) ofendia o princípio da patrimonialidade;
- c) atingia o direito adquirido;

(16) Preparado por Antoninho Marmo Trevisan o quadro abaixo atesta bem a perda de substância da moeda se comparada a OTN com o IGP:

Ano	Diferença IGP versus		Taxa do dólar (venda) Variação		Inflação U.S.A. Variação
	ORTN	Índice	%	%	
75	5,2	9,7	22,0	9,2	
76	8,9	12,345	36,1	5,8	
77	8,6	16,05	30,0	6,5	
78	4,6	20,92	30,3	7,5	
79	30,0	42,53	(1) 103,3	11,0	
80	59,4	65,50	54,0	13,5	
81	(0,4)	127,80	95,1	10,4	
82	2,0	252,67	97,7	3,9	
83	54,4	984,0	(1) 289,4	3,4	
84	8,5	3.184,0	223,6	4,0	
85	(15,8)	5.980,0	87,18	(2) 1,9	

(1) Maxidesvalorização do cruzeiro

(2) Até maio de 1985 (IPC)

Variação Acumulada dos últimos 10 anos

- IGP 942,3 vezes
- ORTN 398,7 vezes
- Dólar 804,8 vezes
- Diferença IGP/ORTN = 136%

(*) Até junho” (p. 54).

- d) ofendia o princípio da anterioridade;
- e) eliminava a indexação pelo confisco monetário;
- f) criava tratamento diferencial entre empresas estatais e privadas, contra a norma do artigo 170 da Constituição Federal⁽¹⁷⁾.

À evidência, tais inconstitucionalidades não poderiam transformar o D.L. 2.283/86 em base para que o governo, através da CFP, contratasse de forma constitucional (moeda de pagamento cruzado e de referência dólar) e se refugiasse, após o cumprimento do contrato pelas partes, na inconstitucionalidade do D.L. 2.283/86 para não cumprir a sua, locupletando-se, contra o mais moralista princípio geral do Direito, que é aquele de que “ninguém pode se beneficiar da própria torpeza”⁽¹⁸⁾.

(17) Escrevi: “Ora, se ao Presidente da República é permitido sobre tudo legislar menos a respeito daquelas matérias que, por sua relevância, o Congresso Nacional não pode abrir mão de debater, amplamente e sem restrições, à evidência, a colocação da impossibilidade de se legislar sobre o sistema monetário por lei delegada demonstra a clara intenção do constituinte de não deixar ao arbítrio de um só homem a decisão de alterar o complexo de normas que regem o instrumento das relações econômicas no país.

Ora, se nem por lei delegada pode o Poder Executivo legislar sobre o sistema monetário, à evidência, não poderia fazê-lo por decreto-lei. Se a Constituição Federal proíbe seja o veículo maior de utilização possível para alterar o sistema monetário, nitidamente está também proibindo que o veículo menor possa fazê-lo. A proibição do art. 52, portanto, é cristalinamente demonstradora da intenção constituinte de que o Poder Executivo não pode modificar o sistema monetário, sendo esta atribuição exclusiva do Congresso Nacional, pelo processo legislativo ordinário.

Ora, os D.Ls. 2.283 e 2.284/86 alteraram por completo o sistema monetário nacional, ao introduzirem moeda estável, descompassarem o cruzeiro perante o cruzado à razão de aproximadamente 15% ao mês, eliminarem a correção monetária diária, mensal e trimestral e criarem novas fórmulas de pactuações privadas, à luz de um novo sistema.

Assim sendo, os referidos diplomas emanados de um único homem, o Presidente da República, são nitidamente inconstitucionais, posto que a Constituição brasileira pela relevância da matéria, para evitar abusos e erros capazes de comprometer a estabilidade econômica e financeira da Nação, considera ser da exclusiva competência do Congresso a elaboração de leis sobre o sistema monetário nacional” (*Direito Econômico*, Ed. CEJUP, 1987, pp. 10/1/2).

(18) No mesmo estudo, continuei: “Com efeito, ou as obrigações em cruzeiro são deflacionadas pelo fator de conversão contido no § 1º do art. 8º do D.L. 2.284/86 e há aumento de tributos no próprio exercício com violação flagrante do § 29 do art. 153 da E.C. 1/69, visto que tal fator não é aplicável aos tributos, ou as obrigações em cruzeiro não se deflacionam, posto que o cruzeiro equivale ao cruzado na proporção de 1000 por 1, e naquelas em que foi imposta a deflação resta atingido o direito adquirido de seus titulares, de que lhes estaria assegurada a conversão de 1000 para 1, nos mesmos moldes das obrigações tributárias.

Como se percebe, não há possibilidade de se sair do dilema apresentado, na medida em que o governo deflaciona suas obrigações em cruzeiro – e daqueles que se encontram em

Em outras palavras, no parecer que pretende eximir a CFP de cumprir sua obrigação, depois de a consulente ter cumprido a sua, alega o Governo Federal que não pode responder pelo combinado porque lhe cabe, como governo, interpretar a lei que, como governo produziu, e que esta lei, por ele produzida, o proíbe de pagar, o que deveria pagar, nos termos pactuados!!!

Ora, sobre ser inconstitucional o D.L. 2.284/86, não servindo, portanto, de proteção ao Poder Público para não cumprir, como contratante, a obrigação que diz não poder pagar, como legislador, há de se acrescentar que também não se sustenta a observação pela qual o D.L. 2.300/86 não permitiria a retroatividade de pagamento da obrigação pactuada. Com efeito, não lhe cabe falar em retroatividade na exigência de pagamento, em cruzados, de obrigação referenciada em dólar – e os contratos internacionais podem ser referenciados em dólares – posto que o que se exige é o cumprimento da cláusula contratual expressa, não retroativa e não cumprida, na complementação do pactuado (19).

Admitem os dignos procuradores que, realmente, se não houver correção monetária por falta de cumprimento do acordo por parte

idêntica situação – com terceiros e não deflacionam as obrigações de terceiros com o governo, posto que ou se violenta o artigo 153 § 3º ou se violenta o art. 153 § 29 da E.C. 1/69, em face dos fatores diversos e conflitantes utilizados na conversão de cruzeiros e cruzados por dois critérios opostos e inconciliáveis.

Entendemos nós que, por ser o fator de deflação uma singela “ficção econômica”, que cuida de inflação presumível de 15% contra uma inflação real de zero ou quase zero, é este que não poderá ser utilizado, atingindo sua hospedagem pelo novo ordenamento injurídico, plenamente o direito adquirido de tantos quantos contrataram, com ou sem embutimento de eventual inflação futura, visto que a única conversão possível seria aquela de mil por 1 apresentada no dia 28 de fevereiro de 1986. Todo o resto ingressa no campo da fantasia econômica e desrespeito jurídico (ob. cit. pp. 15/16).

- (19) José Celso de Mello Filho escreve: “Princípio da irretroatividade: A eficácia retroativa das leis é excepcional, não se presume, não pode gerar lesão à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido e deve emanar de texto expresso de lei. Nesse sentido: RT 218/447; RF 102/72, 163/695, 144/166. Observe-se que a Constituição não impede que o Estado prescreva leis retroativas. Veda, apenas, que o efeito retroativo das leis vulnere a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Ressalvadas essas três situações, cuja proteção deriva da necessidade de segurança das relações jurídicas, é lícito ao Poder Público editar normas dotadas de eficácia retroativa. Em princípio, as leis não devem retroagir, em face de seu caráter prospectivo. As normas legais são editadas para reger situações futuras. Os fatos pretéritos escapam, ordinariamente, ao domínio normativo das leis (RT 299/478)” (*Constituição Federal Anotada*, Ed. Saraiva, 1984, p. 326).

da CFP (atraso), haverá um desequilíbrio contratual que só poderá ser restabelecido em juízo, visto que o D.L. 2.300/86 proíbe a retroatividade (20).

Ocorre que não há qualquer retroação, nem o contrato está desequilibrado. O contrato permanece equilibrado nos termos pactuados desde o início, faltando apenas que a CFP cumpra a sua obrigação para com a consulente que, de resto, já cumpriu a sua. O problema que se coloca não é de desequilíbrio contratual, posto que a relação, tal como prevista no pacto, está equilibradíssima. Trata-se, sim, de contrato descumprido pelo governo, que se refugia em interpretação conveniente de legislação inconstitucional, por ele próprio editada, para continuar a não adimplir sua obrigação primeira (21).

À evidência, tal interpretação, sobre ser insubsistente – nada obstante o mérito, que reitero, dos eminentes pareceristas que a subcreveram – leva à institucionalização da “imoralidade contratual”, tão grave, que se fosse apresentada, não *a posteriori*, mas *a priori*, fatalmente tornaria o Edital de Convocação inócuo. Em outras pala-

(20) Sobre a necessidade de reequilíbrio dos contratos, leia-se: “*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*”.

“*La théorie juridique de l'imprévision tend à faire admettre qu'en toute matière, la partie lésée par un contrat peut être déliée de ses engagements lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment ou le contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie qu'il est certain que cette partie n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation de charges qui en résulte, si elle avait pu prévoir les événements qui ont provoqué cette aggravation.*”

.....

“*L'imprévision consiste donc dans le déséquilibre des prestations réciproques qui vient à se produire, dans les contrats à prestations réciproques successives ou différées, par l'effet d'événements ultérieurs à la formation du contrat, indépendants de la volonté des parties, et se révélant tellement extraordinaires, tellement anormaux, qu'il n'était guère possible de raisonnablement les prévoir*” (Henry de Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Tome 2^{ème}, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 3^{ème} Édition, 1964, p. 559).

“*Altro requisito per la risoluzione è che l'eccessiva onerosità, conseguente alla nuova situazione, superi i limiti di incidenza della normale incertezza che ciascun contraente deve affrontare circa i vantaggi e gli oneri dell'ato. La risoluzione ha affetto relativamente alle sole prestazioni troppo onerose ancora da eseguire*” (Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, CEDAM, Padova, 17^a ed., 1968, p. 727/728).

(21) Embora não seja o caso de contrato desequilibrado, lembra Othon Sidou (*Interpretação dos contratos de adesão*, Ed. da Fac. de Direito de Caruaru, PE, 1984, p. 40) que: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas obscuras, ambíguas ou contraditórias, adotar-se-á a interpretação mais favorável ao aderente” (Othon Sidou, *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*, Ed. Forense, 1978).

vas, sobre não ter sustentação legal o pretendido descumprimento da obrigação pactuada, a atitude da CFP reveste-se de “intrínseco cinismo”, que nada auxilia à causa da Justiça, da segurança jurídica, do respeito à moral pública, posto que embora reconhecendo – não por inteiro, mas parcialmente – o prejuízo sofrido pela consulente, nega-se a ressarcí-lo, por não se dizer autorizada a recompô-lo (22).

E é aqui que mister se faz o exame do artigo 37 § 6º da Constituição Federal:

“ § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Por tal dispositivo, objetivamente o Poder Público é obrigado a ressarcir todo o prejuízo que cause à sociedade. Não cuida, o comando superior, de prejuízo intencionalmente provocado, mas apenas objetivamente produzido. A *intentio* é elemento despidendo no conformar o dano, sendo apenas relevante a existência deste. Vale dizer, constatado o prejuízo, cabe à União a obrigação de pagá-lo, com os acréscimos sancionatórios que pertinem a seu ressarcimento,

(22) “O direito, em verdade, é sempre maior do que a lei. Mais do que pensam os legisladores legislar. Mais do que julgam os tribunais interpretar. Mais do que entendem os doutrinadores visualizar, posto que o direito é a própria vida de uma sociedade organizada. E esta vida social normada, se não tender para o justo, se não apreender as lições do passado, se não penetrar no coração do povo, se não refletir as tendências mutáveis e permanentes daqueles princípios maiores que dão estabilidade à sociedade, terminará por gerar crises e por se esfacular perante valores que a superam, visto que há princípios naturais e supra-constitucionais de direito que determinam a duração dos textos positivos, tornando-os breves, se estes os desconhecere, ou de longa duração, se forem respeitados. À luz desta visão pré e metajurídica, sem preconceitos de utilização na exegese de outras categorias científicas que não as estritamente legais, é que passaremos, Celso e eu, a perscrutar o novo texto, desvendando aqueles princípios que permanecerão e aqueles outros já condenados a rápido desaparecimento.

O direito como símbolo de uma ordem social justa é aquele que corporifica a razão de ser dos povos e nações, cabendo ao poder integrador de advogados, promotores e magistrados, o seu redimensionamento para as aspirações de justiça, nunca sem o trabalho pertinente de doutrinadores” (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 1, Ed. Saraiva, 1988, p. 103).

inclusive, se em juízo, a sucumbência (23).

Ocorre, todavia, que o Estado é representado pelos governantes e estes são os que, de rigor, podem ou não causar prejuízo.

Ora, quando o Estado, que é a sociedade organizada, tem prejuízos, quem sofre o prejuízo é a própria sociedade, que não pode ser punida. Vale dizer, seria incongruente que o Estado, sempre que gerasse prejuízos à sociedade e fosse obrigado a ressarcí-la, usasse para esse ressarcimento os recursos da própria sociedade (24).

Esta é a razão pela qual o texto constitucional, como já determinava o texto anterior, exige, sempre que o Estado seja obrigado a ressarcir prejuízos ocasionados pelos governos, que as autoridades que os causaram sejam responsabilizadas pela lesão provocada. Trata-se de um “poder-dever” a obrigação de o Estado exigir das autoridades causadoras do dano o ressarcimento, em nome da sociedade, do prejuízo que à sociedade ocasionaram (25).

Tal consideração leva, evidentemente, à observação de que, ao

(23) Hely Lopes Meirelles ensina: “A indenização do dano deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que dispendeu, e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da administração, ou seja, em linguagem civil, o dano emergente e os lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária, e juros de mora se houver atraso no pagamento. A liquidação desses prejuízos é feita de acordo com os preceitos comuns (Código Civil, arts. 1059 a 1064 e Cód. Processo Civil, arts. 603 a 611). Uma vez liquidados os danos ou fixados na própria sentença condenatória – o que é sempre conveniente para evitar as delongas da execução – segue-se a requisição do pagamento devido pela Fazenda Pública, na forma preceituada pelo artigo 117, da Constituição da República e arts. 730 e 731 do Cód. de Processo Civil. O não atendimento dessa requisição, autoriza o seqüestro da quantia necessária, depois de ouvido o chefe do Ministério Público e, se frustrada essa providência, caso será de intervenção federal na entidade devedora, por descumprimento da ordem ou decisão judicial, nos expressos termos dos arts. 10, § 7º; 15 § 3º, “d”; e 117, § 2º da Constituição da República” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 13ª ed., p. 557).

(24) É ainda Hely Lopes Meirelles que escreve: “A ação regressiva da administração contra o funcionário causador do dano está instituída pelo § único do art. 107, da Constituição da República, como mandamento dirigido a todas as entidades públicas, e quanto aos servidores da União, a Lei Federal 4.619, de 28/4/1965, impõe o seu ajuizamento pelo Procurador da República, dentro de 60 dias da data em que transitar em julgado a condenação imposta à Fazenda (arts. 1º e 2º), sob pena de incidir em falta funcional (art. 3º)” (ob. cit. p. 558).

(25) Nem se alegue como declara Hely Lopes Meirelles que: “Enquanto para a administração a responsabilidade independe da culpa, para o servidor a responsabilidade depende da culpa: aquela é objetiva, esta é subjetiva, e se apura pelos critérios gerais do Cód. Civil” (ob. cit. pg. 559), posto que não pode a CFP desconhecer a lei, assim como as inúmeras manifestações de conceituados juristas do país sobre a inconstitucionalidade do plano cruzado, com o que a culpa é facilmente caracterizada.

não pretenderem, as autoridades, dar cumprimento ao contrato firmado, impondo prejuízo real à consulente, submetem-se ao risco de terem que ressarcir a União pelos prejuízos que esta sofrerá se a consulente, ingressando em juízo, obtiver – como estou convencido de que obterá – o adimplemento do contrato conforme pactuado, com os acréscimos legais decorrentes da ação judicial.

Estão, evidentemente, sujeitas, as referidas autoridades, à ação de regresso, que entendo seja um “poder-dever” do Poder Público – seja em relação à sua administração centralizada, seja em relação à descentralizada – visto que se deve ressarcir do prejuízo que teve, por gerá-lo à sociedade, se pelo Poder Judiciário a isso for condenado ⁽²⁶⁾.

Entendo, pois, que, antes de ingressar em juízo com ação pertinente, deveria a consulente proceder a uma última tentativa de adimplência contratual, com o que terão, as autoridades envolvidas, oportunidade de evitar o dano à consulente, afastando o risco de virem a ser responsabilizadas se, chamada a juízo, for a União condenada a reparar esse dano.

Os prejuízos, por outro lado, na quantificação contratual, não devem se restringir apenas à exigência da obrigação contratual, ou seja, de que pague, a CFP, a diferença correspondente à variação cambial, a que se responsabilizou, como moeda de referência. Deverão também englobar aqueles que a não recepção de preço, no prazo

(26) Ivo Dantas escreve: “O atual texto constitucional de 5 de outubro de 1988, determina em seu art. 37 § 6º que: “As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Antes de mais nada, observa-se que o atual preceito mantém a mesma orientação dos anteriores, isto é, não se faz necessário que o prejudicado prove a culpa ou dolo da pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado, ficando aquelas figuras jurídicas (dolo ou culpa) reservadas para uma ação regressiva do órgão indenizador contra o agente que lhe deu causa. Nota-se que, ao contrário de nossa tradição constitucional, hoje se coloca, lado a lado, as pessoas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos, além de que, e como já foi debatido no parágrafo anterior, seguindo boa técnica, substituiu-se a expressão funcionário por agente” (*Teoria do Estado*, Ed. Livraria Del Rey, 1989, p. 148).

pactuado, terminou por gerar ⁽²⁷⁾.

Em outras palavras, a mora no pagamento pode acrescentar prejuízos outros que a CFP poderá ter que ressarcir, se a consulente e as demais empresas forem obrigadas a ingressar em juízo, tais como lucros cessantes ou encargos financeiros assumidos por falta de cumprimento da obrigação no momento em que deveria ter sido adimplida.

Tais observações, sobre tornarem mais vulneráveis as autoridades que se negam ao pagamento do pactuado, na ação de regresso a ser proposta pela União, se condenada a pagar tais encargos, levam-me a sugerir que seja feita uma última tentativa, objetivando evitar tais conseqüências, em que todos perdem ⁽²⁸⁾.

Se inviável essa última tentativa, sugiro o imediato ingresso de ação de cobrança de diferença cambial cumulada com perdas e danos a serem apurados em execução de sentença, a fim de que possa a consulente receber o compromisso assinado pela CFP e decididamente não cumprido, nos termos pactuados, visto que a consulente sequer discutiu os termos do Edital de Convocação, aderindo, por imposição da própria CFP, às condições lá expressas.

Em face de todo o exposto e resumindo os argumentos alinhados até o presente, tenho a dizer que:

a) o Edital de Convocação para exportação de milho obrigava a CFP, uma vez operada a venda de milho importado, a ressarcir a consulente e as demais empresas, em cruzados (moeda de pagamento), a partir do valor da cotação em dólar (moeda de referência);

(27) Wagner Barreira ensina: "Significa isso, porventura, dizer que para o cômputo de qualquer lucro cessante nas indenizações se exija uma rigorosa precisão, ou uma certeza absoluta? Claro que não. A sensibilidade do juiz inteligente discerne os casos em que a invocada possibilidade de lucro se apresenta como sensatamente factível. O critério acertado – torna-se oportuna a transcrição dessas palavras judiciosas de José de Aguiar Dias – está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugado às circunstâncias peculiares do caso concreto" ("Enciclopédia Saraiva de Direito", vol. 50, p. 561).

(28) É ainda Wagner Barreira que ensina: "Assim é exatamente porque essa complementação da função compensatória da reparação integra-nos casos em que se torna cabível – o cumprimento da obrigação, aludida pelo legislador alemão, de "restabelecer o estado de coisas que havia de existir se a circunstância, que obriga a indenização, não se tivesse produzido" (ob. cit. p. 560).

- b) cumprida a obrigação por parte da consulente, a CFP descumpriu a sua parte, atrasando o pagamento;
- c) o atraso do pagamento gerou descompasso entre o valor em cruzados corrigidos, por força da manipulação governamental dos índices oficiais, e aquele da variação cambial;
- d) a mora da CFP levou-a a pretender cumprir o contrato por valor singelo, admitindo correção monetária, mas se furtando ao pagamento, por se considerar impossibilitada pelos inconstitucionais D.Ls. 2.283 e 2.284/86;
- e) pretendeu transformar a mora em desequilíbrio de termos contratuais, para proteger-se na irretroatividade do D.L. 2.300/80 para os contratos públicos, nada obstante à sua absoluta inaplicação ao caso presente;
- f) tendo sido baldadas, até o presente, as tentativas para o recebimento dos atrasados, cabe à consulente o ingresso em juízo com ação de cobrança da diferença, correspondente à moeda de referência, cumulada com ação de perdas e danos;
- g) deverá a CFP, quando condenada a pagar, ressarcir-se de seus administradores, nos termos do artigo 37 § 6º da Constituição Federal, do prejuízo causado à consulente, por ser esta obrigação do Estado, sempre que lesa a sociedade.

Desta forma, às questões formuladas, respondo:

- a) entendo não estarem totalmente cumpridas as obrigações da CFP previstas no Edital nº 68/86;
- b) é legítimo, jurídico e legal o direito da consulente – e demais entidades – de pleitearem a atualização dos índices com a cotação do dólar;
- c) a ação ordinária de cobrança cumulada com perdas e danos a serem apurados em execução de sentença é o meio mais adequado;

d) sugiro uma última tentativa de solução administrativa, na proteção à responsabilidade das autoridades que ensejaram o descumprimento do contrato, visto que, quando da condenação judicial da CFP serão aquelas que deverão ressarcir o Estado pelo prejuízo causado, por força do “poder-dever” imposto pelo artigo 37 § 6º da Constituição Federal.

S.M.J.

São Paulo, 15 de agosto de 1989

**REVOGAÇÃO DA FÓRMULA DE CÁLCULO DE
INDEXAÇÃO MONETÁRIA DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS Nºs 32 E 40/89, COM ADOÇÃO
DE NOVOS ÍNDICES APURADORES COM EFEITO
RETROATIVO, PELA MEDIDA PROVISÓRIA
Nºs 67/89 – INCONSTITUCIONALIDADE
NA ADOÇÃO DOS NOVOS ÍNDICES PARA
OS CONTRATOS ANTERIORMENTE
LAVRADOS E PROTEGIDOS PELAS
MEDIDAS PROVISÓRIAS Nºs 32 e 40/89
– PARECER**

CONSULTA

A consulente firmou contrato de financiamento com o BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, assim como os sistemas FINEP e FINAME, com cláusula de correção monetária pelas OTNs, sobre ter firmado contratos anteriores com cédula de crédito industrial, exteriorizando obrigações e forma de cálculo das prestações em ORTNs. As Medidas Provisórias nºs 32 e 40 de 1969 determinaram que o cálculo de correção seria feito, tomando-se valor de NCz\$ 6,17 a OTN e NCz\$ 6,92 a OTN fiscal, a partir do IPC de fevereiro. A Medida Provisória nº 67/89, todavia, reformulou os diplomas anteriores, incorporando um índice de 28,79% à OTN de janeiro, revogando as Medidas Provisórias nºs 32 e 40 no concernente ao indicador oficial e impondo efeitos retroativos à nova fórmula de cálculo para todos os contratos financeiros. O BNDES, depois de ter informado de que forma as prestações deveriam ser pagas em 7 de julho de 1989; isto é, sem o acréscimo de 28,79%, pretende agora incorporar nova espécie de cálculo aos contratos lavrados anteriormente à nova medida provisória, o mesmo ocorrendo com os financiamentos do FINEP e FINAME, o que impõe acréscimo superior ao direito consulente, garantido pela Medida Provisória nº 40/89, de que as correções incidiram somente após fevereiro de 89. Pergunta, pois, se seria constitucional a exigência.

RESPOSTA

Uma das características da atuação legislativa do Poder Executivo na ordem econômica, no atual governo, tem sido o absoluto

desrespeito à ordem constitucional naquilo que de mais relevante esta possui, ou seja, o capítulo dos direitos e garantias individuais⁽¹⁾.

A ordem suprema está conformada a partir de dois princípios fundamentais, a saber:

- 1) – o complexo de direitos e garantias voltado para o indivíduo, destinatário final do regramento jurídico
- e
- 2) – o complexo de obrigações e deveres que o Estado, pelo governo, tem para com a sociedade, assim como a forma pela qual esta pode controlar o exercício abusivo do poder⁽²⁾.

(1) No Seminário patrocinado pela Academia Internacional de Direito e Economia no Hotel Maksoud em 6 de julho de 1989 e dedicado ao tema "Disciplina Jurídica do Controle de Preços" os juristas Miguel Reale, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Hamilton Dias de Souza, Manoel Pedro Pimentel, Geraldo de Camargo Vidigal, Marco Aurélio Greco realçaram tal atuação deletéria, no que foram seguidos por mim e, no que diz respeito à imposição de prejuízos pelo CIP, pelo Procurador da República, Antonio Carlos Mendes. As conferências estão sendo editadas em livro com o mesmo título do Seminário.

(2) Escrevi no livro *Roteiro para uma Constituição* (Ed. Forense, 1987, pgs. 16/17/17/19) que: "O primeiro tipo de Constituição é também chamada de modelo neutro ou natural e o segundo modelo ideológico.

É a Constituição americana com seus sete artigos, com uma declaração de direitos em outros 10 e mais 16 emendas, em 200 anos, o típico exemplo da primeira. A Constituição mexicana de 1917, a de Weimar de 1919 e a republicana espanhola de 1931 são aquelas que mais se aproximam do segundo.

As Constituições sintéticas tendem a ser mais duradouras. A experiência humana demonstra que as ideologias passam e os modelos que as incorporam envelhecem com o envelhecimento das ideologias.

As ideologias são criações do pensamento humano. Duram mais ou menos na proporção de sua maior ou menor aproximação da natureza das coisas. As Constituições, que procuram perenizá-las, são estáticas no tempo e dificultam o livre fluir da história, posto que obstaculizam a evolução do pensamento e da ciência política.

Ao contrário, as Constituições sintéticas costumam ofertar as linhas gerais de convivência entre governantes e governados, deixando a estes que escolham o seu destino conforme a realidade temporal e espacial. Estão sempre adaptadas à evolução, visto que não bloqueiam a natural tendência do homem na busca de uma ordem social cada vez mais justa.

A vivência social flui, com mais desenvoltura, nos textos sintéticos que nos textos complicados, sobre serem tais dicções de mais fácil apreensão pelo povo e de natural ensinamento nas escolas. Os textos que programatizam tudo oferecem poucas possibilidades de cumprimento daqueles ideais neles albergados.

Aliás, os princípios programáticos, quais sejam, aqueles ideais pretendidos, mas não realizados, têm se constituído no principal ponto de frustração das Constituições analíticas, visto que os princípios desejados e não atingidos, por não se realizarem, oferecem menos autoridade à obediência da lei.

A obediência é, por outro lado, mais fácil nas Constituições sintéticas que nas analíticas, até porque conhecidas aquelas pelo povo e não estas.

Em todos os países do mundo, as Constituições exteriorizam as duas vertentes de princípios, as quais esculpem, pois, a ordem jurídica das nações civilizadas.

A primeira das vertentes – de longe a mais relevante, pois o Estado e os governos existem para a sociedade e não a sociedade para os governos e o Estado – é constituída de princípios fundamentais, que se repetem, através da história, o que leva a escola jusnaturalista do Direito a entender que tais princípios são inerentes ao ser humano, não podendo o Estado criá-los, mas apenas reconhecê-los⁽³⁾.

Há normas que o Estado cria e outras que o Estado apenas reconhece. A composição entre a positividade jurídica e jusnaturalismo encontra-se exatamente neste ponto. Aquelas normas próprias do ser humano, como o direito à vida, não se submetem ao livre exercício do poder pelo Estado. A determinação, todavia, da forma de governo, parlamentarismo ou presidencialismo, pertence à liberdade ofertada ao legislador⁽⁴⁾.

De qualquer forma, as Constituições, analíticas e sintéticas, possuem, pelo menos, duas grandes ordens de princípios, a saber: 1) aqueles que ordenam o Estado e criam os mecanismos de exercício do poder, e 2) aqueles que garantem os direitos e salvaguardas individuais.

À evidência, porque o Estado é o meio de realização da coletividade e do indivíduo, os direitos e garantias individuais são os aspectos de maior relevância em qualquer texto constitucional, posto que a lei máxima não é um estatuto de garantia de privilégios dos governantes, mas de garantia dos direitos dos governados e dos mecanismos que lhes possibilitem controlar os governantes.

A verdadeira democracia apenas existe na medida em que o Estado se autocontrole e os cidadãos controlem o Estado, visto que os governados, nos textos constitucionais democráticos, são os únicos destinatários das normas jurídico-sociais” (*Roteiro para uma Constituição*, Ed. Forense/Academia Internacional de Direito e Economia, 1987, pp. 16/19).

- (3) Entre os autores que hospedam tal postura doutrinária encontram-se Johannes Messner (*Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Rialp, 1967); Jacques Leclercq (*Leçons de Droit Naturel*, Ed. Wesmael, Charlier, Namur, Belgique); Miguel Sancho Izquierdo e Javier Hervada (*Compendio de Derecho Natural*, Ed. Euns, 2 vols., 1980); Rafael Gomes Perez (*Represión y Libertad*, Euns, 1978); René Cassin (*Human Rights since 1945: An Appraisal*, The Great Ideas Today, 1971, Ed. Britannica) e Francisco Puy (*Lecciones de Derecho Natural*, Ed. Porto, Santiago de Compostela, 1970).
- (4) H.L.A. Hart (*The Concept of Law*, Ed. Clarendon, Oxford University Press, London, 1961, pgs. 189/195), não obstante contestar os fundamentos naturais do Direito, reconhece a existência de cinco princípios mínimos de natureza ética, comuns à exteriorização da lei, a saber: 1) necessidade de proteção do mais fraco, pela vulnerabilidade do ser humano; 2) necessidade de compensação da desigualdade da natureza humana pela igualdade da lei social; 3) necessidade de apoio no altruísmo limitado do homem para que a lei seja obedecida; 4) suplementação da escassez dos recursos naturais pela produção de recursos adicionais para que o homem sobreviva em sociedade e 5) necessidade de obediência a lei para que todos dela se beneficiem, a partir da aplicação de penas.

Ora, entre os princípios fundamentais, que dão o perfil dos direitos e garantias individuais, um deles merece especial relevância, qual seja, o que diz respeito à preservação do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito.

Está o artigo 5º inciso XXXVI da Constituição Federal assim redigido:

“XXXVI. a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”,
reproduzindo o mesmo texto constitucional do artigo 153 § da E.C. 1/69⁽⁵⁾.

Tal princípio poderia ser tido como o princípio da irretroatividade legal. A lei posterior não pode ter efeito retroativo sobre atos e fatos passados em relação às três hipóteses mencionadas. Cretella denomina-o de “Princípio da vedação de lei retroeficaz”.

A irretroatividade não é proibida no Direito. O Direito, inclusive, oferta inúmeras hipóteses em que a retroatividade é permitida.

A denominada “benigna amplianda” aplica-se à retroatividade tanto no Direito Penal, como no Direito Tributário. Está, por exemplo, o artigo 106 do CTN assim redigido:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I. em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II. tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe

(5) José Cretella ensina: “A lei nova não atingirá o direito adquirido, não incidirá sobre o direito adquirido. A lei nova não pode retirar “do mundo” o fato jurídico, pois o evento já ocorreu e interferiu no mundo jurídico. Fato jurídico é o próprio fato do mundo (a morte, por exemplo) com repercussões no mundo jurídico. O fato jurídico que ainda não ocorreu, esse sim, está a mercê da lei nova. O fato ocorrido não, porque é algo perfeito e acabado, que pertence ao passado. Temos, assim, dois planos: o plano da existência e o plano da eficácia. “Foi por isso que o legislador não se satisfaz com a proposição no plano de existência, e lançou mão de outra, no plano da eficácia: “A lei não prejudicará o direito adquirido” (cf. Pontes de Miranda, *Comentários*, 3ª ed., 1987, Ed. Forense, v.V, p. 101)” (*Comentários à Constituição 1988*, Ed. Forense Universitária, vol. 1, 1989, p. 456).

comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática”,

conformando hipótese de retroatividade legal a atos e fatos passados por lei posterior, por beneficiar a parte mais frágil da relação impositiva. A hipótese inversa não é admitida, posto que o Estado é o próprio impositor da exação, sendo seu autor e beneficiário direto, razão pela qual só se admite, de um lado, como privilégio pertinente ao cidadão e de outro, como garantia deste contra a surpresa de sua aplicação sobre acontecimentos a respeito dos quais não mais tem o atingido possibilidades de alterá-los⁽⁶⁾.

A retroatividade, portanto, principalmente no que concerne às normas de restrição de direitos, é admitida para beneficiar quem sofre restrições. Nunca em sentido inverso, isto é, a favor de quem se beneficia com as restrições.

Nas 3 hipóteses mencionadas, todavia, a irretroatividade da lei é a regra, não podendo a lei posterior atingir atos e fatos anteriores, por expressa vedação constitucional⁽⁷⁾.

(6) Gaetano Paciello assim comenta o artigo 106 do CTN: “Retroatividade mais benéfica. O CTN acolhe o princípio penal inspirado no “favor rei”, segundo o qual, no conflito entre a lei do tempo em que foi cometido o fato e as posteriores, deve ser adotado o princípio da lei mais benéfica ao réu, a não ser que se trate de leis excepcionais ou temporárias. Quando a lei nova não mais definir como infração ato cometido pelo contribuinte antes de sua vigência, ou não mais o considerar contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, ou, enfim, a lei nova mitigar a penalidade prevista à época em que foi praticada, em todos esses casos a lei nova retroage em benefício do contribuinte, desde que, em se tratando de ato não definitivamente julgado, não tenha havido fraude ou falta de pagamento do respectivo tributo” (*Comentários ao Código Tributário Nacional*, Co-ed. IBET/Resenha Tributária, 1979, p. 125).

(7) Celso Ribeiro Bastos preleciona: “Tem sido uma constante no nosso direito constitucional a preocupação com a tutela das situações já consolidadas pelo tempo. Sobre a necessidade dessa proteção nada mais precisas do que as palavras de Vicente Rão: “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 a sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso do seu 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, p. 428).

Já nas Constituições de 1824 e 1891, nos seus artigos respectivamente, 179, 3º, e 2º, e 3º, nota-se a preocupação do constituinte em fulminar a utilização retroativa da lei. E se não

O princípio decorre, fundamentalmente, da segurança jurídica, que de resto está no próprio *caput* do artigo 5º, assim redigido:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes.” (o grifo é meu).

A inviolabilidade de 5 direitos fundamentais é vedada pela Constituição, a saber: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança⁽⁸⁾ e à propriedade, entendendo-se seja o direito à segurança aquele mais amplo, isto é, o estendido a toda a espécie de segurança que a ordem jurídica possa ofertar⁽⁹⁾.

Sem uma garantia do Estado de que o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e a decisão transitada em julgado seriam respeitados,

remontamos a períodos históricos anteriores a 1824 é porque nos parece ser dispensável uma fundamentação em autores muito mais antigos. Se tal tarefa fosse de mister para esse trabalho, não teríamos dúvidas em reportarmo-nos à própria época clássica, onde iríamos encontrar traços de tutela a esse princípio nas longínquas constituições de Teodosio e Valentiniano. Não nos despeguemos, pois, do nosso Direito” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., Ed. Saraiva, 1989, pp. 184/185).

(8) José Cretella leciona: “Comentamos, neste livro, o ideal dos constituintes, expresso no Preâmbulo, de “assegurar o exercício dos direitos, sociais e individuais, como a segurança”, repetindo-se, agora, no art. 6º, que “a Constituição assegura a inviolabilidade dos direitos concernentes à segurança”. Nos dois passos da Constituição, podemos observar os vocábulos “assegurar a segurança”, o que reflete a falta de cuidado com linguagem e o estilo do diploma mais importante e significativo da Nação brasileira. *Garantir a segurança é, de fato, garantir o exercício das demais liberdades, porque a vis inquietativa impede o homem de agir*” (grifos meus) (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, Ed. Forense Universitária, 1989, p. 185).

(9) Arnaldo Vasconcellos esclarece: “Tenha o direito positivo nascido para coibir o ilícito, como proclama Kelsen, ou para garantir a facultade, consoante defende Karl Engisch, o certo é que na origem se encontrava, fundamentalmente, a necessidade de instaurar ou manter a segurança do grupo comunitário. Porque tem consciência da morte, o homem é o mais inseguro dos animais. Daí ter inventado o direito positivo, o qual, entre os mecanismos de controle e estabilização, tem sido, apesar de tudo, o de maior eficácia. Entre os períodos de paz e de intranquilidade social oscila a credibilidade no direito, justamente porque nestes momentos aumentam ou diminuem as condições da segurança jurídica. A partir desta constatação, tem crescido ultimamente o entendimento de que o direito, na conturbada sociedade contemporânea, adquiriu a missão fundamental de funcionar como redutor de angústias e estabilizador de expectativas” (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 67, Ed. Saraiva, 1981, pp. 267/268).

não haveria como pretender pudesse haver segurança da ordem legal, posto que a instabilidade seria a tônica dominante de todas as relações econômicas, políticas, sociais etc. Não haveria ordem jurídica estável, posto que todas as relações passadas poderiam ser atingidas por legislação futura com efeito retroativo⁽¹⁰⁾.

Por esta razão, houve por bem, o último constituinte, como de resto, já o tinham feito os anteriores, garantir a irretroatividade, inclusive reproduzindo o princípio no artigo 150 inciso III letra "a" da lei suprema, assim veiculado:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

...

III. cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

..."(11).

(10) Forrest Mc Donald sobre as garantias fundamentais escreve: "*The conception of the nature of man that underlay this point of view was the reverse of that from the libertarian viewpoint. Jefferson thought that man, as an individual, was moral; but he distrusted men in large aggregates and men acting in a corporate capacity. The more general view was that men acting privately were not to be trusted and that they needed to be protected from one another by governments which were based upon popular consent. Thus it was that the Revolutionary state constitutions, though genuflecting in the direction of separation of powers and bills of rights*" (*Novus ordo Seclorum*, University of Kansas, 1985, p. 160).

(11) Escrevi sobre tal princípio: "À irretroatividade se acrescenta o princípio da anterioridade, que proíbe que o imposto seja cobrado no mesmo exercício em que foi instituído. Sem a irretroatividade, a anterioridade seria inútil, posto que uma lei criada em 31 de dezembro poderia ser aplicável em 1º de janeiro, isto é, 24 horas depois, sem falar na utilização de expediente, já com foros de tradição em nosso país, de se produzir uma lei em pleno mês de janeiro, publicando-a no dia "31 de dezembro", com o curioso recurso de se atrasar a veiculação do Diário Oficial.

Parece-me, pois, que o princípio da anterioridade, unido ao da irretroatividade, garante os contribuintes em relação aos impostos sobre o patrimônio e a renda, não os excepcionando. Tal garantia parece mais eficiente do que o ofertado pelo texto constitucional anterior, veiculado no art. 153, § 29, assim redigido: "Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei, que o houver instituído ou aumentado, esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o Imposto sobre Produtos Industrializados e outros, especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição".

O ato jurídico perfeito, ou seja, aquele já completado, a coisa julgada, isto é, a decisão sem nenhum risco de ser alterada, e o direito adquirido, isto é, aquele direito incorporado ao patrimônio do indivíduo, não podem ser atingidos por qualquer lei posterior que pretenda inverter definitiva. É, portanto, o princípio da irretroatividade, o mais relevante princípio de manutenção da ordem legal veiculada.

Colocadas as premissas anteriores, passo a examinar o caso concreto.

A consulente firmou 3 contratos com o BNDES (14/7/83, 29/6/84 e 28/10/87) com cláusula de correção monetária vinculada ao índice oficial monetário (OTN e ORTN), sobre ter firmado também no regime FINEP, FINAME e com o Desenbanc, contratos com indexação idêntica.

Tais contratos, quando de sua assinatura e averbação nos registros oficiais, passaram a representar um ato jurídico perfeito. Suas cláusulas, pelo princípio da *pacta sunt servanda*, não poderiam mais ser alteradas, salvo se ocorresse evento inevitável e imprevisível para ambas as partes contratantes, com o que suas condições poderiam ser revistas, à luz da cláusula *rebus sic stantibus* ⁽¹²⁾.

Garante, todavia, muito menos que o capítulo corresponde do anteprojeto da sub-comissão.

A própria Súmula 584 perde sentido à luz do novo texto constitucional, pois sua utilização implica retroatividade da lei tributária para atingir fatos geradores passados" (*Sistema Tributário na Constituição de 1988*, Ed. Saraiva, 1989, pp. 138/139).

- (12) Em meu parecer sobre a teoria da imprevisão publicado no livro *Advocacia Empresarial* (Ed. OAB, 1988, pg. 64, prefácio do Ministro Oscar Corrêa), a cujos argumentos remeto os interessados, relembro lições de renomados mestres para sua aplicação no direito privado: "1) *Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*" (pg. 4 do parecer fornecido); 2) *"La théorie juridique de l'imprévision tend à faire admettre qu'en toute matière, la partie lésée par un contrat peut être déliée de ses engagements lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment où le contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie qu'il est certain que cette partie n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation de charges qui en résulte, si elle avait pu prévoir les événements qui ont provoqué cette aggravation.*" *"L'imprevisão consiste donc dans le déséquilibre des prestations réciproques qui vient à se produire, dans les contrats à prestations réciproques successives ou différées, par*

Quando da Medida Provisória nº 32/89 emanada pelo controlador do BNDES e das demais instituições financeiras federais, alterou-se a indexação monetária, de tal forma que a OTN foi extinta, como já fora a ORTN em OTN no passado, e estancada no mês de janeiro em NCz\$ 6,17, embora a OTN fiscal fosse estabelecida em NCz\$ 6,92, que era seu valor no dia 15/1/89 (13).

A Medida Provisória nº 40/89 eliminou todas as dúvidas ao dispor em seu artigo 1º que:

“Art. 1º. O art. 15 da Lei 7.730, de 31 de janeiro de 1989, passa a vigorar com as seguintes modificações:

“Art. 15.

§ 1º. Para a liquidação das obrigações decorrentes de mútuo, financiamentos em geral e quaisquer outros contratos relativos a aplicações, inclusive no mercado financeiro, a correção monetária vinculada à OTN ou à “OTN fiscal” será calculada:

a) até janeiro de 1989, com base no valor de NCz\$ 6,17, no caso da OTN, e NCz\$ 6,92, no caso da OTN fiscal”; e

b) posteriormente ao mês de janeiro, com base no IPC,

l'effet d'événements ultérieurs à la formation du contrat, indépendants de la volonté des parties, et se révélant tellement extraordinaires, tellement anormaux, qu'il n'était guère possible de raisonnablement les prévoir” (“*Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*”, Tome 2ème, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 3ème Édition, 1964, pg. 559), (p. 4 do parecer fornecido);

3) “*Altro requisito per la risoluzione è che l'eccessiva onerosità, conseguente alla nuova situazione, superi i limiti di incidenza della normale incertezza che ciascun contraente deve affrontare circa i vantaggi e gli oneri dell'atto. La risoluzione ha affetto relativamente alle sole prestazioni troppo onerose ancora da eseguire*” (“*Istituzioni di Diritto Civile*”, CEDAM, Padova, 17ª ed., 1968, p. 727/728) (p. 5 do parecer fornecido).

(13) Coordenei com Gilberto de Ulhôa Canto e J. van Hoorn Jr. livro sobre o fenômeno indexatório na Holanda, intitulado: *Monetary Indexation in Brazil* (International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1983), tendo a colaboração de Roberto de Oliveira Campos, Gilberto de Ulhôa Canto, Raphael Bernardo D'Almeida Jr., Ives Gandra da Silva Martins, Henry Tilbery, Bernardo Ribeiro de Moraes, Geraldo de Camargo Vidigal, Cassio de Mesquita Barros Jr., Ada Pellegrini Grinover e Mauro Brandão Lopes. Todos debruçamo-nos sobre as dificuldades da regulação jurídica dos mecanismos corretivos do valor da moeda.

considerada a variação ocorrida a partir de fevereiro de 1989.

§ 2º. A partir da vigência desta lei, é vedado estipular, nos contratos da espécie a que se refere o § anterior, cláusula de correção monetária, quando celebrados por prazo igual ou inferior a 90 dias.

§ 3º. A estipulação de cláusula de correção monetária nas operações realizadas no mercado financeiro, sujeitar-se-á às normas estabelecidas pelo Banco Central do Brasil”.

Por tal dispositivo, a consulente adquiriu o direito de, nos contratos firmados, com as referidas instituições financeiras, ter, sobre NCz\$ 6,17, acrescido a partir de fevereiro de 1987, o IPC do mês⁽¹⁴⁾.

Vale dizer, a Medida Provisória nº 40 de 8 de março de 1989 estabeleceu um direito definitivo e irreversível, a favor da consulente, de correção a partir de 1/2/89 sobre NCz\$ 6,17.

Assim sendo, ao ato jurídico perfeito e imutável, salvo a aplicação da teoria da imprevisão ou livre deliberação das partes, acrescentou-se o direito adquirido pela Medida Provisória nº 40/89 de se reatualizarem as contas nos limites nela estabelecidos⁽¹⁵⁾.

(14) Celso Bastos sobre o direito adquirido desvenda campo ainda maior de proteção, ao dizer: “O direito adquirido é coisa bem diversa, porque o que se protege aqui não é o passado, mas sim o futuro. O direito adquirido consiste na faculdade de continuar a extrair-se efeitos de um ato contrário aos previstos pela lei atualmente em vigor, ou, se preferirmos, continuar-se a gozar dos efeitos de uma lei pretérita mesmo depois de ter ela sido revogada.

Portanto, o direito adquirido envolve sempre uma dimensão prospectiva, vale dizer, voltada para o futuro. Se se trata de ato já praticado no passado, tendo aí produzido todos os seus efeitos, é ato na verdade consumado, que não coloca nenhum problema de direito adquirido.

Se alguém gozou de um benefício previdenciário no passado, benefício este legal a seu tempo, e se a lei pretender retirá-lo, ela estará praticando inequivocamente uma retroação intolerável pelo direito, pois estará tentando desfazer situações mais que adquiridas, que são as consumadas.

Portanto, o direito adquirido envolve muito mais uma questão de permanência da lei no tempo, projetando-se, destarte, para além da sua cessação de vigência, do que um problema de retroatividade” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., Ed. Saraiva, 1989, pp. 192/193).

(15) A equipe da Price Waterhouse, que comentou a Constituição Federal sobre o inciso XXXVI da Constituição Federal, justifica o princípio: “Com redação igual àquela dada pela Constituição de 17 de outubro de 1967, a Constituição de 1988, através de seu art. 5º, XXXVI, assegura o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Esse tri-

A Medida Provisória nº 67/89, todavia, de 14 de junho modificou tal moldura jurídica, determinando, seu artigo 1º, a alteração da Lei 7.774/89, com a seguinte redação:

“Art. 1º. Os anexos I e II da Lei 7.774/89, ficam modificados pelos anexos a esta medida provisória”.

Ora, a modificação pretendida pelo legislador ordinário é modificação que atinge, simultaneamente, *o direito adquirido* à outra forma de correção monetária, como *o ato jurídico perfeito*, garantido pela Medida Provisória nº 40/89 (16).

Em outras palavras, a Medida Provisória nº 67/89 revoga – para aqueles contratos firmados – duas das três garantias asseguradas pela Constituição Federal, no artigo 5º inciso XXXVI, posto que a alteração de critérios não se aplica para o futuro, mas atinge exclusivamente relações passadas, tendo nítido efeito retroativo (17).

À evidência, a tentativa presidencial de criar um conflito na hierarquia de normas – fazendo prevalecer o inverso do que a ordem jurídica, a doutrina e a jurisprudência têm no correr dos anos assegurado – ou seja, de a lei ordinária superar as forças da Constituição, sobre ela prevalecendo, não poderia passar despercebida, nem se legitimaria à luz do constitucionalismo pátrio, razão pela qual nasceu a Medida Provisória nº 67/89 eivada do vício maior legislativo, que é

nômio tem por fim garantir a segurança do direito no tempo, como condição precípua à *estabilização das relações sociais*” (grifos meus), (*A Constituição do Brasil-1988*, Price Waterhouse, 1988, p. 174).

(16) “Ato Perfeito (Direito Civil): é o ato jurídico que preenche todos os requisitos legais para sua validade e é concluído na forma da lei. Diz-se também ato perfeito e acabado” (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 9, Ed. Saraiva, 1978, p. 60).

(17) José Afonso da Silva ensina: “A afirmação dos direitos fundamentais do homem no Direito Constitucional positivo reveste-se de transcendental importância, mas, como notara Maurice Hauriou, não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado. Ruy Barbosa já dizia que uma coisa são os direitos, outra as garantias, pois devemos separar, “no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 165).

o da inconstitucionalidade notória. Choca-se com a lei suprema. Violenta princípio fundamental esculpido no mais relevante artigo da Constituição, ou seja, o dedicado aos direitos e garantias individuais e coletivos. Esfrangalha o princípio da hierarquia das normas. Instala a insegurança jurídica. Dilacera a tradição de respeito à ordem suprema⁽¹⁸⁾.

A Medida Provisória nº 67/89, que retira direito adquirido de todos os mutuantes do sistema financeiro e outorgado pelas Medidas Provisórias nºs 32 e 40/89, transparentemente, constitui das mais claras veiculações legislativas contaminadas pela insanável moléstia da inconstitucionalidade.

O parecer poderia ser estancado aqui, posto que a questão única da consulente já respondida está, até por força da cristalinidade de seu direito e da maculação de norma criada ao arrepio da Constituição Federal⁽¹⁹⁾.

Algumas considerações, todavia, adicionais necessitam ser apresentadas.

A primeira delas diz respeito ao poder do Banco Central de estabelecer cláusula de correção monetária em operações realizadas no mercado financeiro.

O § 3º do artigo 1º da Medida Provisória nº 40/89 prevê tal

(18) À nitidez, o Governo Federal não segue as lições de Carlos Maximiliano, quando diz: "As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Ed. Forense, 1979, p. 1).

(19) É ainda Carlos Maximiliano quem ensina:
"No campo legislativo, embora perfeita a forma, cumpre descer ao fundo, à idéia. Prevalece ali o ensinamento de Celso: *Scire leges non hoc est, verba earum tenere, se vim ac potestatem* – "saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém a sua força e poder", isto é, o sentido e o alcance respectivo.
A exegese, em Roma, não se limitava aos textos obscuros, nem aos lacunosos; e foi graças a essa largueza de vistas dos juriconsultos do Lácio que o Digesto atravessou os séculos e regeu institutos cuja existência Papiniano jamais pudera prever" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Ed. Forense, 1979, p. 34).

hipótese, após estabelecer, com inequívoca clareza, a fórmula de cálculo da indexação.

A leitura atenta do § 3º não autoriza a interpretação de que o Banco Central possa alterar os critérios e a forma de cálculo, mas apenas estabelecer normas para sua veiculação (20).

O § 3º fala, claramente, em que a estipulação da cláusula de correção monetária “sujeitar-se-á”, o que vale dizer não ter eficácia a cláusula para o passado, mas apenas para reger os casos futuros. Em outras palavras, o argumento de que o Banco Central poderia dar efeitos retroativos diversos daqueles estabelecidos na Medida Provisória nº 40/89, por força do próprio artigo 1º § 3º, não merece acolhida.

Declara o legislador executivo que “a estipulação da cláusula sujeitar-se-á”, o que vale dizer não cuidou das estipulações passadas, mas das futuras estipulações a serem acordadas entre as partes. O futuro do indicativo constante do discurso legislativo espanca qualquer dúvida a respeito (21).

O argumento, sobre não ter, portanto, qualquer guarida, posto que não se aplicando à fórmula do cálculo, mas à maneira da contratação, não rege, por outro lado, os contratos pretéritos, mas apenas os contratos futuros.

Acresce-se o fato de que, pela ordem suprema anterior, não tinha o Banco Central poder normativo, por vedação expressa da Constituição, nos termos do artigo 6º § único da E.C. nº 1/69, assim redigido:

“§ único. *Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro*” (os grifos são meus),

(20) Tem o § 3º do artigo 1º da M.P. 40/89 a seguinte dicção:

“§ 3º. A estipulação de cláusula de correção monetária nas operações realizadas no mercado financeiro, sujeitar-se-á às normas estabelecidas pelo Banco Central do Brasil”.

(21) As lições de Francesco Ferrara (*Interpretação e Aplicação das Leis*, 2ª ed. Coimbra, 1963, pg. 129) devem ser lembradas, a fim de que não coloque o intérprete na boca do legislador o que gostaria de ouvir ou suprima da leitura dos textos o que contraria a sua opinião.

e pela atual – em face da clara competência legislativa outorgada aos diversos poderes – não há espaço para a pretendida delegação, com o que também não cabe ao Banco Central, na atual, como não cabia na antiga, poder normativo, muito embora, por reconhecido temor de represálias, neguem-se os bancos a discutir tal transferência, que, de forma inconstitucional, muitas vezes, o Banco Central se auto-outorga ou recebe do legislador insuficiente⁽²²⁾.

Para o caso presente, entretanto, o § 3º não atinge o direito adquirido e exposto no artigo 3º § 1º da Medida Provisória nº 40/89⁽²³⁾, posto que não regulando relações pretéritas como da consulente.

A segunda consideração diz respeito à teoria da imprevisão. Advogam, alguns, que a Medida Provisória nº 40/89 contenha um erro técnico, vale dizer, o governo nela não considerou a inflação do próprio mês, com o que a denominada cláusula *rebus sic stantibus* deveria ser aplicável aos contratos passados para corrigir a distorção⁽²⁴⁾.

(22) José Celso de Mello Filho esclarece que apenas as delegações previstas na Constituição são admissíveis, ao dizer: “Delegação legislativa: A delegação legislativa, *expressamente prevista na Constituição Federal*, não encontra obstáculo no princípio da independência e harmonia dos Poderes da União e dos Estados (RTJ. 94:76)” (grifos meus) (*Constituição Federal Anotada*, Ed. Saraiva, 1984, p. 21).

(23) Celso Bastos ensina: “A lei geradora do direito adquirido há de ser uma lei vigente ao tempo em que se deu o fato. A lei do tempo é que o regula. A regra é, pois, a incidência de uma única lei sobre o mesmo fato” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., 1989, p. 194).

(24) Arnaldo Wald, em livro coordenado por Gilberto de Ulhôa Canto e por mim, intitulado: *A Correção Monetária no Direito Brasileiro* (Ed. Saraiva, 1983, pg. 14), escreve: “A teoria da imprevisão admite a revisão do contrato ou a sua rescisão quando ocorre um fato imprevisível e imprevisível, de caráter anormal e extraordinário, que, sem culpa da parte, modifica as condições contratuais. A alteração deve ser de tal ordem que as partes, se dela tivessem ciência, não teriam realizado o negócio, em virtude da excessiva onerosidade que sobrecarrega um dos contratantes, implicando enriquecimento de natureza usuária para o outro.

Não tendo sido adotada pelo nosso direito anterior à codificação, nem mesmo pelo Código Civil-CC, a teoria da imprevisão se afirmou inicialmente nos estudos doutrinários feitos acerca de meio século, nos quais se destaca a excelente monografia de Arnaldo Medeiros da Fonseca. Coube, em seguida, à jurisprudência realizar o trabalho construtivo de, no clima econômico angustiado que atravessamos após a crise mundial de 1930, adotar os conceitos doutrinários, aplicando-os em diversas decisões que finalmente integraram a teoria da imprevisão no direito positivo pátrio, particularmente com referência ao contrato de empreitada.

Na realidade, a jurisprudência do STF se consolidou, atualmente, no sentido de admitir e consagrar a teoria da imprevisão, aplicando-a a diversas hipóteses, especialmente no campo dos contratos de empreitada”.

A consideração não procede, em face de diversos aspectos, dos quais apenas enumerarei três. O primeiro deles é de que o governo não repôs para o mês de janeiro a correção plena em relação às carteiras de poupança, estas, efetivamente, com um “seguro” contra a inflação e não apenas com um indexador oficial. Vale dizer, o Governo Federal não repôs, nos mesmos níveis, a correção das cadernetas de poupança que foi, em torno de 22%, apesar de acompanhar a do mercado financeiro, deliberadamente manipulando com altas taxas de juro, para se evitar a dolarização da economia. O segundo diz respeito à imprevisão. A teoria da imprevisão apenas seria aplicável se ambas as partes não pudessem, de forma alguma, prever o desequilíbrio contratual que decorreria do fato novo. Ora, no caso concreto, foi o próprio controlador das instituições financeiras que estabeleceu as regras de mercado, implantou o denominado “Plano Verão” e alterou todas as normas anteriores, não podendo ser considerado vítima de um evento de que foi seu único artífice (25). Não há que se falar em desequilíbrio contratual provocado pela imprevisão. O terceiro elemento diz respeito à inevitabilidade do evento imprevisível. A inevitabilidade pressupõe que ambas as partes não tenham forças para alterar os acontecimentos, que levem ao descompasso econômico e contratual. Ora, a titular das instituições financeiras foi quem manipulou a economia para chegar ao estágio atual, com as medidas tomadas. A consulente, sim, poderia alegar a inevitabilidade, por não poder conduzir a política econômica. Não a instituição financeira, que integra o poder, que conformou todas as normas da economia, tentando combater e vencer a inflação por decreto (26).

À evidência, o especioso argumento não tem respaldo na teoria da imprevisão, a partir do desequilíbrio contratual pretendido.

Uma terceira consideração merece ser elencada. Não poucos

(25) “*Nemo auditur turpitudinem propriam alegans*” (“Ninguém deve ser ouvido sobre a própria torpeza”) (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 74, p. 51). É o que dispõe, de outro lado, o artigo 104 do Código Civil.

(26) A respeito, reflete Othon Sidou (*Interpretação dos contratos de adesão*, Ed. da Fac. de Direito de Caruaru, PE, 1984, p. 40):

“Quando houver no contrato de adesão cláusulas obscuras, ambíguas ou contraditórias, adotar-se-á a interpretação mais favorável ao aderente” (grifos meus). (*A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*, Ed. Forense, 1978).

foram os juristas que entenderam ser o plano verão inconstitucional, por violação de inúmeros dispositivos da ordem econômica na Constituição, entre as quais o artigo 170 inciso IV e 174 (27).

Aliei-me a tais juristas, por entender o plano inconstitucional, assim como os veículos que o impuseram (28).

A inconstitucionalidade, todavia, consiste no congelamento e tabelamento de preços do setor privado, posto que o artigo 174 declara que tais mecanismos, que implicam planejamento macroeconômico para esse segmento, podem ser apenas indicativos. Declara, todavia, o mesmo artigo 174 que o planejamento macroeconômico é obrigatório para o setor público, com o que, no que diz respeito à sua vinculação às normas então impostas, nenhuma inconstitucionalidade poderia ser alegada.

Reza o artigo 174 que:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e *indicativo para o setor privado*”, (o grifo é meu)

não ofertando maiores dúvidas exegéticas (29).

(27) O artigo 170 inciso IV tem a seguinte dicção: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....

IV. livre concorrência”.

(28) Entre eles encontram-se Miguel Reale, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Hamilton Dias de Souza, Geraldo de Camargo Vidigal, Celso Bastos, Manoel Pedro Pimentel. No Seminário sobre a Disciplina Jurídica do Controle de Preços da Academia Internacional de Direito e Economia de 6/7/89 e na reunião do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo de 8/8/89 todos os juristas participantes, entre eles os já citados, consideraram inconstitucional a M.P. nº 32/89 no que diz respeito ao congelamento de preços e tabelamento.

(29) Miguel Reale ensina: “Ora, livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. O primeiro não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados artigos 1º e 170.

Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o “princípio

Ora, a Medida Provisória nº 40/89, no concernente aos estabelecimentos oficiais de crédito, passou a exteriorizar planejamento financeiro obrigatório, não podendo tais regras serem consideradas inconstitucionais, embora o fossem para os estabelecimentos privados nos negócios próprios e não de *repasse*.

O argumento especioso, portanto, também careceria de sustentação, à luz do próprio texto constitucional.

O argumento, todavia, suscita uma justa observação, ou seja, a de que viola o mais moralista princípio jurídico, que é aquele de que “ninguém pode se beneficiar da própria torpeza”. Não pode, agora, o governo, em causa própria, impor revisão de índices de correção monetária, de forma retroativa, sob a alegação de que para os contratos em que é a parte beneficiária, à luz do fracasso de sua política econômica, desconsidera como legais os atos perfeitos, jurídicos, legais e

econômico” segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim de livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado.

Acorde com essas diretrizes básicas, e dito no artigo 173, que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Ha nessa disposição dois valores a destacar, a saber: o caráter excepcional da exploração econômica pelo Estado, e a exigência prévia de lei que a autorize, definindo os fins visados.

Cabe assinalar que o princípio de legalidade é mais de uma vez sublinhado pelo legislador constituinte não só no *caput* do art. 173 como no seu § 4º, segundo o qual:

“A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Reitera-se, assim, antigo preceito que nos vem da Constituição de 1946, jamais tida na conta de “intervencionista”, mas como mudança substancial no que se refere à forma e ao alcance da intervenção estatal, exigindo-se sempre ato legislativo como pressuposto dos limites negativos impostos à atividade econômica, cuja liberdade o parágrafo único do artigo 170 expressamente assegura, “salvo nos casos previstos em lei”.

Nesse sentido, também o § 5º do referido art. 173 volta a referir-se à lei para estabelecer as sanções aplicáveis nos atos públicos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, com a salutar previsão da responsabilidade das pessoas jurídicas, e, individualmente, de seus dirigentes.

Vem, a seguir, o art. 174 que tem sido o cavalo de batalha dos que persistem em proclamar a natureza intervencionista do estado político de 1988. Nada melhor do que a reprodução desse preceito:

“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá na forma da lei (note-se) as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este *determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*” (grifei).

Em face de um texto tão claro, custa-me crer que se possa pensar em dirigismo econômico, cuja característica principal e a natureza imperativa e não meramente indicativa do planejamento para os particulares, considerados individualmente ou consorciados em empresas” (“Intervenção do Estado na Atividade Econômica”, *O Estado de São Paulo*, 4/6/89, p. 9).

acabados, quando da Medida Provisória nº 40/89 (30).

Em outras palavras, não pode o governo, autor do plano verão e estipulador das cláusulas corretivas, alterá-las restritivamente, em benefício próprio. Principalmente, em face do fracasso do plano, que, todavia, obrigou a consulente a programar seus investimentos e relações econômicas, pelo prisma da correção anterior que pretende o governo agora alterar (31).

Em verdade, os financiamentos obtidos e as programações da consulente acompanharam as estipulações legais do governo, nem lhe sendo mais possível alterar as relações com terceiros pactuados, por força da Medida Provisória nº 40/89.

Vale dizer, não há como aceitar-se o argumento em que o autor do fracassado planejamento econômico, por suas instituições financeiras, pretenda tirar benefícios adicionais – contra os princípios supremos – de empresas, que não puderam opinar sobre a coerência do

(30) Gilberto Caldas esclarece: "*Nemo ex delicto suo lucretur*: Ninguém pode se beneficiar com o próprio delito que cometeu.

"A regra de que ninguém será ouvido quando alega sua própria torpeza – opõe-se a outra de que ninguém pode lucrar com seu delito "*nemo ex delicto suo lucretur*" (*Concubinato*, Edgar Moura Bittencourt, 1ª ed., p. 169).

(31) Manoel Gonçalves Ferreira Filho preleciona: "O art. 174 é a chave do sistema econômico desenhado pela Constituição de 1988. Vale a pena examiná-lo mais detidamente.

Dá ele ao Estado um papel capital na ordem econômica, na medida em que lhe manda exercer o papel de "agente normativo e regulador da atividade econômica". Como se sabe, na economia de mercado "pura" é exatamente o mercado que regula a atividade econômica. E, para os liberais clássicos, essa regulação deveria ocorrer sem intervenção estatal.

Se o Estado há de regular a atividade econômica, nem por isso a economia projetada pela Constituição é a de cunho centralizado, à moda soviética. Isto se depreende do próprio *caput* do art. 174, em que se prevê um "setor privado" sujeito a um planejamento apenas "indicativo". Ademais, em prol da economia de mercado, pesam todas as normas e princípios acima enumerados.

Para cumprir o papel econômico, "na forma da lei", portanto, com estrito respeito à legalidade, o Estado haverá de exercer três funções. São elas as de "fiscalização", de "incentivo" e de "planejamento".

Atentando-se bem para estas três tarefas, resulta inequívoco para a Constituição em vigor a participação do Estado na atividade econômica não há de ter um caráter coercitivo: o planejamento (para o setor privado) é indicativo, o incentivo tem em si mesmo a ideia de estímulo para uma ação autônoma, a fiscalização, a de acompanhamento, com a verificação da observância das normas cabíveis. Assim, na visão da Constituição, a empresa, constituída pela livre iniciativa, atua em livre concorrência, estimulada pelo incentivo estatal, orientada pelo planejamento, sob a fiscalização do Estado para o respeito às leis e normas essenciais ao interesse público" ("A disciplina de preços no atual Direito Constitucional Brasileiro", jornal *O Estado de São Paulo*, 1/7/89, p. 24).

dirigismo econômico pretendido e que foram coagidas a programar suas relações em conformidade com o planejamento imposto, ficando obrigadas a pagar, agora, de forma diversa daquela delineada durante sua vigência. Por esta solução, apenas ganhariam as instituições financeiras federais e apenas perderia a consulente, apesar de ter sido o governo, que as controla, o verdadeiro e único criador de todos os desajustes econômicos, que acompanharam o denominado “Plano Verão” (32).

Por todos esses aspectos, resulta evidente a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 67/89, que pretende ofertar efeitos retroativos a cálculos já estabelecidos em lei, contra a Constituição Federal, a qual garante o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

À luz da doutrina e da jurisprudência nacional e estrangeira, a tentativa governamental carece de fundamentação jurídica, representando, em verdade, violência à lei suprema, que nada dignifica quem a subscreve.

Respondo, pois, à única questão formulada, dizendo ser inconstitucional a Medida Provisória nº 67/89, não estando a consulente obrigada a aceitar as condições ilegalmente impostas.

S.M.J.

São Paulo, 4 de setembro de 1989

(32) Tercio Sampaio Ferraz Jr. esclarece: “2. O artigo 174 da Constituição Federal autoriza a instauração de um dirigismo econômico?”

A questão foi discutida largamente no curso da exposição. Em poucas palavras deve-se reconhecer que a Constituição repudia o dirigismo econômico. Onde quer que se admitam a livre iniciativa e a propriedade privada dos bens de produção não há lugar para tal dirigismo, entendimento como uma direção geral da economia que funciona na base de um plano geral obrigatório para a executantes e destinatários” (“A economia e o controle do Estado”, artigo publ. *O Estado de S. Paulo*, 4/6/89, p. 50).

**NATUREZA JURÍDICA DA TARIFA DE ENERGIA
ELÉTRICA – TAXA OU PREÇO PÚBLICO? – EM
QUALQUER HIPÓTESE INVIÁVEL SEU AUMENTO,
SEM LEI, ACIMA DOS ÍNDICES OFICIAIS DE
CORREÇÃO MONETÁRIA – PARECER**

CONSULTA

A Associação Brasileira das Indústrias de Fundação – ABIFA, por intermédio de seu eminente advogado, Dr. Roberto Faria de Sant'Anna, propõe-me as seguintes questões:

“Considerando a Constituição de 1967:

“Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

.....

II. tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e
III. fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

Art. 168. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º. A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependerão de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dadas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no país;

Considerando a Constituição de 1988:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

§ único. A lei disporá sobre:

.....

III. política tarifária.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º. A pesquisa, a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas”;

Considerando o Código de Águas (Decr. 24.643, de 10/07/34):

“Art. 163. As tarifas de fornecimento da energia serão estabelecidas, exclusivamente, em moeda corrente do país e serão revistas de três em três anos;

Considerando que o decreto em questão possui força de lei, consoante Decr. 19.398, de 11/11/30, art. 1º;

Considerando o Decr. 41.019, de 26/2/57:

Art. 162. Ao fim de cada triênio, verificando-se diferença entre a remuneração do investimento referida no artigo

anterior e a efetivamente apurada, será feita a revisão das tarifas para o novo período trienal.

Art. 164. As tarifas serão fixadas pela fiscalização: (omissis)

Art. 172. As tarifas serão obrigatoriamente revistas de três em três anos, mas poderão ser reajustadas antes deste prazo, para mais ou para menos, por iniciativa da fiscalização ou do concessionário, a fim de manter a paridade entre a receita e o custo do serviço, tal como definido no art. 165.

Art. 176. As tarifas serão reajustadas a título precário, sempre que ocorrer:

I. variação do custo da energia comprada ou de combustível, se houver;

II. aumentos de salários e de encargos sociais, compulsórios ou decorrentes de acordos aprovados pelas autoridades componentes, inclusive os previdenciários;

III. variação no custo da remessa de juros e principal dos empréstimos em moeda estrangeira a que se refere o art. 166 § 3º;

IV. correção monetária do investimento em termos compulsórios;

V. variação do cálculo de amortização e juros dos financiamentos tomados no Banco do Desenvolvimento Econômico e nas Centrais Elétricas Brasileiras S/A – ELETROBRÁS, referidos no § 4º do art. 166;

Considerando que a fiscalização é atribuída à Divisão de Águas do Departamento Nacional da Produção Mineral do Ministério da Agricultura, cf. arts. 12, “b” e “c”, 15 e 26, do Decreto nº 41.019/57, passando para o DNAEE – Depto. Nacional de Águas e Energia Elétrica, ex-vi dos arts. 14 e 15, do Decr. 62.724, de 17/5/68;

Considerando o D.L. 2.284, de 10/3/86, que deu nova redação ao “Plano Cruzado”, criado pelo D.L. 2.283/86:

“Art. 35. Ficam congelados todos os preços nos níveis do dia 27/2/1986.

...

§ 2º. O congelamento previsto neste artigo, que se equipara para todos os efeitos, a tabelamento oficial de preços, poderá ser suspenso ou revisto, total ou parcialmente, por ato do Poder Executivo, em função da estabilidade da nova moeda ou fenômeno conjuntural, indaga-se:

(a) a Portaria 27 do DNAEE – Depto. Nacional de Águas e Energia Elétrica, do Ministério de Minas e Energia, expedida em 12/3/1987, tem caráter de revisão de tarifas de energia elétrica?

(b) as portarias subsequentes, até 11/3/1990, podem conter reajustes que superem os índices inflacionários ocorridos? podem ser editadas em período inferior a 30 dias?

(c) se negativa a resposta à pergunta anterior, o excesso incorrido é ilegal? pode ser recuperado? de que forma?

(d) qual o procedimento para que os consumidores de energia elétrica possam garantir o pagamento da tarifa correta, sem o excesso ilegal?”

RESPOSTA

Como premissa à resposta, que passo a ofertar, mister se faz um rápido exame da tormentosa questão, ainda não pacificada na doutrina, sobre a distinção entre taxa e preço público.

A matéria foi amplamente debatida durante o X Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Estudos de Extensão Universitária – CEEU ⁽¹⁾.

Na ocasião, o plenário adotou a seguinte postura:

(1) O *Caderno de Pesquisas Tributárias nº 10* (Ed. resenha Tributária e CEEU – Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1985), dedicado ao tema “Taxa e Preço Público”, hospeda estudos dos seguintes colaboradores: Alcides Jorge Costa, Américo Masset Lacombe, Aurélio Pitanga Seixas Filho, Carlos da Rocha Guimarães, Edvaldo Brito, Gilberto de Ulhôa Canto, Hamilton Dias de Souza, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José Eduardo Soares de Mello, Marco Aurélio Greco, Sacha Calmon Navarro Coelho, Toshio Mukai, Vittorio Cassone, Wagner Balera, Ylves José de Miranda Guimarães e Zelmo Denari.

“As taxas remuneram os serviços públicos. Demais serviços que não têm tal natureza serão remunerados por preço, chamados públicos, por serem cobrados pelo Poder Público, direta ou indiretamente. São serviços públicos aqueles inerentes ao Estado, denominados essenciais, além daqueles cuja atividade econômica não compete originalmente à iniciativa privada (art. 8º XV C.F.), dependendo da disciplina legal.

Atividade monopolizada não possibilita a cobrança de taxa, assim como a atividade econômica prevista no art. 170 da C.F.” (2),

que prevaleceu com um único voto de diferença sobre esta outra:

“As taxas são tributos vinculados a uma atuação estatal, expressiva de serviço público prestado ou posto à disposição dos administrados, a cargo de entidades governamentais investidas de personalidade jurídica de direito público. Os preços são receitas expressivas de serviços públicos prestados ou postos à disposição dos administradores, a cargo de entidades governamentais ou não governamentais investidas de personalidade de direito privado. No ordenamento legal brasileiro há critérios jurídicos para distinguir as Taxas de Preços Públicos, a partir da exigência:

- a) de relação de subordinação no primeiro tipo de remuneração e não no segundo;
- b) de não possuir o usuário alternativa de não utilização ou de não pagamento para as taxas e possuir tal faculdade para os preços públicos;
- c) de ser taxa remuneratória de serviços essenciais ou periféricos específicos e divisíveis, só o sendo o preço público, em não ocorrendo as hipóteses enunciadas nos itens “a” e “b” (3).

(2) *Caderno de Pesquisas Tributárias nº 11*, Ed. Resenha Tributária/CEEU, 1986, p. 575.

(3) *Caderno de Pesquisas Tributárias nº 11*, ob. cit. pp. 575/576)

Muito embora o núcleo das propostas fosse idêntico, o aspecto que, nas duas ofertava maior área de atritos, residia nos limites que separam ambas as formas de remuneração para se saber o momento em que o preço público passa a ser taxa ou em que a taxa ganha conotação de preço público.

A Súmula do S.T.F. de nº 545 assim redigida:

“545 – Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”, à evidência, era insuficiente para solucionar a questão.

Colocar que a simples relação de coordenação ou de subordinação conforma o preço público e a taxa é dizer tudo e não dizer nada, posto que conceitua o que distingue um de outro, mas não especifica as hipóteses em que as relações se conformam como de coordenação ou de subordinação (4).

A matéria foi longamente analisada em ação de inconstitucionalidade proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Seccional de São Paulo, com outras seccionais junto ao Supremo Tribunal Federal para discutir a natureza jurídica das taxas judiciais (5).

Entendia o Poder Judiciário de São Paulo, à luz de legislação pretérita, que a relação disciplinada era de coordenação, posto que só

(4) Bernardo Ribeiro de Moraes distingue-os pelo regime jurídico, dizendo: “O essencial, para o conhecimento do preço público, é saber a opção política do Poder Público, qual o regime jurídico adotado pelo legislador para o custeio da atividade estatal, pois uma mesma atividade pode ser custeada tanto por preço público como por tributo. Diante de tal singularidade da receita pública, o Min. Victor Nunes Leal, partindo do princípio de que o problema é nitidamente político, por estar na opção do legislador a escolha do tipo de remuneração, salientou: “o problema fundamental não é dizer se é taxa ou não é taxa”, mas, sim, “determinar de que natureza vai ser explorado determinado serviço”. O exame da lei ordinária é que determinará se estamos diante de um preço público ou de uma taxa” (*Doutrina e Prática das Taxas*, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p. 103).

(5) A Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo e a Resenha Tributária (1982) editaram livro sobre a matéria sob o título “A natureza jurídica das custas judiciais” escrito por Hamilton Dias de Souza, Ives Gandra da Silva Martins, José de Castro Bigi, Marco Aurélio Greco, Yonne Dolácio de Oliveira.

pagava a referida taxa quem quisesse se utilizar daqueles serviços públicos, com o que descaracterizada estava a imposição tributária.

Na ocasião, encarregado pela OAB - Seccional de São Paulo a propor a representação, encomendei pareceres a Hamilton Dias de Souza, Yonne Dolácio de Oliveira e Marco Aurélio Greco, que destruíram o argumento apresentado, demonstrando que a formulação apenas aparentemente era correta, isto é, apenas, à primeira vista, a remuneração pela prestação jurisdicional configurava um contrato de adesão (6).

Em nossa representação assinada por José de Castro Bigi e por mim, como nos pareceres solicitados, procuramos mostrar que o contrato de adesão, a que o Ministério Público Estadual se apegava, não ofertava ao usuário da Justiça alternativa válida, vale dizer, se não quisesse o usuário utilizar-se do serviço judiciário não tinha como adotar outra solução, posto que o Estado tem o "monopólio" da prestação jurisdicional.

Em outras palavras, no petítório levantamos a questão do real contrato de adesão, em que o usuário do serviço público pode ou não se esquivar da utilização daquele serviço, por ter como atender suas necessidades de outra forma (7).

(6) Da representação constava o seguinte trecho: "Ora, as custas judiciais ganham o contorno jurídico das taxas, pois, à evidência, são cobradas por decorrência de serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte" (*A Natureza Jurídica das Custas Judiciais*, ob. cit. p. 29).

(7) Escrevi sobre a matéria: "Passamos agora ao exame, embora perfunctório, dos três aspectos (subjetivo, objetivo e formal).

É serviço público o que a lei ordinária determinar que assim seja, nos limites da lei complementar explicitadora da norma constitucional que o admita. Tal concepção formalista é necessária, mas insuficiente, enquanto dado isolado.

É serviço público aquele que, materialmente, decorra de atividades essenciais ou periféricas de interesse da comunidade, ou seja, iniciativa concreta de atividade de natureza comunitária de que o interessado extraia uma utilidade. Assim, além da lei, necessário é que, intrinsecamente, o serviço tenha essa finalidade.

É, ainda, serviço público aquele serviço que tenha tal essência, sobre ser conformado em lei, prestado pelo Poder Público ou por delegação de Poder Público, nessa última concepção indicando, a Constituição Federal, um dos caminhos de seus contornos no comando exposto pelo artigo 167, assim redigido:

"Art. 167 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I - obrigação de manter serviço adequado;

II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e

Ora, não permitindo a ordem jurídica que o cidadão faça “justiça com as próprias mãos”, à nitidez, a relação não era de coordenação, mas de imposição, com o que sua remuneração fazia-se pela espécie tributária taxa e não por preço público.

Em memorável voto, o ministro Moreira Alves, relator designado da ação proposta pelo Ministério Público Federal, admitiu a tese, realçando, quando da realização do X Simpósio Nacional de Direito Tributário, tal argumento⁽⁸⁾.

Deve-se salientar outro aspecto de relevância, qual seja, a regulação pelo Estado dos serviços nos quais admite sua exploração por particulares, em regime de concessão, permissão ou autorização.

No referido simpósio, ficou, sem restrições, assentado que tanto a taxa pode ser cobrada por particulares, com delegação específica para fazê-lo, como o preço público pelo próprio Poder, não

III – fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior”.

Tais noções, até o presente, permitem a integração das três concepções, com evidente redução daquela que admite a transformação de qualquer atividade do Estado em serviço público.

A redução de um lado, pois o artigo 167 hospeda delegação, é acrescida de outra espécie de constrição, ou seja, aquela em que o Estado, por sua administração indireta, concorra, em regime de competição e sem prestação de serviço público, com as empresas privadas. Lembre-se que ao Estado, de um lado, é facultado delegar e, de outro, não lhe é proibido deflagrar a iniciativa econômica, sem, necessariamente, produzir serviço público.

Colocadas as três formulações integrativas, podemos, de imediato, verificar que tais serviços podem, ou não, ser remunerados diretamente pelos usuários e tais remunerações podem, ou não, ter características tributárias.

A própria Constituição Federal fornece o parâmetro viável. Os serviços públicos essenciais de interesse geral da comunidade e particular de cada usuário – como oferta de segurança interna ou de defesa externa, pela qual sua própria natureza de serviços de manutenção do Estado, enquanto entidade legal conformadora da comunidade – apenas, indireta e individualmente, podem ser remunerados pelos usuários, o mais das vezes, por impostos.

Há serviços públicos essenciais – de interesse da comunidade – que poderão ser remunerados por contribuintes, que sofram abertamente o peso de restrições pessoais, a favor de um bem coletivo do qual participam, isto é, através das taxas.

As taxas cobradas no exercício do poder de polícia têm esta natureza.

Finalmente, há serviços públicos de interesse direto, real ou potencial, do usuário e indireto da comunidade que devem ser remunerados por taxas, desde que sejam específicos e divisíveis.

Os demais serviços públicos, que não estejam na triplice colocação anterior, serão remunerados por preços públicos” (*Caderno de Pesquisas Tributárias nº 10*, ob. cit. pp. 170/173).

(8) O Ministro José Carlos Moreira Alves é conferencista inaugural dos Simpósios Nacionais de Direito Tributário do Centro de Estudos de Extensão Universitária – CEEU desde 1981, tendo aberto o de 1985 sobre Taxa e Preço Público.

estando a natureza jurídica da taxa e do preço público aportada no sujeito ativo da arrecadação, mas no tipo da exação. Na Itália, há ainda a figura do exator privado para arrecadar tributos, sendo tal aspecto despiendo na relação jurídico-tributária⁽⁹⁾.

O próprio tipo de serviço prestado, ou seja, dos denominados serviços públicos essenciais ou dos periféricos, é irrelevante, posto que a espécie de relação é aquela que se deve perscrutar para definir a existência, ou não, de livre aceitação de um serviço, irrelevante a natureza de serviço, se essencial ou não⁽¹⁰⁾.

A coleta de lixo pode ter natureza de taxa ou de preço público, conforme o tipo de alternativa ofertada ao usuário dos serviços de limpeza. É taxa, aquela imposta a todos os usuários, mesmo que de tais serviços não se utilizem, objetivando manter a cidade sem bolsões de detritos nas residências; ou preço público, a que se cobra das empresas, que têm obrigação de eliminar o lixo e que podem ter seus próprios serviços de limpeza ou utilizar-se dos serviços municipais⁽¹¹⁾.

(9) A conclusão do plenário do X Simpósio Nacional de Direito Tributário sobre a matéria foi a seguinte: "A prestação de serviços públicos, por concessionárias, nos termos do artigo 167 da Constituição Federal, afeta a natureza jurídica da remuneração paga pelo usuário? Não. A natureza jurídica da remuneração decorre da essência da atividade realizada, não sendo afetada pela existência de concessão. O concessionário recebe remuneração da mesma natureza daquela que o poder concedente receberia se prestasse diretamente o serviço. Decisão unânime do plenário, que adotou a redação da Comissão III" (*Cadernos de Pesquisas Tributárias nº 11*, ob. cit. p. 576).

(10) Hugo de Brito Machado ensina:
"A propósito da distinção entre taxa e preço público já afirmamos que, no plano jurídico "a questão se resolve em admitir-se que a distinção entre atividade própria do Estado e atividades que podem ser exercidas por particulares há de ser fixada pelo Legislativo. Assim, admite-se que a lei estabeleça a fronteira entre a taxa e o preço, instituindo o que se pode entender como taxa por definição legal. Assim temos que:
a) Se a atividade estatal situa-se no terreno próprio específico do Estado, a receita a que ela se liga é uma taxa.
b) Se a atividade estatal situa-se no âmbito privado, a receita a ela vinculada deve ser um preço.
c) Havendo dúvida, pode a lei definir a receita como taxa ou como preço" (*Cadernos de Pesquisas Tributárias nº 10*, ob. cit. pp. 140/141).

(11) José Eduardo Soares de Mello expõe sua perplexidade sobre a matéria, dizendo: "Entretanto, tem se tornado extremamente problemático caracterizar, de *per se*, a natureza dos serviços, pelo simples exame de sua matéria, ou seja, saber se a comodidade ou utilidade prestados a seus beneficiários ou usuários revelam caráter público ou privado. O contexto das regras constitucionais fornece o arcabouço das funções essenciais das

O certo é que a alternativa válida, segundo a orientação pretoriana no caso das taxas judiciais – verdadeira taxa e não preço público –, parece-me o elemento essencial a distingui-los, com o que passou a estarem sujeitas a regras mais rígidas que as destinadas à singela remuneração de preços acordados⁽¹²⁾.

Da mesma forma, o pedágio que se cobra nas estradas, sem que outras opções sejam dadas ao usuário, representam uma taxa e não um preço público, não se compreendendo como tenha o Governo Federal criado o discutido “selo-pedágio”, como preço público, e, no caso, com elemento que ainda mais o descaracteriza, qual seja, o fato de ter como base de cálculo aquela que é própria do IPVA. Acresce que não é exigido só do usuário que comumente transita pelas

peças políticas, tais como assegurar a justiça, manter a segurança, velar pela saúde pública, manter vias de comunicação, administrar o domínio nacional.

Convenha-se que os interesses da coletividade são flexíveis, condicionados às circunstâncias de tempo, de lugar, às necessidades de cada região. As metas governamentais serão diferentes em cidades carentes de mínimos recursos, industrializadas, históricas, poluídas, planejadas, etc..

Além do mais, existem serviços que se situam na zona fronteira, onde não transparece, *prima facie*, o interesse público dominante, podendo o governo atuar de forma complementar da iniciativa privada.

Tem-se questionado a respeito dos serviços específicos de remoção de lixo, objetivando atender à higiene pública, e a preservação da saúde da coletividade, procedendo medidas profiláticas (educação sanitária). (*Caderno de Pesquisas Tributárias nº 10*, ob. cit. pp. 194/195).

- (12) Hamilton Dias de Souza e Marco Aurélio Greco ensinam: “Desta forma, delinea-se a figura do tributo, como aquela adequada e pertinente à espécie. As despesas decorrentes da função jurisdicional passam a ser cobertas não por receitas convencionais, não por preços, ou por contraprestações, mas sim por exações gerais (impostos) ou por exigências específicas, impostas àqueles que diretamente se correlacionem com a atuação estatal”, (taxas).

Aliás, é importante notar que insignes processualistas também compartilham dessa opinião, como ocorre, e.g., com Arruda Alvim, para quem: “Já as custas, no nosso entender, constituem-se juridicamente numa verdadeira taxa. O Estado presta um dado serviço e proporcionalmente ao valor do litígio e ao tamanho do processo, a ele submetido, cobra custas. Constitui-se, portanto, do ponto de vista do Direito Tributário, numa verdadeira taxa”.

“Quer dizer, além de todos os demais argumentos que desenvolvemos neste estudo, no sentido da natureza tributária das custas, para acentuar, desde já, que pretender conceituá-las como um preço, é querer retornar a época anterior a própria Magna Carta, antes da institucionalização da função jurisdicional. Se a função está institucionalizada, ela é exercida independentemente do eventual correspectivo: este não é o móvel ou razão determinante daquela; logo, não se pode ver nas quantias pagas pelos indivíduos ao Poder Público, em razão do exercício de uma função pública, a figura do preço, que se vincula capilarmente ao modelo contratual” (*A Natureza Jurídica das Custas Judiciais*, Ed. OAB/SP – Resenha Tributária, 1982, pp. 73/74).

estradas federais, mas de qualquer cidadão obrigado a adquiri-lo para não ser multado, em caso de eventualmente vir a ser obrigado a entrar por rodovia federal. Sobre ter mais natureza de taxa que de preço público, seria inconstitucional, por ferir o § 2º do artigo 145 da Constituição Federal, assim como o inciso II do mesmo artigo, ambos assim redigidos:

“ § 2º. As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”;

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

....

II. taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição”.

Pelo exposto, percebe-se, com clareza, que se pode chegar à distinção entre taxa e preço público, a partir da Súmula do S. T. F. e de sua decisão sobre taxa judiciária, buscando-se na “alternativa válida”, a caracterização da relação de coordenação ou de subordinação, sendo taxa, sempre que o Poder Público assumia a oferta de serviço, sem que o usuário possa fazer opção diversa daquela do serviço oferecido⁽¹³⁾.

E é neste ponto, portanto, que reside a questão maior do

(13) Yonne Dolácio de Oliveira preleciona: “No caso das custas e emolumentos, voltando a representação nº 895-GB já citada, constatamos o profundo exame da sua natureza jurídica reconhecida como taxa remuneratória. Na oportunidade, foi deixado patente que a natureza dos serviços públicos prestados ou postos à disposição dos interessados, constitui função essencialmente estatal, citada, em dois momentos, a exposição feliz de Baleeiro sobre a essência desses serviços que ensejam a cobrança da taxa:

“Cabe quando os serviços recebidos pelo contribuinte resultam de função específica do Estado, ato de autoridade, que por sua natureza repugna ao desempenho do particular e não podem ser objeto de concessão a este.

Não houve, nem racionalmente pode haver concessionário de serviços públicos de Justiça. Só a autoridade pública pode usar do grau de força, cujo emprego é reservado ao Estado. Só os agentes do Estado são revestidos da competência de imprimir fé pública a atos e documentos ou a certificar, para aceitação de todos, a legitimidade de coisas ou a observância de formalidades legais”.

Tratando-se de serviço eminentemente estatal, as custas e emolumentos que lhes remuneram somente poderiam ter natureza de taxas tributárias como bem realçado pelo E. Supremo Tribunal Federal (*A Natureza Jurídica das Custas Judiciais*, Ed. OAB/SP - Resenha Tributária, 1982, pp. 140/141).

problema que é ofertado, à luz da nova Constituição e dos diplomas elencados, à minha reflexão.

Até que ponto a legislação pretérita às Constituições de 1946 e 1967 foi recepcionada pela atual ordem? Até que ponto – se o serviço prestado não oferta alternativa válida – a remuneração deste serviço ou oferecimento de bens – visto que parte da doutrina entende que o fornecimento de energia é um fornecimento de bens – é satisfeita por taxa ou por preço público? Até que ponto, tenha a conformação de um ou de outro, os aumentos podem ser feitos por deliberação do Poder Executivo, sem lei, acima da inflação? E é o que passo a examinar a seguir ⁽¹⁴⁾.

A partir da colocação atrás exposta – e em face da histórica decisão do S. T. F. sobre as taxas judiciais – à evidência, toda a concepção da mais alta Corte do país foi dirigida para um novo enfoque no enfrentar a polêmica questão das fronteiras entre as taxas e os preços públicos com a necessidade de se repensar se o fornecimento de energia elétrica exige, em face da centralização de seu fornecimento, uma remuneração por taxa ou por preço público ⁽¹⁵⁾.

(14) Alcides Jorge Costa ensina: “O conceito de mercadoria poderia dar margem a uma pergunta só: eletricidade ou mercadoria? Sem entrar em maiores considerações a respeito, a verdade é que a Constituição mesmo não deixa margem a nenhuma dúvida, porque mais de uma vez cita energia elétrica, seja para dar isenção nas operações interestaduais, seja para determinar, nas Disposições Transitórias, uma forma de tributação até que a lei complementar disponha sobre a matéria. Portanto, acho que não vai haver a menor possibilidade de se discutir se energia elétrica é ou não mercadoria. Para efeito de tributação, é mercadoria e está dentro do âmbito do ICM” (*A Constituição Brasileira 1988 – Interpretações*, Ed. Forense Universitária, p. 326).

(15) A ementa do acórdão do S. T. F. é a seguinte:

“Taxa judiciária.

– Taxa judiciária é tributo da espécie taxa.

– Essa natureza jurídica não foi alterada com a edição da Emenda Constitucional nº 7/77.

– Se a taxa judiciária for excessiva, criar obstáculo capaz de impossibilitar a muitos a obtenção de prestação jurisdicional, é ela inconstitucional, por ofensa ao disposto na parte inicial do § 4º do artigo 153 da Constituição.

Representação julgada procedente em parte, para declarar-se a inconstitucionalidade das expressões “dos Procuradores do Estado nos casos previstos neste capítulo, bem como sobre todos os atos extrajudiciais praticados por tabeliões, oficiais de Registro Público, de Distribuição e de Protestos de Títulos, das serventias oficializadas ou não” e “ou pelos serventuários, conforme previsto neste artigo” do *caput* do artigo 112; dos §§ 1º, 2º e 3º desse mesmo artigo 112; do inciso VIII do artigo 114; do artigo 118 e de seus parágrafos; do artigo 123; do artigo 124; do artigo 125 e de seus parágrafos; do artigo 129; dos incisos I e III, e das expressões “ou confessada em pedido já existente” do inciso II, todos do

Estou convencido, hoje, à luz do que foi atrás exposto, que sua remuneração se faz por taxa, à falta de alternativa válida, a que fiz também atrás menção.

Sem que o Poder Público, detentor do monopólio constitucional de exploração dos potenciais de energia hidráulica, forneça a energia necessária, não há alternativa válida.

Em meu livro *Teoria da Imposição Tributária* defendi a tese de que o preço público, à falta de uma alternativa válida, representaria uma sexta espécie tributária, ao lado dos impostos, taxas, contribuição de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios. Toda a área monopolizada da economia elimina a liberdade de iniciativa econômica, ofertando ao Poder Público sua exploração direta ou indireta e não ofertando ao usuário do bem ou serviço qualquer alternativa. Para estas hipóteses, entendi eu, o preço público seria verdadeira espécie tributária e deveria ser regrado pelas normas que conformam a imposição fiscal. Hoje, confesso que me parece ser a melhor forma de esculpir, no cenário jurídico, a remuneração de serviços públicos ou bens fornecidos em regime de monopólio estatal, aquela que lhe dá o contorno da taxa ⁽¹⁶⁾.

artigo 130; do artigo 134, *caput* e incisos; todos eles na redação dada pela Lei nº 383, de 4 de dezembro de 1980, no Estado do Rio de Janeiro, a qual alterou a que vinha do Decreto-Lei nº 403, de 28 de dezembro de 1978 e da Lei nº 289, de 5 de dezembro de 1979, que já haviam modificado o Decreto-Lei nº 5, de 15 de março de 1975, do mesmo Estado; e é inconstitucional, por fim, o artigo 3º da própria Lei nº 383, de 4 de dezembro de 1980, acima referida" (Representação 1.077-RJ (Tribunal Pleno), Liminar na RTJ 101/499, RTJ 112, p. 34). A decisão da representação de São Paulo tem o mesmo fundamento).

(16) "Com efeito, se voltássemos à afirmação de Klaus Vogel de que o direito financeiro, o tributário e o econômico constituem uma mesma realidade, compartimentada apenas para efeitos didáticos, não seria difícil entender o fenômeno maior de uma teoria de imposição abrangente de um único direito, englobando a imposição tributária e a imposição tarifária sob o mesmo enfoque, com as mesmas características diferenciais, não se colocando fora, portanto, da área de atuação dos tributos vinculados. Ninguém contesta que as contribuições previdenciárias sejam tributos, havendo dúvida apenas em relação ao enfoque adotado. Constitucionalmente, tais contribuições deveriam ser destinadas exclusivamente ao atendimento da Previdência Social, embora, na prática, pela fungibilidade dos recursos recolhidos e das maravilhosas técnicas contábeis adotadas pela administração federal, seus destinos sejam surpreendentes. Ora, as tarifas têm idênticas características, não obstante à enunciação de que:

- a) permitem a justa remuneração de capital;
- b) permitem o melhoramento e a expansão dos serviços;
- c) asseguram o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

As taxas, mesmo cobradas diretamente pela administração, têm idêntica finalidade, não

Ora, o artigo 176 da Constituição Federal não oferta essa possibilidade ao usuário, senão o de regras impositivas, em tais circunstâncias, são regras que refogem à liberdade de iniciativa e a acatar o monopólio da União, cabendo a esta definir as regras de seu fornecimento. Em regime de concessão ou autorização, o certo é que as remuneração do fornecimento de energia elétrica, portanto – pelo prisma do que já escrevi até agora – é por taxa e não por tarifa, espécie

se devendo esquecer que o contrato de adesão, a que se faz menção na exigência tarifária, se assemelha muito à técnica impositiva, o mesmo podendo dizer-se em relação às contribuições previdenciárias, no concernente à participação de assalariados ou autônomos. Pelo exposto, nesta tentativa de formulação de uma teoria geral da imposição, no plano formal e estrutural, não poderíamos deixar de considerar o aspecto pertinente aos preços públicos, que julgamos constituir nova espécie tributária (sexta), na medida em que compreendamos o direito impositivo como integrado pelos três ramos já discutidos, conforme determina a nova teoria alemã internacional.

Em verdade, todo o campo próprio da iniciativa privada foi invadido e tomado pelo Estado. Não é pois difícil compreender que tais relações econômicas, em mãos do Estado, por serem deficitárias, ganharam características pertinentes às relações de imposição e não mais de coordenação.

Na conjuntura nacional, à falta de alternativa para a maioria dos serviços públicos apresentados e na impossibilidade de distinção no plano prático entre a técnica impositiva, tarifária e a de natureza clássica tributária, a solução científica mais adequada seria admitir a existência de uma sexta espécie tributária, sempre que tais relações se fizessem no plano da imposição real, mesmo que rotulada a imposição do título de “contrato de adesão” ou transformada nominalmente em “relação de coordenação”.

A distinção quanto às demais espécies estaria na forma adotada (tarifas), muito embora sejam semelhantes, na sua grande maioria, os tributos vinculados mencionados no elenco das espécies ofertadas pelo constituinte brasileiro” (*Teoria da Imposição Tributária*, Ed. Saraiva, 1983, pp. 104/106).

Os problemas teriam sua solução no plano teórico, assim como no plano prático. Constituinte o preço público uma sexta espécie tributária, sempre que o serviço público prestado fosse exigido, em moldes impositivos, e além do valor intrínseco do serviço prestado ou do bem ofertado, sem condição de se discutirem as condições ou de se buscarem alternativas que o substituíssem, certamente deixaria de existir a discussão insolucionável, no direito, da diferença entre tributo vinculado e preço público, mormente a partir de sofisticadas teorias que se viabilizam apenas no campo de ideias, sem nenhuma pertinência com a realidade.

No momento, a presença estatal brasileira é crescente no universo econômico, tornando o art. 170 da C.F. de violação diária, pois o que se vê é realidade inversa, já que deveria o artigo para a ela adaptar-se estar assim escrito: “as empresas públicas (*latu sensu*) compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio compulsório da iniciativa privada, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º. Apenas em caráter suplementar da atividade pública, a iniciativa privada organizará e explorará diretamente a atividade econômica”.

Em verdade, todo o campo próprio da iniciativa privada foi invadido e tomado pelo Estado. Não é pois difícil compreender que tais relações econômicas, em mãos do Estado, por serem deficitárias, ganharam características pertinentes às relações de imposição e não mais de coordenação.

de preço público (gênero) (17).

Em face dessa linha de raciocínio, à evidência, o princípio da legalidade e todos os demais princípios, que representam limitação ao poder de tributar – e expostos principalmente no artigo 150 da Constituição Federal – aplicam-se à hipótese, com o que, sem lei, não poderia haver qualquer custo de taxa maior do que a inflação, nem aumentos dentro do próprio exercício, mesmo que por força de veículo legislativo próprio (18).

Em outras palavras, pela nova Constituição, de forma expressa e, pela anterior de forma menos clara, assim como pela jurisprudência do S.T.F. sobre as taxas judiciais, o fornecimento de energia dependeria, na quantificação do valor de sua remuneração,

a) de lei;

e

b) de respeito a todos os princípios que conformam o sistema tributário, como garantias do sujeito passivo da relação tributária (19).

(17) O artigo 176 *caput* tem a seguinte dicção:

“Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra”.

(18) O *caput* e os 5 primeiros incisos do artigo 150 têm a seguinte dicção:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I. exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II. instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III. cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

IV. utilizar tributo com efeito de confisco;

V. estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público”.

(19) O principal deles é o princípio da legalidade sobre o qual já escrevi: “Com efeito, em direito tributário, só é possível estudar o princípio da legalidade, através da compreensão de que

Acrescento, apenas, um derradeiro elemento ao perfil jurídico, que oferto ao problema. Para mim, fornecimento de energia é prestação de serviço e não fornecimento de bem, nada obstante entendam juristas, a partir de uma interpretação da intenção do constituinte, de que para efeitos de ICMS a energia elétrica é uma mercadoria⁽²⁰⁾.

Para mim, o fornecimento de energia elétrica ou de energia motora nos transportes corresponde à prestação de serviços, não se compreendendo que os transportes – que constituem nitidamente um

a reserva da lei formal é insuficiente para a sua caracterização. O princípio da reserva da lei formal permitiria uma certa discricionariedade, impossível de admitir-se, seja no direito penal, seja no direito tributário.

Como bem acentua Sainz de Bujanda (*Hacienda Y derecho*, Madrid, 1963, vol. 3, p. 166), a reserva da lei no direito tributário não pode ser apenas formal, mas deve ser absoluta, devendo a lei conter não só o fundamento, as bases do comportamento da administração mas – e principalmente – o próprio critério da decisão no caso concreto.

À exigência da *lex scripta*, peculiar à reserva formal da lei, acresce-se o da *lex stricta*, próprio da reserva absoluta. É Alberto Xavier quem esclarece a proibição da discricionariedade e da analogia, ao dizer (ob. cit., p. 39): “É daí que as normas que instituem sejam verdadeiras normas de decisão material (*sachentscheidungsnormen*), na terminologia de Werner Flume, porque, ao contrário do que sucede nas normas de ação (*Handlungsnormen*), não se limitam a autorizar o órgão de aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, predeterminando o conteúdo do seu comportamento”. Yonne Dolácio de Oliveira, em obra por nós coordenada (legislação tributária, tipo legal tributário, in *Comentários ao CTN*, Bushatsky, 1974, v. 2, p. 138), alude ao princípio de estrita legalidade para albergar a reserva absoluta da lei, no que encontra respaldo nas obras de Hamilton Dias de Souza (*Direito Tributário*, Bushatsky, 1973, v. 2) e Gerd W. Rothmann (O princípio da legalidade tributária, in *Direito Tributário*, 5ª coletânea, coordenada por Ruy Barbosa Nogueira, Bushatsky, 1973, p. 154). O certo é que o princípio da legalidade, através da reserva absoluta de lei, em direito tributário permite a segurança jurídica necessária, sempre que seu corolário conseqüente seja o princípio da tipicidade, que determina a fixação da medida da obrigação tributária e os fatores dessa medida, a saber: a quantidade exata da alíquota, da base de cálculo ou da penalidade.

É evidente, para concluir, que a decorrência lógica da aplicação do princípio da tipicidade é que, pelo princípio da seleção, a norma tributária elege o tipo de tributo ou da penalidade; pelo princípio do *numerus clausus* veda a utilização da analogia; pelo princípio do exclusivismo torna aquela situação fática distinta de qualquer outra, por mais próxima que seja; e finalmente, pelo princípio da determinação conceitual de forma precisa o objeto, o fato imponível, com proibição absoluta às normas elásticas” (*Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva/CEEU, 1982, pp. 57/58).

(20) O artigo 155 inciso I letra “b” está assim redigido:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I. impostos sobre:

....

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”;

distinguindo “operações relativas a circulação de mercadorias” das “prestações de serviços”.

serviço – poderiam ser realizados se os veículos que o executassem prescindissem do uso de energia. Quando contrato um serviço de transporte, conto com energia motora capaz de me levar e nem por isto tal energia motora é considerada fornecimento de bem, mas prestação de serviço. Para mim, portanto, o fornecimento de energia é prestação de serviço, nada obstante a opinião de inúmeros doutrinadores e a pouca clareza dos alicerces legislativos, que ensejam a interpretação do que seja fornecimento de bem⁽²¹⁾.

A prestação, portanto, do serviço público de fornecimento de energia, em minha opinião, é remunerada por taxa, subordinada ao regime jurídico tributário, não podendo haver qualquer aumento, sem lei, acima da correção monetária, por força do § 2º do artigo 97 do CTN, assim redigido:

“ § 2º. Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo”⁽²²⁾.

Se fosse a remuneração do fornecimento de energia preço público, nem por isto seria possível admitir-se os reajustes, sem lei, acima da inflação.

Os que defendem que tal fornecimento é remunerado por preço público, apresentam, como argumento, que se taxa fosse, não teria

(21) O artigo 155 § 3º com a seguinte dicção:

“ § 3º. À exceção dos impostos de que tratam o inciso I, b, do *caput* deste artigo e os artigos 153, I e II, e 156, III, nenhum outro tributo incidirá sobre operações relativas à energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais do país”,
é que permitiu a interpretação referida por falar em “circulação” e não em “prestação”.

(22) Yonne Dolácio de Oliveira escreve: “Respeitadas as ressalvas legais acima examinadas que, como acima demonstrado não configuram uma discricionariedade livre ou constitutiva, mas, simplesmente, uma discricionariedade vinculada à primazia da lei, qualquer majoração ou redução de tributos somente poderá ser feita pelas unidades federadas mediante lei, de conformidade com o disposto no inciso II do art. 97 em foco.

Ressalte-se, ainda mais uma vez, que nos termos do § 1º do art. 97, qualquer alteração da base de cálculo do tributo que o torne mais oneroso constitui majoração do mesmo e, por conseguinte, somente pode ser feita mediante lei.

A ressalva final referente ao assunto em foco está consignada no § 2º do art. 97, isto é, atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo não importa em sua majoração e, em consequência, poderá ser feita por ato do Executivo, posto que é entendida como simples reajuste *a posteriori*, segundo índices oficiais, do seu valor, de modo a ajustá-lo ao poder aquisitivo da moeda” (*Direito Tributário 4*, Ed. Bushatsky, 1976, pp. 147/148).

sentido sobre ela ser recolhido o ICMS e o empréstimo compulsório da Eletrobrás.

Esta última incidência parece-me definitivamente afastada a partir de 1º de março de 1989. O artigo 155 § 3º da Constituição Federal declara que nenhum tributo, além dos lá mencionados, pode ser cobrado sobre o fornecimento de energia.

À nitidez, como o novo sistema entrou em vigor no dia 1º de março por força do disposto no *caput* do artigo 34 das Disposições Transitórias, o § 12 apenas foi mantido até aquela data, posto que o empréstimo compulsório é tributo e não pode ser exigido após aquela data, sem violar a vedação absoluta do artigo 155 § 3º⁽²³⁾.

Com efeito, o artigo 148 da Constituição Federal, dedicado aos princípios gerais que regem o sistema tributário, coloca como espécie tributária o empréstimo compulsório, com a seguinte dicção:

“Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I. para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;
II. no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b.

§ único. A aplicação dos recursos provenientes do empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição”.

(23) Escrevi: “Estando o § 3º assim redigido: “ § 3º – À exceção dos impostos de que tratam o inciso I, b, do *caput* deste artigo e os arts. 153, I e II, e 156, III, nenhum outro tributo incidirá sobre operações relativas à energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais do país”, o que se garantiu é que o ICMS, o IVV, o II e IE são os únicos incidentes, nenhum outro imposto ou espécie tributária podendo recair sobre tais operações.

À evidência, restrição material aos dois impostos não implica restrição a uma única operação, visto que, pela teoria da não cumulatividade, o ICMS poderá incidir sobre operações relativas à energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais, tantas vezes quantas forem as operações. Resta, todavia, a explicitação complementar para saber quais os outros tributos excluídos, entre eles taxas, contribuições rurais incidentes sobre faturamento, sobre não ser desarrazoado entender que, à falta de explicitação constitucional, os próprios tributos diretos estariam excluídos. À falta de explicitação, entendo que todos os tributos, sem exceção, estão excluídos” (*Sistema Tributário na Constituição de 1988*, Ed. Saraiva, 1989, p. 240).

Desta forma, o empréstimo compulsório exigido pela Eletrobrás é inconstitucional (24).

Sobre o ICMS há de se lembrar que, em verdade, a incidência do imposto sobre imposto, desde que permitido pela Constituição, não tem sido considerado inconstitucional pelos Tribunais.

O IPI incide sobre o ICMS, apesar de serem simultâneos os fatos geradores, e nem por isto os Tribunais consideram a exigência inconstitucional, nada obstante a batalha de inúmeros especialistas que pretenderam ver tal inconstitucionalidade declarada (25).

À luz, portanto, dessa formulação, o argumento é frágil e não se sustenta.

Para efeitos de mera argumentação, vou admitir, todavia, que o fornecimento de energia elétrica seja remunerado por preço público, em face dos dispositivos dos diplomas citados na consulta.

Mesmo que fosse preço público, a sua instituição dependeria de lei para que pudesse ser cobrada (26).

(24) Já, na anterior ordem, o mesmo regime tributário pertinha aos empréstimos compulsórios.

Lê-se em Gustavo Miguez de Mello: "Outros autores haviam anteriormente se pronunciado sobre a natureza jurídica do empréstimo compulsório como sendo a de misto de empréstimo e imposto.

Maurice Duverger sustentou que os empréstimos compulsórios são intermediários entre os empréstimos propriamente ditos e os impostos.

Henry Laufenburger sustentou que o empréstimo compulsório é um empréstimo pela sua forma e é imposto porque a liberdade que se supõe existir na realização de um contrato é substituída pelo estabelecimento unilateral e autoritário de uma autêntica incidência fiscal.

Lucien Mehl e Edgar Allix também se filiam a esta corrente. Cabe salientar logo dois pontos importantes: primeiro, não é juridicamente possível a atribuição de dois regimes jurídicos à mesma prestação relativa à cobrança de empréstimo compulsório, e segundo, os autores acima citados não são juristas.

No Direito Constitucional brasileiro seria inqualificável absurdo afirmar que nem mesmo a cobrança do empréstimo compulsório referido na Constituição Federal, art. 21, § 2º, II, fica submetida ao regime de tributos; sendo assim, os autores que não atribuem natureza tributária à cobrança dos empréstimos compulsórios os submeterão a duplo regime jurídico. Com efeito o referido dispositivo constitucional se refere aos empréstimos compulsórios, nos casos especiais definidos em lei complementar, aos quais se aplicarão as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais de Direito Tributário" (*Curso de Direito Tributário*, coord. geral minha, Saraiva, 1982, pp. 596/7).

(25) Em meu livro *A apropriação indebita no Direito Tributário* (Ed. Bushatsky, 1975) tangencio o problema.

(26) O artigo 5º inciso II da Constituição Federal tem a seguinte dicção: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Os diplomas citados na consulta, embora possam ser admitidos – para efeitos de singela argumentação – como recepcionados pela Constituição de 1946, mereceriam análise mais profunda pelo prisma da Constituição de 1967. Nesta, as tarifas só poderiam ser exigidas, nos exatos termos do artigo 167, mas dependendo *da forma que a lei indicasse* para efeitos de exploração dos serviços indicados.

Tendo, a Constituição de 1987, imposto um caminho ao regime jurídico tarifário e para aquele que fosse aplicável aos monopólios da União – e a exploração do sub-solo e dos potenciais de energia hidráulica – exigido lei, claramente, os diplomas saídos do Poder Executivo, não em forma de decreto-lei – de resto não aplicável ao regime de concessões – mas de singelos decretos e atos do Poder Executivo, não se conformariam à figura imposta pela lei suprema.

Há de se ler no § 1º do artigo 178 que a concessão se fará *na forma da lei* e nesta forma há de se considerar a remuneração como fator primacial (27).

Ora, os dispositivos-chaves para a matéria são o Código de Águas (Decr. 24.643/34), com força de lei em face do Decr. nº 19.398/30, o Decr. nº 41.019/57, que faz menção a critérios de remuneração gerais e explícita formas excepcionadas e, por fim, o Decr. nº 62.724/68, já publicado, à luz da nova Constituição, apenas

(27) Celso Ribeiro Bastos ensina: “O princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei surge como uma das vigas mestras do nosso ordenamento jurídico.

A distinção quanto às demais espécies estaria na forma adotada (tarifas), muito embora sejam semelhantes, na sua grande maioria, os tributos vinculados mencionados no elenco das espécies ofertadas pelo constituinte brasileiro” (*Teoria da Imposição Tributária*, Ed. Saraiva, 1983, pp. 104/106).

A sua significação é dúplice. De um lado representa o marco avançado do estado de direito que procura jugular os comportamentos, quer individuais, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão. Nesse sentido, o princípio da legalidade é de transcendental importância para vincar as distinções entre o Estado constitucional e o absolutista, este último de antes da Revolução Francesa. Aqui havia lugar para o arbítrio. Com o primado da lei cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei que se presume ser a expressão da vontade coletiva” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., Ed. Saraiva, 1989, p. 23).

reescrita com pequenas modificações em 1969 (E.C. nº 1/69) (28).

Ora, a exigência da lei não foi cumprida na transferência para o DNAEE da competência em estabelecer tarifas, mormente levando-se em consideração que a própria E.C. 1/69 proibia delegação de competência legislativa nos termos do seu artigo 6º § único, assim redigido:

“ § único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”.

Em outras palavras, a competência outorgada a um órgão para estabelecer imposição tarifária ou tributária, nas duas hipóteses, dependeria de lei e não poderia ser ofertada por decreto, em face da transferência ilegal de competência legislativa, vedada à luz do artigo 6º inciso I da Constituição Federal pretérita (29).

De certa forma, todas as alterações havidas na legislação sobre a matéria, inclusive as recepcionadas pelas anteriores ordens constitucionais, foram-no por atos do Executivo e, embora recepcionados alguns desses atos, não o foram todos e, principalmente, os últimos, claramente afrontando o disposto nos artigos 167 e 168 da E.C. 1/69 (30).

(28) O Instituto Tancredo Neves publicou livro sobre as 6 Constituições do Brasil, com 6 professores comentando cada um dos textos supremos, a saber: Constituição de 1824 – Paulo Bonavides; Constituição de 1891 – Cláudio Pacheco; Constituição de 1934 – Josaphat Marinho; Constituição de 1937 – Walter Costa Porto; Constituição de 1946 – Manoel Gonçalves Ferreira Filho; Constituição de 1967 – Ives Gandra da Silva Martins. A Emenda Constitucional nº 1/69, no livro, aparece como parte da Constituição Federal de 1967 e não como uma nova Constituição. A rigor, foi uma consolidação do texto anterior.

(29) José Celso de Mello Fº reitera a admissão de transferência apenas nos casos previstos na Constituição: “A delegação legislativa, expressamente prevista na Constituição Federal, não encontra obstáculo no princípio da independência e harmonia dos poderes da União e dos Estados (RTJ 94:76)”, (*A Constituição Federal Anotada*, Saraiva, p. 21).

(30) Manoel Gonçalves Ferreira Filho escreve: “No plano do direito constitucional, o fenômeno jurídico da recepção consiste na revitalização, por uma nova Constituição, do direito comum a ela anterior” (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 63, pg. 333) e lembra Kelsen: “Isso se explica pela tese da recepção, que é relemburada, a esse propósito, por Kelsen, no livro *Teoria generale del diritto e dello stato* (p. 119). O texto é extremamente claro e preciso: “Se as leis emanadas sob a velha Constituição continuam a ser válidas sob a nova, isso é possível somente porque lhes foi conferida validade expressa ou tacitamente pela nova Constituição. O fenômeno é um caso de recepção, similar à recepção do direito

A falta de lei, portanto, somente poderia permitir correções nas tarifas estipuladas que acompanhassem a inflação, visto que aquelas que ultrapassassem tais níveis, à evidência, necessitariam de critérios estabelecidos por veículo diverso, mormente com a transferência da imposição para órgão distinto daquele que deveria supervisionar a matéria concernente à exploração dos potenciais de energia hidráulica.

Nem se argumente que o artigo 167 da E.C. 1/69 permitiria aumentos superiores à inflação para atender a remuneração do serviço e o reinvestimento das empresas. O argumento válido para todas as concessões, sobre depender de lei, nos casos de intervenção monopolista do Estado, passava a ter outra espécie de limitação, a saber: a necessidade de especificação e justificação por lei de reajustes superiores à inflação⁽³¹⁾.

O certo é que tanto o artigo 167, quanto o 168 cuidavam da necessidade de lei explicitadora das condições e nunca de decretos ou portarias de repartições, com o que os aumentos acima da inflação teriam que necessariamente estar subordinados ao Poder Legislativo

romano. O novo ordenamento recebe, i.e., adota certas normas do velho ordenamento. Isto significa que o novo ordenamento atribui validade, dá vigor a normas que têm o mesmo conteúdo das normas do velho ordenamento. A recepção é um procedimento abreviado de criação do Direito. As leis que, segundo a linguagem corrente, inexata, continuam a ser válidas, são, de um ponto de vista jurídico, leis novas, cujo significado coincide com o das velhas. Essas não são idênticas às leis antigas, porque o seu fundamento de validade é diverso; o fundamento de sua validade reside na nova Constituição, não na velha, e entre as duas não existe continuidade, nem do ponto de vista de uma nem do ponto de vista de outra. Portanto não é apenas a Constituição, mas o ordenamento jurídico inteiro que muda com uma revolução" (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 63, 1981, pp. 334/5).

- (31) Hely Lopes Meirelles ensina: "Para que não se altere a relação encargo-remuneração em prejuízo do contratado, a administração procede à majoração do preço, unitário ou global, originalmente previsto para a remuneração de um contrato de obra, serviço ou fornecimento, ou da tarifa inicialmente fixada para pagamento de serviços públicos ou de utilidade pública prestados por particulares, em ambos os casos em conformidade com os critérios expressamente estabelecidos no ajuste.

Esta revisão ou reajustamento de preços ou de tarifas é conduta contratual autorizada por lei, para corrigir os efeitos ruinosos da inflação. Não é decorrência da imprevisão das partes; ao contrário, é previsão de uma realidade existente, diante da qual o legislador pátrio institucionalizou o reajustamento dos valores contratuais, facultando às partes adotá-lo ou não, segundo as conveniências da administração em cada contrato" (os grifos são meus) (*Direito Administrativo Brasileiro*, 13ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1987, pp. 175/176).

ou a expresse contrato acordado e não imposto⁽³²⁾.

Acresce o fato de que as portarias do DNAEE apenas anunciam o aumento, mas não justificam a razão de ser dos mesmos, com o que, sobre serem ilegais, por não terem a forma de lei, são inconstitucionais, posto que não especificam as aplicações para cobertura de custos e manutenção de investimentos. Falta a justificação de sua destinação fundamental, pelo princípio do discurso do artigo 167 da E.C. nº 1/69. E, também, à luz do que determinam os artigos 175 e 176 da atual Constituição Federal⁽³³⁾.

Tais elementos demonstram que, mesmo admitindo que a remuneração do fornecimento de energia elétrica, sem alternativa válida, fosse preço público – e não taxa – por ser tal atividade monopolizada e depender sua justificação de lei – inexistente –, os aumentos acima da inflação seriam de notória inconstitucionalidade.

Elemento adicional retira ainda mais sustentação legal às exigências do DNAEE.

Sempre considere o Plano Cruzado inconstitucional. Condenei, desde o primeiro dia, a ilusão econômica que criava e o esfrangalhamento do Direito que ocasionava⁽³⁴⁾.

O certo, todavia, é que se o Plano Cruzado poderia ser con-

(32) É ainda Hely Lopes Meirelles quem ensina: "Modernamente tem-se adotado as tarifas indexadas ou a indexação de preços nos contratos de longa duração, para se obter o reajustamento automático em função da alteração dos fatores a que se vinculam, tais como a elevação do custo de vida, o encarecimento da matéria-prima, a majoração dos transportes e outros elementos que influem nos custos da produção de bens e operação de serviços. Esses fatores constituem os parâmetros de variação dos preços ou tarifas e são perfeitamente aceitáveis desde que constem de cláusula contratual expressa que estabeleça o índice de alteração e o coeficiente de correção do preço-base" (grifos meus). (*Direito Administrativo Brasileiro*, ob. cit. p. 176).

(33) O artigo 175, repito, tem a seguinte dicção:

"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

§ único. A lei disporá sobre: I. o regime das empresas concessionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II. os direitos dos usuários; III. política tarifária; IV. a obrigação de manter serviço adequado" (o grifo é meu).

(34) "A necessidade de recursos permanentes para manutenção da ineficiência estatal levando as íntegras autoridades por tortuosos caminhos de violação à lei e à Constituição e deixando a todos os brasileiros, como herança, o Direito em frangalhos" (*Direito em Frangalhos*, Ed. CEJUP, 1989, p. 10).

testado pelo setor privado, não poderia sê-lo pelo setor público, na medida em que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, como determina o mais moralista dos princípios jurídicos.

Não poderia o Governo Federal por decreto-lei imposto pelo Presidente da República, sem consultar o Legislativo e a Nação, exigir que todos os preços fossem congelados, inclusive os preços públicos, e uma portaria do próprio Poder Público violar tal decreto-lei e aumentar preços, ainda durante a vigência da medida ⁽³⁵⁾.

Acrescente-se que a Portaria nº 27 do DNAEE de 10/3/86 alterou critérios, mas não expôs o principal e único argumento a justificar a alteração, se legal fosse, qual seja, a motivação.

Por outro lado, o § 2º do artigo 35 do D.L. 2.284/86 apenas permitia revisão total ou parcial de tarifas, desde que houvesse alteração da moeda (correção monetária), como fenômeno conjuntural. Ora, a referida Portaria do DNAEE não se refere a fenômeno conjuntural e elevou as tarifas além dos limites permitidos pela desvalorização da moeda brasileira ⁽³⁶⁾.

Muito embora inconstitucional o D.L. 2.284/86, no que diz

(35) "Tais inconstitucionalidades, apesar de examinadas, não foram consideradas pelas autoridades. Chegaram à conclusão de que, como são iluminados, tudo aquilo que na lei possa prejudicar o brilhantismo dessas teses laboratoriais, dessas formulas colocadas em quadros-negros, não deve ser respeitado. Isto porque, os regimes presidencialistas, que se caracterizam, desde o dizer de Rui Barbosa, em regimes de irresponsabilidade legal, o Presidente tem o direito de fazer o que bem entende e o Congresso não representa absolutamente nada. E é, por essa razão, que a Carta Magna existe, mas não é respeitada. A garantia do individuo é folha morta. O Presidente, por exemplo, está proibido de legislar sobre o sistema monetário por decretos-leis e por leis delegadas. A lei delegada pode tudo, menos o que a Constituição proíbe. E o decreto-lei só pode aquilo que a Constituição permite. E o sistema monetário não pode ser alterado nem por lei delegada, nem por decreto-lei.

Dentro dessa linha de raciocínio, é extremamente difícil, diríamos impossível, para nós advogados, aceitar que um pequeno grupo de iluminados, que não consultou 135 milhões de brasileiros, possa desrespeitar toda ordem jurídica, objetivando eliminar uma ficção e criar duas outras ficções econômicas, à margem, ao arripio da Constituição e da legislação complementar" (*Aspectos Jurídicos do Plano de Estabilização da Economia*, Ed. IASP/CEJUP, 1987, pp. 65/66).

(36) Celso Bastos sobre o D.L. 2.284/86 escreve: "Em síntese, portanto, o decreto-lei é inconstitucional. É inconstitucional por razões de ordem formal, pelo veículo, pelo conduto jurídico pelo qual essas medidas foram baixadas. Mas ele é também inconstitucional pelo teor dessas próprias medidas, em razão delas ferirem situações jurídicas subjetivas, direitos adquiridos, princípio da isonomia e o próprio princípio da propriedade" (*Aspectos Jurídicos do Plano de Estabilização da Economia*, Ed. IASP/CEJUP, 1987, p. 32).

respeito à vinculação do Poder Público aos atos que pratica, com efeitos deletérios sobre a sociedade, sua responsabilidade permanece e, se correta a contestação da constitucionalidade do Plano Cruzado pelo setor privado, inviável tal contestação pelo Poder Público, que foi o principal criador do referido plano, visando obviamente beneficiar-se de aumentos não admitidos pelo próprio governo aos brasileiros (37).

Por mais este aspecto, há de se considerar também ilegal a exigência de tarifas superiores – se de preço público se cuidasse – à inflação do período.

Por todo o exposto, passo a responder às quatro questões formuladas.

a) A Portaria nº 27 do DNAEE, cujo perfil fere a Constituição pretérita, como as posteriores ferem a Constituição atual, por falta de matriz legal a permitir a exigência, representou revisão de tarifas, mas desvinculada de demonstração de custo e da razão de ser de valores superiores à inflação, com o que uma segunda ilegalidade somou-se à insanável primeira, ou seja, falta de lei.

b) As portarias subseqüentes não poderiam conter custos superiores à inflação, posto que, para tais elevações, haveria necessidade de lei, fosse taxa, fosse preço público a remuneração, por força da intervenção monopolista na área, assim como por exigir a Constituição Federal anterior e a atual lei, sobre não permitir a delegação de competência legislativa nesta matéria.

c) A forma de recuperação deverá ser via judicial, através de ação de repetição do indébito.

d) A impetração de mandado de segurança ou de ação declaratória, precedida de medida cautelar, com solicitação de liminar, são as alternativas. Poderia a consulente ingressar, outrossim, com ação direta de inconstitucionalidade perante o S.T.F., nos termos do artigo 103 da Constituição Federal ou impetrar mandado de segu-

(37) Em meus livros *Direito Econômico – Pareceres sobre o plano de estabilização da economia* (Ed. Forense, 1987) e *Direito Tributário e Econômico – Pareceres sobre a nova ordem econômica* (Ed. Resenha Tributária, 1987) examino as diversas inconstitucionalidades do plano cruzado, assim como as responsabilidades não assumidas pelo Poder Público no que diz respeito às suas obrigações.

rança coletivo, nos termos dos artigos 103 e 5º inciso LXX, objetivando pagar a tarifa correspondente, sem o excesso ilegal ⁽³⁸⁾.

S.M.J.

São Paulo, 1º de setembro de 1989

(38) Os artigos 103 e 5º inciso LXX têm a seguinte dicção:
"Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

....

IX. confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional";

"LXX. o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados".

**OBRIGAÇÃO DA SIDERBRÁS DE ATUALIZAR O
VALOR NOMINAL DE DEBÊNTURES EMITIDAS
PELOS ÍNDICES IMPOSTOS PELA MEDIDA
PROVISÓRIA Nº 83/89 – PARECER**

CONSULTA

A consulente, por seu eminente advogado, Nelson Pasini, apresenta-me a seguinte questão:

- “1) – Em outubro de 1988 bancos privados subscreveram debêntures de emissão da Siderbrás;
- 2) – A correção monetária do valor nominal das debêntures foi estabelecido na escritura de emissão, para ser igual à variação do valor da OTN;
- 3) – Em 15 de janeiro de 1989, com o Plano Verão, foi extinta a OTN;
- 4) – As debêntures da Siderbrás, ficaram sem índice de reajustes;
- 5) – Iniciou-se, com a empresa, uma longa discussão sobre quais critérios de correção monetária poderiam ser utilizados para o caso;
- 6) – Com a Medida Provisória 83/89, foi autorizada a cobrança do fator de correção monetária para os meses de janeiro/fevereiro de 1.28;
- 7) – A aplicação de tal índice e a subsequente utilização do BTN viria corrigir a defasagem a que os bancos debenturistas estiveram sujeitos;
- 8) – A Siderbrás entende que a aplicação do índice acima referido seria ilegal.
Pergunta-se: carece de razão o alegado pela Siderbrás?”.

RESPOSTA

Manifestamente, não é ilegal.

A matéria sob estudo merece algumas considerações preliminares relacionadas com o “Título da Ordem Econômica” na lei suprema.

Nenhum texto constitucional anterior, exceção feita ao de 1891, foi tão liberal ao tratar da ordem econômica, como o atual. Alguns princípios, decididamente não hospedados pela ordem pretérita, passaram a ser explicitamente reconhecidos pela nova, em clara opção política do constituinte pela economia de mercado, sem interferências – senão regulatórias – da Administração Pública sob a iniciativa privada ⁽¹⁾.

Alguns princípios, expressos pela primeira vez, ofertam tal perfil liberal. Entre eles, encontram-se os princípios da patrimonialidade empresarial, da livre concorrência, da liberdade de atuação, do planejamento econômico indicativo.

O primeiro deles é veiculado pelo artigo 170 inciso II. No texto pretérito, a propriedade privada estava assegurada apenas no capítulo dos direitos e garantias individuais, tanto *nocaput*, como no § 22 do artigo 153, ambos assim redigidos:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

...

II. propriedade privada”;

“Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direi-

(1) Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina: “5.1. Ninguém poderá negar que a Constituição em vigor consagra o tipo descentralizado da economia. Que ela o faz, demonstrou-se cabalmente logo acima. Ora, numa economia descentralizada é o mercado que forma os preços, não qualquer ordem estatal. O próprio intervencionismo, o próprio planejamento, como têm de se coadunar, com essa forma de economia, devem necessariamente respeitar o mercado, quer dizer, a formação de preços no mercado” (“A disciplina de preços no atual Direito Constitucional Brasileiro”, *O Estado de S. Paulo*, 1/7/89, p. 24).

tos concernentes a vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse sôcial, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior” (2).

A nova ordem, todavia, não apenas ofertou as mesmas garantias esculpidas no texto anterior, como as colocou expressamente no Título da Ordem Econômica (3).

(2) Miguel Reale ensina: “Nada mais nocivo à interpretação das novas leis do que o espírito prevenido, ou que se deixou levar pelas primeiras impressões. É o que está acontecendo com a Constituição de 1988, apontada apressadamente como antiliberal e intervencionista, sobretudo no que se refere à ordem econômica.

Observo, desde logo, que ao intérprete pouco ou nada interessa que o texto vigente tenha sido fruto de concessões, ou mesmo de cambalachos, pois a origem espúria de uma norma legal não nos exime da obrigação de interpretá-la com serena objetividade, tal como ela é, no seu enunciado verbal. É o caso de lembrar o ensinamento do grande juriconsulto Wach de que “a lei é mais sábia do que o legislador”.

À luz do que as suas disposições enunciam, estou convencido de que a Carta Magna, ora em vigor, optou por uma posição intermédia entre o liberalismo oitocentista, infenso a toda e qualquer intervenção do Estado, e o dirigismo estatal. Dir-se-ia que sua posição corresponde à do neo-liberalismo ou social/liberalismo, o único, a meu ver, compatível com os problemas existenciais de nosso tempo. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, saliento que, logo no artigo 1º, de manifesto caráter preambular, a “livre iniciativa” é apresentada como um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito. Depois, ao tratar-se especificamente da atividade econômica, o artigo 170 volta a referir-se à livre iniciativa como um dos valores fundamentais da ordem econômica, com o acréscimo relevante de, no inciso IV, elevar a “livre concorrência” à posição de princípio constitucional” (“Intervenção do Estado na atividade econômica”, parecer publicado em *O Estado de S. Paulo*, 4/6/89, p. 9).

(3) José Celso de Mello Filho, ensina, sobre o que seja justa indenização para realce do princípio da patrimonialidade, o seguinte: “A indenização, para ser justa, conforme exigência constitucional, deve compor-se dos seguintes elementos: a) valor do bem expropriado; b) juros moratórios, à taxa de 6% ao ano, que devem fluir desde o trânsito em julgado da sentença final, sendo devidos pelo atraso no pagamento da indenização (RTJ, 99:708); c) juros compensatórios, à taxa de 12% ao ano, que incidem a partir da imissão provisória na posse, sendo devidos como compensação ao expropriado pela privação antecipada da posse de seu bem (RTJ, 101:804, 99:708); d) cumulação dos juros compensatórios e dos juros mora-

Os intérpretes do texto constitucional têm admitido uma inteligência do artigo mais alargada, entendendo que o novo sistema ofertou segurança, no mesmo nível, tanto à patrimonialidade dos bens de consumo, como dos bens de produção (4).

Há de se lembrar que na passada lei maior, o título sobre a ordem econômica apenas indicava a função social da propriedade, mas nada dispunha sobre garantia isolada ao direito de propriedade.

Esta foi a razão que levou muitos constitucionalistas a considerarem pleno o direito à propriedade de bens de consumo e limitado aquele dos bens de produção.

O texto atual nivela ambos e coloca a função social da propriedade, como princípio vicário e não essencial àquele direito fundamental (5).

Por esta razão, a função social, que apenas aparece no texto

tórios, quando presentes os respectivos pressupostos (RTJ, 99:708, 100:234, 101:804); e) correção monetária, segundo os coeficientes mensais das ORTN's, uma vez decorrido, entre a avaliação e a decisão final, prazo superior a um ano (RJTJSP, 78:96); f) atualização da indenização quando houver, por parte do expropriante, demora ou atraso no seu pagamento (RTJ, 102:276, 52:711, 84:966, 54:376, 73:892); g) honorários advocatícios, calculado o seu percentual sobre a diferença entre a oferta e a condenação, ambas corrigidas monetariamente (RTJ, 99:698, 84:330); h) ressarcimento de outros prejuízos, tais como os decorrentes da perda do fundo de comércio (RT, 493:143) e de lucros cessantes (RTJ, 86:512)". (*Constituição Federal Anotada*, Ed. Saraiva, 1984, p. 357).

(4) José Cretella leciona: "Comentamos, neste livro, o ideal dos constituintes, expresso no Preâmbulo, de "assegurar o exercício dos direitos, sociais e individuais, como a segurança", repetindo-se, agora, no art. 5º, que "a Constituição assegura a inviolabilidade dos direitos concernentes à segurança". Nos dois passos da Constituição, podemos observar os vocábulos "assegurar a segurança", o que reflete a falta de cuidado com linguagem e o estilo do diploma mais importante e significativo da Nação brasileira. *Garantir a segurança é, de fato, garantir o exercício das demais liberdades, porque a via inquietativa impede o homem de agir*", (grifos meus) (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, Ed. Forense Universitária, 1989, pg. 185).

(5) Celso Ribeiro Bastos ensina: "O conceito constitucional de propriedade é mais *lato* do que aquele de que se serve o direito privado. É que do ponto de vista da lei maior tornou-se necessário estender a mesma proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são à medida que haja uma devida indenização da sua expressão econômica. Tal fato se deu porque com o desenvolvimento da civilização os bens de interesse para o homem não se limitam aos corpóreos. O processo cultural deu lugar ao surgimento de uma série de criações humanas cuja expressão econômica muitas vezes excede ao valor do bem corpóreo. A exploração de uma patente industrial pode significar fortunas raramente encontráveis pela mera acumulação de bens exclusivamente materiais" (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. II, Ed. Saraiva, 1989, pp. 118/119).

supremo, após o direito amplo à propriedade (incisos II e III do artigo 170), tem menos força e densidade que na Carta Magna anterior.

Compreende-se, pois, que, ao lado do princípio da patrimonialidade, o princípio da livre iniciativa ganhe brilho maior. Antes, estava plasmado como inciso do artigo 160 da E.C. nº 1/69. Agora, pertence ao próprio corpo dos alicerces da ordem econômica, estando, ambos os artigos, assim redigidos:

“Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I. liberdade de iniciativa;

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na *livre iniciativa*, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios” (grifos meus) ⁽⁶⁾.

(6) No depoimento que fiz perante a Sub-Comissão da Ordem Econômica, presidida pelo deputado Antonio Delfim Neto, levei anteprojeto articulado elaborado pela CECAM (Comissão de Estudos Constitucionais e Assessoramento Municipal da Prefeitura de São Paulo), pelos juristas Cassio de Mesquita Barros Jr., Celso Seixas Ribeiro Bastos, Claudio Antonio Mesquita Pereira, Hamilton Dias de Souza, Hely Lopes Meirelles e por mim composta, em cuja exposição de motivos lê-se: “É, todavia, no concernente à dualidade de iniciativa econômica que o anteprojeto avança para definir a triplice forma de intervenção estatal (concorrencial, monopolística e regulamentar), limitando-se às distorções do mercado, sem permitir que a presença desmesurada do Estado-Empresário termine por afetar a totalidade da vida política, social, econômica e jurídica da Nação, com problemas que o passado recente tem demonstrado não serem de fácil solução.

Desta forma, o anteprojeto sai da linha dos princípios desejáveis, mas não aplicados, para os princípios que plasmam uma nova política nacional, em que o Estado atenda as suas finalidades essenciais (segurança interna e externa, administração de justiça, educação, saúde, previdência, repressão ao abuso do poder econômico e reorientação do mercado), mas deixe de participar diretamente deste mercado, senão em casos excepcionais. Indiretamente sempre participará, como sócio privilegiado, através dos tributos, que melhor aplicará nas finalidades sociais pertinentes.

O atual modelo econômico, que torna o Estado um empresário, tem-se revelado perverso, posto que nesta atuação, em que se revela mau administrador, gasta recursos, na medida em que os consegue sacar do segmento privado, sob a forma de imposição fiscal, deixando de ter os meios necessários para atingir as metas fundamentais que o povo espera de qualquer bom governo. Há, portanto, no anteprojeto apresentado, sensível evolução para esta realidade econômica, que é perseguida por economistas capitalistas e socialistas” (*Roteiro para uma Constituição*, Ed. Forense/Academia Internacional de Direito e Economia, 1987, pp. 111/112).

Em face do exposto, é também de se entender que, ao princípio da livre iniciativa acrescenta-se aquele do livre exercício de qualquer atividade, independentemente de autorização governamental, expresso no artigo 170 § único:

“ § único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Tal princípio era limitado, no passado, ao capítulo das garantias individuais (art. 153 § 23), de resto, reproduzido no artigo 5º inciso XIII da Constituição em vigor, ambos os dispositivos com a seguinte dicação:

“ § 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”;

“XIII. é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (7).

A ordem econômica, todavia, ampliou-o com o discurso do parágrafo único, tornando-o tão mais abrangente que a própria regulação absoluta do Banco Central sobre as cartas patentes, deixou de existir. A nova ordem garante o livre exercício, no artigo 5º e o garante no § único do artigo 170.

(7) Pinto Ferreira preleciona: “ A liberdade de profissão deve ser entendida em três escalonamentos: a) escolha da profissão; b) exercício da profissão; c) admissão a profissão. No que tange à escolha da profissão, a liberdade é inviolável, porém é legítimo o poder de polícia para legalizar e permitir *in totum* a admissão e o exercício da profissão. Determinadas profissões exigem habilitações especiais para o seu exercício (advocacia, medicina, engenharia etc.); outras atividades prevêem condições materiais adequadas (p. ex., estabelecimento de ensino) para seu funcionamento. Não somente as atividades liberais estão sujeitas à vigilância do poder de polícia, mas também outras, por razões de segurança pública (hospedagem, hotéis, indústrias pirotécnicas), como por motivo de saúde (produção de produtos farmacêuticos), como afinal por motivos de polícia penal, vedando a prática de crimes e contravenções. Quando o exercício de determinada atividade concerne ao interesse público, exigindo regulamentação, a parte pode recorrer à justiça, caso julgue arbitrária a regulamentação” (*Comentários a Constituição Brasileira*, Ed. Saraiva, 1989, p. 89).

Em face dos 3 princípios atrás expostos, há de se compreender a nítida opção pela livre concorrência, princípio este mais forte que o da livre iniciativa ⁽⁸⁾.

Pela livre concorrência, não pode o Estado congelar ou tabelar preços, risco de eliminá-la, como também não pode intervir na economia para gerar prejuízos ou exigir sacrifícios lesivos às empresas, o que seria possível no regime singelo da livre iniciativa. O Estado pode ter, mesmo no regime de livre iniciativa, maior intervenção regulatória no mercado, que no de livre concorrência. Naquele regime jurídico, o que a Constituição garante é o direito de a livre iniciativa explorar atividades econômicas e no da livre concorrência, o direito de explorá-las, dentro de regras impostas pelo mercado e não pelo governo ⁽⁹⁾.

(8) Diogo de Figueiredo Moreira Neto escreve: "Sinteticamente, os princípios que definem liberdades ou delas decorrem têm prevalência sobre os princípios que as restringem ou as condicionam; os princípios que reservam poderes para os indivíduos e a sociedade preferem aos que atribuem poderes para o Estado; e os princípios que reforçam a ordem espontânea têm primazia sobre os que a excepcionam.

Em caso de confronto com quaisquer outros princípios econômicos da Carta, os de restrição, de condicionamento, de reforço do Estado e de exceção da ordem econômica espontânea cedem àqueles de maior hierarquia.

Por fim, têm primazia absoluta sobre todos os princípios da Constituição, econômicos ou não, universais ou setoriais, gerais ou específicos, em qualquer título em que se inseriram, os princípios fundamentais do Estado brasileiro referentes à ordem econômica: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), ambos atinentes aos fatores humanos da produção econômica.

Esses dois valores precedem a todos os demais porque a Constituição os declarou essenciais para que o país alcance seus objetivos fundamentais de construir uma sociedade desenvolvida, livre, justa, sem pobreza, sem marginalização e com as desigualdades reduzidas (art. 3º, I, II e III) (*Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988*, Ed. APEC, 1989, p. 61).

(9) Miguel Reale ensina: "Ora, a livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. O primeiro não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados artigos 1º e 170.

Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o "princípio econômico" segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa da clientela na economia de mercado.

Acorde com essas diretrizes básicas, é dito, no art. 171, que a "exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei". Ha nessa disposição dois valores a destacar, a saber: o caráter excepcional da exploração econômica

Em tal inteligência lança âncoras, portanto, a expressa limitação da Constituição Federal à intervenção concorrencial ou monopolística do Estado, reduzindo-a às hipóteses do *caput* do artigo 173, cujo discurso segue:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

E compreende-se a regra do artigo 174 *caput*, assim versado:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

completando o 6º princípio constitucional a modelar uma política

pelo Estado, e a exigência prévia de lei que a autorize, definindo os fins visados.

Cabe assinalar que o princípio de legalidade é mais de uma vez sublinhado pelo legislador constituinte não só no *caput* do art. 173 como no seu § 4º, segundo o qual: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Reitera-se, assim, antigo preceito que nos vem da Constituição de 1946, jamais tida na conta de “intervencionista”, mas como mudança substancial no que se refere à forma e ao alcance da intervenção estatal, exigindo-se sempre ato legislativo como pressuposto dos limites negativos impostos à atividade econômica, cuja liberdade o § único do art. 170 expressamente assegura, “salvo nos casos previstos em lei”.

Nesse sentido, também o § 5º do referido art. 173 volta a referir-se à lei para estabelecer as sanções aplicáveis nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, com a salutar previsão da responsabilidade das pessoas jurídicas, individualmente, de seus dirigentes.

Vem, a seguir, o art. 174 que tem sido o cavalo de batalha dos que persistem em proclamar a natureza intervencionista do estado político de 1988. Nada melhor do que a reprodução desse preceito: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá na forma da lei (note-se) as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Em face de um texto tão claro, custa-me crer que se possa pensar em dirigismo econômico, cuja característica principal é a natureza imperativa e não meramente indicativa do planejamento para os particulares, considerados individualmente ou consorciados em empresas” (em artigo já citado publicado no *O Estado de S. Paulo*).

constitucional de mercado para a economia brasileira (10).

Os princípios, portanto, da patrimonialidade, da livre iniciativa, da liberdade de exercício de qualquer atividade, da livre concorrência, da opção preferencial pela atividade econômica privada e do planejamento indicativo para o setor privado são aqueles que plasam, de forma inquestionável, a ordem econômica liberal da Constituição em vigor.

Destes, para efeitos do presente parecer, o que mais releva acentuar é aquele constante do artigo 174, que torna obrigatório, para o setor público, o planejamento macroeconômico, e apenas indicativo para o setor privado (11).

No referido dispositivo, há a considerar, todavia, os vocábulos “fiscalização” e “incentivo”. À evidência, sempre que o setor pri-

(10) Manoel Gonçalves Ferreira Filho preleciona: “O art. 174 é a chave do sistema econômico desenhado pela Constituição de 1988. Vale a pena examiná-lo mais detidamente.

Dá ele ao Estado um papel capital na ordem econômica, na medida em que lhe manda exercer o papel de “agente normativo e regulador da atividade econômica”. Como se sabe, na economia de mercado “pura” é exatamente o mercado que regula a atividade econômica. E, para os liberais clássicos, essa regulação deveria ocorrer sem intromissão estatal.

Se o Estado há de regular a atividade econômica, nem por isso a economia projetada pela Constituição é a de cunho centralizado, à moda soviética. Isto se depreende do próprio *caput* do art. 174, em que se prevê um “setor privado” sujeito a um planejamento apenas “indicativo”. Ademais, em prol da economia de mercado, pesam todas as normas e princípios acima enumerados.

Para cumprir o seu papel econômico, “na forma da lei”, portanto com estrito respeito à legalidade, o Estado haverá de exercer três funções. São elas as de “fiscalização”, de “incentivo” e de “planejamento”.

Atentando-se bem para estas três tarefas, resulta inequívoco para a Constituição em vigor: a participação do Estado na atividade econômica não há de ter um caráter coercitivo: o planejamento (para o setor privado) é indicativo, o incentivo tem em si mesmo a idéia de estímulo para uma ação autônoma, a fiscalização, a de acompanhamento, com a verificação da observância das normas cabíveis. Assim, na visão da Constituição, a empresa, constituída pela livre iniciativa, atua em livre concorrência, estimulada pelo incentivo estatal, orientada pelo planejamento, sob a fiscalização do Estado para o respeito às leis e normas essenciais ao interesse público” (“A disciplina de preços no atual Direito Constitucional Brasileiro”, jornal *O Estado de São Paulo*, 1/7/89, p. 24).

(11) Tércio Sampaio Ferraz Jr. explicita o artigo 174, dizendo. “O artigo 174 da Constituição Federal autoriza a instauração de um dirigismo econômico?

A questão foi discutida largamente no curso da exposição. Em poucas palavras deve-se reconhecer que a Constituição repudia o dirigismo econômico. Onde quer que se admitam a livre iniciativa e a propriedade privada dos bens de produção não há lugar para tal dirigismo, entendido como uma direção geral da economia que funciona na base de um plano geral obrigatório para executantes e destinatários” (“A economia e o controle do Estado”, *O Estado de S. Paulo*, p. 50, 4/6/89).

vado aceitar estímulos, o planejamento indicativo passará a ser obrigatório para o setor privado, desde que respeitados os direitos e garantias individuais, cabendo ao setor público estimulador o encargo de fiscalizar os favores concedidos.

Se o setor privado, todavia, não aceitá-los, à nitidez, não estará obrigado a seguir o planejamento, que não pode violar direitos e garantias individuais, posto que, nestes casos, a indicação governamental é meramente opcional, podendo ser, ou não ser recebida pelo setor privado, mas cabendo apenas a este a faculdade de segui-la ou não (12).

À luz de tal interpretação, um mesmo diploma legal poderá ser tido por constitucional ou não, conforme o nível de sujeição do setor que pretenda subordinar.

Foi o que ocorreu com a Medida Provisória nº 32/89 (Lei 7.730/89), posto que, em face da lei suprema, teve ela, em parte, sustentação legal e, em parte, não. O princípio do regime jurídico da empresa sujeita aos referidos diplomas é, portanto, o que rege a constitucionalidade ou não das Medidas Provisórias nºs 40, 67, 75 e 83/89, posto que sua disciplina legal é que determina, ou não, a obrigatoriedade da respectiva aplicação.

O denominado “Plano Verão” foi de notória inconstitucionalidade em sua implementação para o setor privado. Proibindo a Constituição, pelos 6 princípios atrás expostos, o controle de preços, via congelamento ou tabelamento, à evidência, nasceu com sérias

(12) É ainda Manoel Gonçalves Ferreira Fº quem ensina: “Por outro lado, é expressa a Constituição ao consagrar o princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Que significa ele?”

Recorde-se a lição de André de Laubadere: “O princípio de livre concorrência permite aos particulares exercer suas atividades industriais e comerciais num sistema de competição que não deve ser entravado nem por prescrições, nem por prestações providas dos poderes públicos (*Droit Public Économique*, Paris, Dalloz, 4ª ed., nº 152).

É evidente, portanto, que, num sistema de livre concorrência, cada um fixa o preço do que produz, ou vende. Somente assim poderá competir com outros produtores ou vendedores. E o respeito à livre concorrência exige – reitere-se o ensinamento – que a fixação de preços pelo produtor ou vendedor não seja entravada pelo Poder Público.

A livre concorrência não é incompatível com a intervenção do Estado na atividade econômica. Ela apenas exige que esta intervenção seja: “indireta, quer dizer, respeitosa da liberdade de decisão dos que procuram e dos que oferecem os bens, e da liberdade de formação dos preços. Certamente, o Estado pode influenciar estas liberdades por uma política financeira, monetária ou social. Mas a liberdade de determinação dos agentes econômicos, em última análise, não é eliminada. A economia é somente orientada” (Raymond Barre, op. cit., p. 186)” (artigo citado publicado no *O Estado de S. Paulo*).

deformações, razão pela qual foi fulminado pela doutrina pátria, como manifestamente inconstitucional⁽¹³⁾.

O “Plano Verão”, todavia, foi absolutamente constitucional no que diz respeito ao controle de preços das empresas do setor público, inclusive da administração direta e autárquica, posto que a imposição de regras obrigatórias para o setor público é um permissivo constitucional⁽¹⁴⁾.

Foram, pois, as referidas medidas simultaneamente, constitucionais e inconstitucionais, à luz do regime jurídico dos setores a que se dirigiam, não cabendo contestação alguma às empresas estatais, enquanto que, em relação às empresas privadas, sua constitucionalidade é passível de contestação.

É que o regime jurídico do setor público revela-se, de um lado, distinto do setor privado, sempre que cuidando de serviços públicos (artigo 175), e, de outro, apenas vicário do setor privado, quando com este concorrendo. Seja em relação às empresas que atuam na área própria do setor privado, de forma supletiva e concorrencial, seja em relação às empresas que atuam na área dos serviços públicos (monopolista ou concorrencial), para o setor público, o planejamento é sem-

(13) Sobre a matéria Celso Ribeiro Bastos ensina: “O texto constitucional cuida com muito melindre, com muito cuidado, estipulando que a propriedade só pode ser perdida mediante indenização; e se for o caso de requisição, se essa requisição causar danos, será indenizável. Então eu pergunto: como pode o governo, sem ter um tabelamento criterioso, mas, simplesmente, impondo um congelamento, a partir de uma data determinada, impor a venda de produtos com preço predeterminado? Como pode ele ter certeza de que, em muitos casos, esse tabelamento, esse congelamento, não é confiscatório da propriedade? E será, toda vez que ele obrigar o comerciante, o produtor a vender não pelo preço remuneratório, a vender por preço, portanto, abaixo do custo de produção” (*Aspectos jurídicos do plano de estabilização da economia*, Ed. CEJUP/IASP, 1987, pp. 31/32).

(14) José Afonso da Silva, citando Augusto Ataíde, escreve: “Em verdade, o que ocorre é que o plano se considera imperativo sempre para o setor público. Por isso, nos países de economia centralizada de tipo socialista, a imperatividade do plano é consequência de que as entidades econômicas são integrantes do setor público, não havendo distinção entre economia pública e economia privada, como se dá nos países de economia de mercado ou descentralizada. Nestes, o plano é imperativo também para o setor público, mas, como há um setor privado da economia, regido pelo princípio da iniciativa particular, o plano, em relação a ele, costuma ser indicativo, servindo-se de mecanismos indiretos para atraí-lo ao processo de planejamento”. Assim pronunciamos-nos nas edições anteriores, e agora a Constituição define expressamente a questão no mesmo sentido, estatuidando que o planejamento será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174)”. (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 677).

pre obrigatório (15).

Para a empresa estatal, portanto, as correções, indexações, alterações de seu regime jurídico, via planejamento constitucional autorizado, passam a ser obrigatório, não podendo esquivar-se a seu cumprimento.

Esta é a razão pela qual o setor público está submetido a todas as regras impostas pelas referidas medidas provisórias e – na minha opinião – inclusive em suas atividades concorrenciais (16).

Ora, entre as imposições dos diplomas mencionados encontravam-se aquelas da atualização monetária de janeiro. Pelas Medidas Provisórias 32 e 40, a OTN seria calculada em NCz\$ 6,17, a fiscal em NCz\$ 6,92 e o IPC a corrigiria a partir de fevereiro, pela inflação cor-

(15) É ainda José Afonso da Silva quem ensina:

“O serviço público é, por natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público. O que, portanto, se tem que destacar aqui e agora é que não cabe titularidade privada nem mesmo sobre os serviços públicos de conteúdo econômico, como são, p. ex., aqueles referidos no art. 21, XI e XII, que já estudamos quando comentamos o conteúdo desses dispositivos. Tenha-se presente essas distinções para a compreensão da natureza e limites das empresas estatais; pois sob o ponto de vista de sua função diferenciam-se em dois tipos: as prestadoras ou exploradoras de serviços públicos (como a CESP, a CEMIG, a Companhia do Metrô, a TELEBRÁS, a Rede Ferroviária Federal, a VASP etc.) e as exploradoras de atividade econômica (como a PETROBRÁS, a Vale do Rio Doce, o Banco do Brasil, a EMBRAER, a COSIPA etc.). O regime jurídico dessas empresas é diferente. As primeiras entram no conceito de descentralização de serviços pela personalização da entidade prestadora. Assim é que diz a Constituição que os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações serão explorados diretamente pela União ou mediante concessão a empresas sob seu controle acionário (art. 21, XI), e diz ainda que compete à União explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão e os demais de telecomunicação, os de energia elétrica etc. (art. 21, XII). É certo que, no caso do art. 21, XII, p. ex., a autorização, concessão ou permissão pode ser feita numa empresa privada mediante instrumentos de direito público” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 671).

(16) O artigo 173 (*caput*) da Constituição Federal cuida de atividades concorrenciais e o artigo 175 daquelas atividades econômicas que pertinem a prestação de serviços públicos, estando o último assim redigido:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. .
§ único. A lei disporá sobre: I. o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II. os direitos dos usuários; III. política tarifária; IV. a obrigação de manter serviço adequado”.

respondente⁽¹⁷⁾.

À evidência, tal colocação terminava por deixar o mês de janeiro sem correção alguma, nada obstante a indexação real situar-se entre 22 (índice do mercado financeiro) e 70% (índice oficial pela acumulação de 51 dias na tomada de preços de dezembro a janeiro).

Tal imposição de prejuízos evidentes e de lucros inesperados a participantes de relações econômicas privadas, representava um tipo de intervenção elididora de direitos adquiridos, não admissível, nem pelo expresso texto constitucional atual, nem pelos princípios gerais de Direito, que regem supraconstitucionalmente todos os países civilizados⁽¹⁸⁾.

Com efeito, a eliminação, nas relações econômicas privadas entre pessoas jurídicas do setor privado, não controlado pelo Poder Público, de parcela substancial da indexação garantida em contratos, constituía nítida violação dos princípios supremos mais elementares, atingindo atos jurídicos perfeitos, assim como direitos adquiridos, sobre ofender a livre concorrência, o direito à propriedade e a liberdade

(17) O artigo 1º da M.P. 40/89 tem a seguinte dicção: “Art. 1º. O art. 15 da Lei 7.730, de 31 de janeiro de 1989, passa a vigorar com as seguintes modificações:

“Art. 15.

§ 1º. Para a liquidação das obrigações decorrentes de mútuo, financiamentos em geral e quaisquer outros contratos relativos a aplicações, inclusive no mercado financeiro, a correção monetária vinculada à OTN ou à “OTN fiscal” será calculada:

a) até janeiro de 1989, com base no valor de NCz\$ 6,17, no caso da OTN, e NCz\$ 6,92, no caso da OTN fiscal”; e

b) posteriormente ao mês de janeiro, com base no IPC, considerada a variação ocorrida a partir de fevereiro de 1989.

§ 2º. A partir da vigência desta lei, é vedado estipular, nos contratos da espécie a que se refere o § anterior, cláusula de correção monetária, quando celebrados por prazo igual ou inferior a 90 dias.

§ 3º. A estipulação de cláusula de correção monetária nas operações realizadas no mercado financeiro, sujeitar-se-á às normas estabelecidas pelo Banco Central do Brasil”.

(18) José Cretella Jr. ensina: “A lei nova não atingirá o direito adquirido, não incidirá sobre o direito adquirido. A lei nova não pode retirar “do mundo” o fato jurídico, pois o evento já ocorreu e interferiu no mundo jurídico. Fato jurídico é o próprio fato do mundo (a morte, por exemplo) com repercussões no mundo jurídico. O fato jurídico que ainda não ocorreu, esse sim, está à mercê da lei nova. O fato ocorrido não, porque é algo perfeito e acabado, que pertence ao passado. Temos, assim, dois planos: o plano da existência e o plano da eficácia. “Foi por isso que o legislador não se satisfaz com a proposição no plano de existência, e lançou mão de outra, no plano da eficácia: “A lei não prejudicará o direito adquirido” (cf. Pontes de Miranda, *Comentários*, 3ª ed., 1987, Ed. Forense, v.V, p. 101) (*Comentários à Constituição 1988*, Ed. Forense Universitária, vol. 1, 1989, p. 456).

de iniciativa e de agir. Implicava, outrossim, tornar obrigatório, para o setor privado, planejamento econômico que é apenas indicativo, por força da lei suprema.

Em relação ao setor público, não.

No momento em que o governo adotou política de absorção de parcela da correção monetária, todas as suas empresas, toda a administração direta e indireta passaram a estar, individualmente, vinculadas a tais parâmetros, devendo incorporar o prejuízo imposto, por força de ato do príncipe, que julgou melhor para a economia tal caminho.

Desta forma, as Medidas Provisórias 32 e 40 geraram, para terceiros do setor privado, direitos não mais retiráveis do mundo jurídico, e impuseram ao setor público obrigações não mais corrigíveis, pelo menos em face dos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito e acabado⁽¹⁹⁾.

Desta forma, em todos os contratos em que o Poder Público passou a ser credor, as correções “ex vi” das Medidas Provisórias 32 e 40/89 começaram a fluir à base do IPC de fevereiro, alicerçadas na OTN de NCz\$ 6,17 e na OTN fiscal de NCz\$ 6,92⁽²⁰⁾.

(19) Celso Ribeiro Bastos preleciona: “Tem sido uma constante no nosso direito constitucional a preocupação com a tutela das situações já consolidadas pelo tempo. Sobre a necessidade dessa proteção nada mais precisas do que as palavras de Vicente Ráo: “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 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, p. 428).

Já nas Constituições de 1824 e 1891, nos seus artigos respectivamente, 179, 3º, e 2º, e 3º, nota-se a preocupação do constituinte em fulminar a utilização retroativa da lei. E se não remontamos a períodos históricos anteriores a 1824 é porque nos parece ser dispensável uma fundamentação em autores muito mais antigos. Se tal tarefa fosse de mister para esse trabalho, não teríamos dúvidas em reportarmo-nos à própria época clássica, onde iríamos encontrar traços de tutela a esse princípio nas longínquas constituições de Teodosio e Valentiniano. Não nos despeguemos, pois, do nosso Direito” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol. Ed. Saraiva, 1989, pp. 184/185).

(20) Arnaldo Vasconcellos esclarece: “Tenha o direito positivo nascido para coibir o ilícito, como proclama Kelsen, ou para garantir a faculdade, consoante defende Karl Engisch, o certo é que na origem se encontrava, fundamentalmente, a necessidade de instaurar ou manter a segurança do grupo comunitário. Porque tem consciência da morte, o homem é o mais inseguro dos animais. Dai ter inventado o direito positivo, o qual, entre os mecanis-

Por outro lado, em relação às empresas privadas e ao setor privado, as obrigações do governo – em face da inconstitucionalidade notória dos referidos veículos legislativos à luz do artigo 174 da Constituição Federal – passaram a ter a conformação imposta pelas Medidas Provisórias 67, 75 e 83, ou seja, o acréscimo, como inflação oficial, de 28% sobre os valores das OTNs “cheia e fiscal de NCz\$ 6,17 e NCz\$ 6,92 (esta de 14,83%)” (21).

O artigo 174 da Constituição Federal passou a ofertar, para as mesmas medidas, dois regimes jurídicos especiais, sendo as Medidas Provisórias 32 e 40 garantias do setor privado contra o setor público, enquanto credor, e as Medidas Provisórias 67, 75 e 83 garantias do setor privado contra o setor público, enquanto devedor (22).

mos de controle e estabilização, tem sido, apesar de tudo, o de maior eficácia. Entre os períodos de paz e de intranquilidade social oscila a credibilidade no direito, justamente porque nestes momentos aumentam ou diminuem as condições da segurança jurídica. A partir desta constatação, tem sido, apesar de tudo, o de maior eficácia. Entre os períodos de paz e de intranquilidade social oscila a credibilidade no direito, justamente porque nestes momentos aumentam ou diminuem as condições da segurança jurídica. A partir desta constatação, tem crescido ultimamente o entendimento de que o direito, na conturbada sociedade contemporânea, adquiriu a missão fundamental de funcionar como redutor de angústias e estabilizador de expectativas” (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 67, Ed. Saraiva, 1981, pp. 267/268).

(21) A Tabela 2 da Medida Provisória nº 67/89 é a seguinte:

Vencto.	Fator	Vencto.	Fator
Obrigação		Obrigação	
Até 15/01/89	1.1483	Em 24/01/89	1.0624
Em 16/01/89	1.1384	” 25/01/89	1.0532
” 17/01/89	1.1286	” 26/01/89	1.0442
” 18/01/89	1.1189	” 27/01/89	1.0352
” 19/01/89	1.1093	” 28/01/89	1.0263
” 20/01/89	1.0997	” 29/01/89	1.0174
” 21/01/89	1.0903	” 30/01/89	1.0087
” 22/01/89	1.0809	” 31/01/89	1.0000
” 23/01/89	1.0716		

(22) O artigo 1º da Medida Provisória nº 83 tem a seguinte dicção: “ Art. 1º. As obrigações que vencerem a partir da data da publicação desta medida provisória, decorrentes de contratos celebrados até 15 de janeiro de 1989, vinculados a variação da OTN fiscal, e não regidos pelo art. 1º da Lei nº 7.774, de 8 de junho de 1989, serão atualizados:

I. até 31 de janeiro de 1989, pela OTN fiscal de NCz\$ 6,92, multiplicada por 1.1483;

II. de 1º de fevereiro a 1º de julho de 1989, pela variação do Bônus do Tesouro Nacional – BTN;

III. a partir de 1º de julho de 1989, pela variação do BTN fiscal.

Parágrafo único. Se o contrato prever índice substitutivo à OTN fiscal, prevalecerá o convencionado”.

Em face do exposto, até o presente, já se pode verificar que, pertencendo à Siderbrás ao Poder Público, a quem o planejamento econômico obriga, a sua submissão ao princípio da indexação oficial é inquestionável, indiscutível, inafastável. A Siderbrás está obrigada a assumir os índices oficiais veiculados pelas referidas medidas, em face de serem, tais índices, produzidos pelo próprio detentor de seu controle, não lhe cabendo autonomia alguma para não os aceitar.

Não lhe cabe, no caso, a pretendida alegação de que o plano em si seria ilegal, posto que o único aspecto da ilegalidade das medidas anteriores, residiria em sua imposição ao setor privado. O plano anterior é intocável, no que concerne ao Poder Público, e a reposição da indexação pelas Medidas Provisórias, anteriormente mencionadas, não representa senão o reequilíbrio contratual, não afetando os princípios da patrimonialidade, da livre iniciativa, da livre concorrência e do planejamento econômico indicativo para o setor privado, esculpidos no texto supremo.

Entendo que mesmo que inexistissem as medidas provisórias mencionadas, poderiam os debenturistas exigir a exata correção monetária para o mês de janeiro. É que, pela teoria da imprevisão, os fatos, inevitáveis e imprevisíveis à época da subscrição e que teriam afetado o contrato em questão, gerariam, para tais acordos, a necessidade de reequilíbrio a ser imposto pelo Poder Judiciário, no exame dos pressupostos da pretensão jurisdicional⁽²³⁾.

Em outras palavras, se pretendesse o governo impor, ao setor privado, prejuízo, confiscando a indexação correspondente ao mês de janeiro e ferindo os 6 princípios atrás expostos, caberia à consulente o ingresso em juízo para obter a prestação jurisdicional, objetivando a

(23) Escrevi: "Ora, a teoria da imprevisão pressupõe que se um fato novo, imprevisível e inevitável venha a ocorrer, as condições contratuais não mais prevalecem e devem ser modificadas, isto porque seu cumprimento pode acarretar grave prejuízo aos direitos de uns e benefício indevido de outros.

Na maior parte das vezes, a teoria da imprevisão, se não aplicada, acarreta empobrecimento indevido, de um lado, e enriquecimento ilícito, de outro. Por esta razão, o Código Civil e a Constituição, ao garantirem, no concernente a propriedade, tenha o titular amplo direito, fizeram-no para assegurar também a institucionalização da teoria da imprevisão, impedindo que o enriquecimento ilícito – ou seja, os lucros excessivos e a falta de justa indenização – viesse a ser possível.

Como se percebe, na teoria da imprevisão entrelaçam-se os aspectos condicionantes (imprevisibilidade e inevitabilidade) com os aspectos materiais (garantia do direito de propriedade)" (*Advocacia Empresarial – Pareceres*, Ed. OAB/SP, 1988, pp. 60/61).

recuperação e o reequilíbrio do contrato (24).

É que o ato jurídico perfeito, representado pela adoção de índice corretivo anteriormente ao Plano Verão, não poderia ser atingido por medidas tendentes a confiscar valores dos debenturistas privados, em favor do Poder Público, beneficiário da norma e dela autor (25).

Por esta razão, houve por bem, o próprio controlador da Siderbrás, em corrigir a reticência aética do pretendido confisco, repondo a perda de valor da moeda no mês de janeiro e veiculando as Medidas Provisórias 67, 75 e 83 para que o setor privado não fosse atingido, de forma imoral e inconstitucional, em seus legítimos direitos e garantias maiores.

Como se percebe por qualquer ângulo que se examine a questão, juridicamente é insustentável a posição da Siderbrás no concernente ao não acatamento das disposições obrigatórias e constitucionais, constantes, tanto nas referidas medidas provisórias, como no texto da Carta Magna (26).

(24) "Enfim, parece certo afirmar que, a partir da decisão da 2ª Turma do STF, a 25/5/50, no RE 91.715, que consagrou a teoria emanada da Justiça do Trabalho, a jurisprudência brasileira se vem orientando no sentido do acórdão do TJSP (à p. 177 do seu volume 191). A teoria da revisão, aos poucos, vai sendo acolhida pela jurisprudência, porque em face da injustiça do convencionamento, do desequilíbrio evidente, da ruína talvez a alguma das partes, não é possível que o juiz cruze os braços.

O STF, em diversos acórdãos posteriores, tem reconhecido que "a cláusula *rebus sic stantibus* protege, em princípio, contrato de prestações sucessivas" (RE 62.933, Rev. Forense 229/52; RE 71.443; RT 473/233, RE 75.511, R. Lemi, 71/159)". "Embora as partes devam prever, ao contratar, os naturais acontecimentos no futuro, a modificação profunda das condições de trabalho justificam a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* no contrato de prestação de serviços" (TAGB, AP 19.359, R. Forense, 239/147).

"O direito brasileiro admite, em princípio, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*" (TJSP, Ap. 172/247, RT 404/145)".

(25) A respeito, reflete ainda Othon Sidou: (*Interpretação dos contratos de adesão*, Ed. da Fac. de Direito de Caruaru, PE, 1984, p. 40):

"Quando houver no contrato de adesão cláusulas obscuras, ambíguas ou contraditórias, adotar-se-á a interpretação mais favorável ao aderente" (Othon Sidou, *A Revisão Judicial dos Contratos e Outras Figuras Jurídicas*, Ed. Forense, 1978).

(26) Arnoldo Wald, em livro coordenado por Gilberto de Ulhôa Canto e por mim, intitulado: *A Correção Monetária no Direito Brasileiro* (Ed. Saraiva, 1983, p. 14), escreve: "A teoria da imprevisão admite a revisão do contrato ou a sua rescisão quando ocorre um fato imprevisto e imprevisível, de caráter anormal e extraordinário, que, sem culpa da parte, modifica as condições contratuais. A alteração deve ser de tal ordem que as partes, se dela tivessem ciência, não teriam realizado o negócio, em virtude da excessiva onerosidade que sobrecarrega um dos contratantes, implicando enriquecimento de natureza usuária para o outro.

Tal atitude reveste-se de tal gravidade, que todos os seus dirigentes poderão, inclusive, – se não alterarem-na, de imediato – responder, com seus bens pessoais, pelos prejuízos e danos que vierem a causar à consulente ou a outros debenturistas, por real desobediência civil⁽²⁷⁾.

É que o artigo 37 § 6 da Constituição Federal impõe a responsabilidade objetiva do Poder Público nos danos causados a terceiros, mas o obriga, em ação regressiva, a obter dos administradores, que o causaram, sua reparação com bens pessoais⁽²⁸⁾.

Em outras palavras, o ato de desobediência, dos administradores da Siderbrás, ao claro texto legal e os prejuízos que venham a causar aos debenturistas, sujeitá-los-ão, nas ações que certamente a consulente e os demais debenturistas promoverão contra a União, a arcar, por ação de regresso da União, com a indenização a ser paga ao setor privado.

Caberia, inclusive, no caso, paralelamente à ação ordinária de

Não tendo sido adotada pelo nosso direito anterior à codificação, nem mesmo pelo Código Civil-CC, a teoria da imprevisão se afirmou inicialmente nos estudos doutrinários feitos acerca de meio século, nos quais se destaca a excelente monografia de Arnaldo Medeiros da Fonseca. Coube, em seguida, à jurisprudência realizar o trabalho construtivo de, no clima econômico angustiado que atravessamos após a crise mundial de 1930, adotar os conceitos doutrinários, aplicando-os em diversas decisões que finalmente integraram a teoria da imprevisão no direito positivo pátrio, particularmente com referência ao contrato de empreitada.

Na realidade, a jurisprudência do STF se consolidou, atualmente, no sentido de admitir e consagrar a teoria da imprevisão, aplicando-a a diversas hipóteses, especialmente no campo dos contratos de empreitada”.

- (27) Hely Lopes Meirelles ensina: “A ação regressiva da administração contra o funcionário causador do dano está instituída pelo § único do artigo 107, da Constituição da República, como mandamento dirigido a todas as entidades públicas e, quanto aos servidores da União, a Lei Federal 4.619, de 28/4/1965, impõe o seu ajuizamento pelo Procurador da República, dentro de 60 dias da data em que transitar em julgado a condenação imposta à Fazenda (arts. 1º e 2º), sob pena de incidir em falta funcional (art. 3º)” (*Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, 13ª ed., p. 558).
- (28) O artigo 37 § 6º da atual ordem, que alarga a responsabilidade objetiva do administrador, está assim redigido: “§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”, hospedando o princípio do artigo 107 da E.C. nº 1/69: “Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.
§ único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

perdas e danos e de cobrança da referida diferença indexatória, o ingresso com ação popular, esta diretamente contra os administradores da Siderbrás, em face de exteriorizar, sua postura, inequívoca quebra da ordem legal e afetação da moralidade pública (29).

Está o artigo 5º inciso LXXIII da Constituição Federal assim redigido:

“LXXIII. qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (grifos meus),

cabendo lembrar que tal ação sequer gera a seu proponente – que poderá ser qualquer cidadão – em caso de insucesso, o ônus da sucumbência.

O certo é que tal atitude viola também o princípio do direito civil e geral da ordem jurídica de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, principalmente, quando de forma inconstitucional, o Poder Público cobrar correção monetária, se na posição de credor, e deixa de pagá-la, também de forma inconstitucional, se na posição de devedor(30).

Como ficou demonstrado, no curso do presente parecer, por ser obrigatório o planejamento econômico para o setor público e apenas indicativo para o setor privado, caberia – aí sim, de forma constitucional – não exigir correção monetária, quando credor, por ser obrigado a submeter-se às regras que geraram direito adquirido (Medida Provisória nº 40) e pagar, com correção monetária, sempre que devedor, por força das medidas provisórias atrás enunciadas.

(29) Gilberto Caldas esclarece: “*Nemo ex delicto suo lucretur*: Ninguém pode se beneficiar com o próprio delito que cometeu.

“A regra de que ninguém será ouvido quando alega sua própria torpeza – opõe-se a outra de que ninguém pode lucrar com seu delito *nemo ex delicto suo lucretur* (*Concubinato*, Edgar Moura Bittencourt, 1ª ed., p. 169).

(30) “*Nemo auditur turpitudinem propriam alegans* (“Ninguém deve ser ouvido sobre a própria torpeza”) (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 74, p. 51). É o que dispõe, de outro lado, o artigo 104 do Código Civil.

Respondo, pois, não ter qualquer sustentação jurídica a pretensão da Siderbrás em não aplicar o índice indicado pela Medida Provisória 83/89 para a correção do valor nominal das debêntures subscritas pelos bancos privados.

S.M.J.

São Paulo, 29 de setembro de 1989

INCONSTITUCIONALIDADE DO RECOLHIMENTO EM BTNF DO ICMS 92/89 – PARECER

CONSULTA

A consulente, por intermédio de seus eminentes advogados Geraldo P. Moura e Hécio Honda, pergunta-me se o recolhimento “beteenizado” do ICMS, introduzido pelo Convênio ICMS nº 92 de 22/09/89 e hospedado por decretos de diversas unidades da Federação, seria constitucional.

RESPOSTA

O Convênio ICMS nº 92/89 é manifestamente inconstitucional ⁽¹⁾.

Os secretários de Estado pretenderam extrair sua validade jurídica da Lei Complementar nº 24 de 1975 e do § 8º do artigo 34 das

(1) O Convênio 92 tem a seguinte dicção:

“CONVÊNIO ICMS Nº 92, de 22 de agosto de 1989.

Dispõe sobre a atualização monetária do ICMS devido.

O Ministro da Fazenda e os Secretários de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, na 57ª Reunião Ordinária do Conselho de Política Fazendária, realizada em Brasília, DF, no dia 22 de agosto de 1989, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolvem celebrar o seguinte:

CONVÊNIO

Cláusula Primeira – Acordam os Estados e o Distrito Federal em atualizar monetariamente o valor do ICMS devido, com base no índice de variação do Bônus do Tesouro Nacional – BTNF Fiscal instituído pela Lei Federal 7.799, de 10 de julho de 1989, a partir do décimo dia subsequente ao do encerramento do período de apuração ou da ocorrência do fato gerador.

§ 1º. Os prazos para pagamento de tributos, vigentes em cada unidade da Federação, passam a entender-se como de recolhimento sem penalidades.

§ 2º. O disposto no *caput* e no parágrafo anterior aplica-se também ao ICMS devido por substituição tributária.

Cláusula Segunda – Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional”.

Disposições Transitórias da Constituição Federal, fontes imprestáveis para as finalidades objetivadas, visto que, sobre terem versado matéria fora da autorização superior daqueles diplomas normativos, ofenderam o princípio de estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei formal, que plasmam a imposição fiscal no direito tributário pátrio (2).

De início, mister se faz lembrar que a Lei Complementar nº 24/75 tem espectro limitado. Sua fonte primeira é a Constituição de 1967, na versão da E.C. nº 1/69.

Com efeito, surgiu o referido diploma para regular o disposto no § 6º do artigo 23 da E.C. nº 1/69 assim redigido:

“ § 6º. *As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar*” (o grifo é meu) (3).

Vale dizer, a Lei Complementar nº 24/75 apenas poderia cuidar de isenções. E se justificava a exigência constitucional, por ser o

(2) Hamilton Dias de Souza sobre a Lei Complementar nº 24/75 escreve: “ Ainda no tocante ao ICM, estabelece o art. 23, § 6º, da Constituição Federal que “as isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar.

Consoante entendimento de parte dos doutrinadores, como Sacha Calmon Navarro Coelho, a norma citada é de eficácia limitada, no sentido de que tais isenções só poderiam ser concedidas após publicação de lei complementar prevista. De qualquer forma, como Luiz Mêlega, classificam-se como de eficácia contida, por ser imediatamente aplicável, embora admita que normação ulterior contenha sua eficácia, delimitando-a.

De qualquer forma, tendo sido editada a Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, a polémica perde importância. A dificuldade que remanesce é saber qual o real alcance do termo “isenção” utilizado pela Constituição, isto é, se apenas respeita ao instituto tradicionalmente desenvolvido pela ciência do direito tributário ou se abrange categorias afins” (*Curso de Direito Tributário*, Ed. CEEU, 1982, p. 36).

(3) Pontes de Miranda, ao falar sobre o § 6º do artigo 23, exige respeito *rigoroso* ao texto constitucional: “As operações relativas à circulação das mercadorias ou são feitas por produtores (e.g., eles vendem, ou trocam), ou por industriais (e.g., com a matéria-prima fizeram peças que vendem ou trocam), ou por simples comerciantes (adquiriram o produto bruto ou o bem industrializado e com ele negociam). Os § 4º, 5º, 6º, 7º e 8º referem-se a tal imposto e têm grande relevância, tanto mais quanto o *direito tributário há de respeitar, rigorosamente, os textos constitucionais*” (os grifos são meus) (*Comentários à Constituição de 1967*, vol. II, Ed. Forense, 1987, p. 504).

ICMS um imposto nacional da competência impositiva dos Estados. Isenções indiscriminadamente ofertadas poderiam afetar, pela teoria da não cumulatividade, as receitas de unidades federativas, em face de créditos e recolhimentos em uma delas acarretarem redução de recebimento em outra. A fim de evitar, nesta matéria nevrálgica, guerra entre os Estados, como à época do IVC, é que o constituinte de 1967 optou pela solução inteligente de exigir convênio entre os Estados (4).

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal consagrou a quádrupla distinção entre as formas desonerativas, qual seja: o nascimento da obrigação tributária e exclusão do crédito nas isenções; o não nascimento de ambos, por vedação constitucional, nas imunidades; o não nascimento de ambos, por decisão do poder tributante, nas não incidências; e o nascimento de ambos, reduzidos à sua expressão nenhuma, nas alíquotas zero. Embora o resultado final implique o não recolhimento do tributo, a natureza jurídica de cada uma das referidas formas é distinta. E, desta maneira, foi hospedada pelo Colendo Excelso (5).

(4) José Celso de Mello Filho ensina: "A questão que se coloca consiste em indagar da possibilidade de o convênio interestadual ser, ele próprio, o instrumento formal de concessão das isenções do ICM. Há 3 (três) orientações a respeito: a) o convênio é o instrumento adequado, necessário e suficiente à concessão de isenção do ICM, independentemente de aprovação legislativa ulterior (e o sistema que tem sido praticado pelos Estados-Membros, com a só exceção do Rio Grande do Sul); b) o convênio, para gerar os seus efeitos, dependerá de ratificação pelas Assembléias Legislativas estaduais (Diniz Ferreira da Cruz, lei complementar, cit., pp. 126/35; José Souto Maior Borges, lei complementar, cit., pp. 166/73; Geraldo Ataliba, convênios interestaduais e imposto sobre circulação de mercadorias, RT, 442:309-11); e c) o convênio não pode conceder a isenção, que é matéria submetida à reserva da lei. O convênio só pode estabelecer normas gerais que disciplinem a concessão, por lei, da isenção do ICM (Hugo de Brito Machado, curso, cit., p. 225)", (*Constituição Federal Anotada*, Ed. Saraiva, 1984, pp. 100/101).

(5) Tal posição doutrinária, que defendi em parecer para a Procuradoria do Estado de São Paulo, mereceu do Supremo Tribunal Federal, pelo voto de seu eminente relator, aceito por unanimidade, a seguinte manifestação: "Não pode, assim, o diferimento originar o pretensão direito ao crédito do ICM, porque isso equivaleria a identificá-lo como isenção, que não é.

Em suma, pela própria natureza do instituto em análise, o fornecedor da matéria-prima não recolhe o ICM, à saída desta; o adquirente, que pelo mesmo se faz responsável, também não o recolhe à entrada da mercadoria; somente o fará à saída do produto final: não me parece que se lhe deva reconhecer a possibilidade de um crédito por quantia que o Estado não recebeu.

Nessa conclusão, inexistente ofensa ao princípio da não cumulatividade, pois, não havendo recolhimento anterior não há acúmulo.

Ora, o § 6º da E.C. 1/69 apenas cuidou de uma das 4 formas de desoneração tributária, de maneira que todas as disposições, que ultrapassaram os singelos limites da regulação das isenções, passaram a ter normação contrária e ao arrepio da Constituição e, por esta razão, fora do campo de legalidade tributária.

A Lei Complementar nº 24/75 é, portanto, em parte constitucional e inconstitucional em parte ⁽⁶⁾.

O § 8º do artigo 34 das Disposições Transitórias, todavia, refere-se à lei complementar, como mecanismo para introduzir as inovações do ICMS, se lei complementar, que deveria ser produzida pelo Congresso Nacional, não surgisse no prazo de 60 dias, após a promulgação da Constituição ⁽⁷⁾.

Não há, contudo, como renovar esse debate, reiteradamente travado na Corte, hoje pacificado, na orientação indíscupante que se firmou. E isto convém às relações jurídicas, que requerem estabilidade. É verdade que alguns tribunais persistem, em alguns julgados, na linha diversa, tanto mais quanto a própria doutrina ainda não se acomodou.

Mas, vezes já tem levantado na diretriz adotada pela Corte. É exemplo disso, recente parecer do Prof. Ives Gandra da Silva Martins, que acolhendo como "correta, jurídica e constitucional" a interpretação desta Corte, analisa-lhe os pressupostos, rebatendo as objeções que contra ela se têm posto, em artigos e pareceres, para colocar nos devidos termos o alcance do princípio da não cumulatividade estabelecido na Constituição (Ministro Oscar Corrêa, RE 98.568-SP, D.O. 7/10/83, Ementário 1.311-4).

(6) *Seguem transcritas algumas ementas dos acórdãos do STF:*

"RE 83.693

EMENTA – ICM – Importação de bens aos quais o CPA fixou tarifa "zero" para efeitos do respectivo tributo.

Não equivale à mercadoria isenta ou "livre", segundo jurisprudência assente do STF. Recurso Extraordinário não conhecido" (Resenha Tributária ICM nº 12/77 – 4.2, p. 238);

"RE 77.952

EMENTA – Imposto de Importação. O fato de a mercadoria poder ser importada livre de direitos não a torna sujeita ao regime próprio daquela que goza de isenção, não estando, por isso, dispensada do pagamento do IPI" (Resenha Tributária IPI nº 10/78, 2.2, p. 171);

"RE 81.161

EMENTA – ICM – A alíquota zero não configura isenção que só pode decorrer de lei, ao passo que a mencionada alíquota resulta de ato do Conselho de Política Aduaneira. Inaplicabilidade do art. 1º, § 4º, IV do D.L. 406/68. Recurso conhecido e provido" (Resenha Tributária ICM nº 9/77, 4.2, p. 172).

(7) O § 8º do artigo 34 das Disposições Transitórias da Constituição Federal está assim exposto:

"§ 8º. Se, no prazo de 60 dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o artigo 155, I, b, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria" (o grifo é meu).

Mister se faz, de início, lembrar que o § 8º faz menção apenas à *instituição*. Não faz menção à *modificação* de lei complementar recepcionada e que continuou a regular o ICMS naquilo que esse imposto tem de comum com o antigo ICM.

O ICMS, como é do conhecimento geral, corresponde em sua quase totalidade, ao mesmo ICM da E. C. 1/69. Seus princípios, normas e institutos são idênticos, em mais de 90%, àqueles esculpidos na Constituição pretérita. E, pelo princípio da recepção, aquilo que na antiga Constituição não conflitasse com a nova, passou a ser pela nova recepcionada, sem traumas e necessidade de modificação⁽⁸⁾.

Por esta razão é que todos os impostos, cujo perfil foi mantido, mesmo com algumas modificações, pela nova Constituição, continuaram a ter seu núcleo normativo recepcionado, vigente, eficaz e não alterado pelo novo sistema tributário, como o IPI, o IOF, o IR etc.

Ora, o § 8º nitidamente declara:

“Se não for editada lei complementar necessária à *instituição* do imposto”

e não à *modificação* do imposto já instituído⁽⁹⁾.

(8) Manoel Gonçalves Ferreira Filho escreve: “No plano do direito constitucional, o fenômeno jurídico da recepção consiste na revitalização, por uma nova Constituição, do direito comum a ela anterior” (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 63, p. 333) e lembra Kelsen: “Isso se explica pela tese da recepção, que é relembra, a esse propósito, por Kelsen, no livro *Teoria generale del diritto e dello stato* (p. 119). O texto é extremamente claro e preciso: “Se as leis emanadas sob a velha Constituição continuam a ser válidas sob a nova, isso é possível somente porque lhes foi conferida validade expressa ou tacitamente pela nova Constituição, o fenômeno é um caso de recepção, similar à recepção do direito romano. O novo ordenamento recebe, i.e., adota certas normas do velho ordenamento. Isto significa que o novo ordenamento atribui validade, dá vigor a normas que têm o mesmo conteúdo das normas do velho ordenamento. A recepção é um procedimento abreviado de criação do direito. As leis que, segundo a linguagem corrente, inexata, continuam a ser válidas, são, de um ponto de vista jurídico, leis novas, cujo significado coincide com o das velhas. Essas não são idênticas às leis antigas, porque o seu fundamento de validade é diverso; o fundamento de sua validade reside na nova Constituição, não na velha, e entre as duas não existe continuidade, nem do ponto de vista de uma nem do ponto de vista de outra. Portanto não é apenas a Constituição, mas o ordenamento jurídico inteiro que muda com uma revolução” (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 63, 1981, pp. 334/335).

(9) Hans Kelsen ensina sobre o sistema de produção das normas que: “*L'analisi della coscienza giuridica positiva che rivela la funzione della norma fondamentale, pone in evidenza anche una particolare caratteristica del diritto, cioè che il diritto regola la sua propria produzione, in quanto una norma giuridica regola il procedimento con cui un'altra norma giuridica viene prodotta, e regola anche in grado diverso il contenuto della*

Este foi o motivo pelo qual os próprios autores do § 8º – e todos os juristas respeitáveis do país entenderam que a faculdade aberta aos secretários da Fazenda para produzirem “lei complementar” provisória restringiu-se à produção normativa necessária à instituição de inovações, como a que diz respeito às novas áreas de incidência (minerais, transportes e comunicações) e às pequenas alterações constantes do artigo 155. E a nada mais. Não poderiam nem modificar, nem alargar ou restringir, em nível de lei complementar, aquilo que já estava *instituído* no sistema, ou seja, tudo aquilo que foi recepcionado da velha pela nova ordem, pelo mais relevante princípio do direito constitucional, que é o da recepção⁽¹⁰⁾.

norma che deve essere prodotta. Data che per il carattere dinamico del diritto una norma vale perché e in quanto è stata prodotta in una forma determinata, determinata cioè da altra norma, quest'ultima rappresenta il fondamento di validità della prima. Il rapporto fra la norma che determina la produzione di altra norma e la norma prodotta nel modo esaminato può essere rappresentato con l'immagine spaziale dell'ordinamento superiore e inferiore. La norma che determina la produzione è la più alta e quella prodotta nella forma stabilita è la più bassa. L'ordinamento giuridico non è pertanto un sistema di norme giuridiche di equal gerarchia e che si trovino situate l'una vicino all'altra a un medesimo livello, ma è un ordinamento a gradi, composto di differenti strati di norme giuridiche. La sua unità è data dalla concatenazione risultante dal fatto che la produzione e quindi la validità dell'una risale all'altra la cui produzione è a sua volta determinata da un'altra, un regresso che sbocca infine nella norma fondamentale, nella regola ipotetica fondamentale e quindi nel fondamento supremo di validità che costituisce la base dell'unità di questa concatenazione produttiva” (“Lineamenti di dottrina pura del diritto”, Giulio Einaudi editore, 1952, pp. 104/105).

(10) José Serra, relator da Comissão de Tributos, escreve sobre a matéria que: “Causou alvoroço, embora tardio, o anúncio de que o Confaz – organismo que reúne os secretários da Fazenda estaduais – estava e está prestes a fixar possibilidade de tributar as exportações de um amplo conjunto de produtos semimanufaturados, hoje isentos de impostos à circulação de mercadorias. A intenção dos secretários seria estabelecer esse princípio e aplicar, caso a caso, uma determinada ali quota (taxa) do ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços). *Essa idéia, a meu ver, é equivocada, porque é inconstitucional e porque prejudicaria seriamente o volume de exportações do Brasil, o nível de produção e de emprego.*

É preciso esclarecer que a iniciativa dos secretários, ao contrário do que sugeriram alguns empresários (não todos, por sorte) mais afoados, não se deve às características do ICMS, que é um imposto novo, mas parecido com o atual ICM. De fato, equivale a um ICM “engordado” pelos impostos únicos (minerais, eletricidade e combustíveis) mais os impostos sobre comunicações e transportes (daí a introdução do termo “serviços”). Além disso, a ali quota interna superior do ICMS é mais ou menos livre para cada Estado, ao contrário da ali quota do ICM, que é fixa. *Por que a posição dos secretários é inconstitucional? A nova Constituição, nas suas Disposições Transitórias (§ 8º do art. 34) diz que, se em 60 dias não for editada a lei complementar necessária à instituição do ICMS, o Confaz fixará norma para regular provisoriamente a matéria. Isso foi necessário, e eu fui um dos responsáveis pelo parágrafo indicado, para que o novo sistema pudesse entrar logo em vigor. Mas a lei complementar em questão é a mencionada no inciso 12 do art. 155 das*

Mais do que isto, o § 8º do artigo 34 autorizou os senhores secretários da Fazenda a instituírem a parte nova do ICMS em um *único convênio* e não a serem acometidos de processo semelhante ao deflagrado por “vírus” ou “bactérias” que provocam disenteria ou desidratação humana. Isto é, a “disenteria” ou “desidratação legislativa”, após o Convênio 66/88 (há uma centena de convênios desde dezembro de 1988), não têm respaldo no § 8º do artigo 34, que fala apenas em “um” convênio e não em “centenas” deles. E se compreende a prudência do constituinte, visto que da mesma forma que há um único Código Tributário Nacional para regular todo o sistema tributário, em nível de lei complementar, não haveria necessidade da proliferação circunstancial, conveniente e conivente dos governantes regionais para a produção normativa, depois da instituição primeira ⁽¹¹⁾.

Em outras palavras, sobre só permitir, o § 8º do artigo 34, um convênio, tal convênio apenas poderia cuidar do vácuo legislativo, isto é, de matéria não regulada pelo direito anterior e introduzida pelo novo.

Por esta razão, o Convênio 66/88, em tudo o que representou

Disposições Permanentes e não a que é citada na letra “a” do inciso 10 do mesmo artigo, que trata das operações de exportação. Não há espaço aqui para demonstrar essa tese, mas os interessados poderão confirmá-la com facilidade mediante uma breve análise dos dispositivos citados” (os grifos são meus), (*Folha de São Paulo*, 13/12/1988).

- (11) É ainda José Serra que escreve sobre uma das inconstitucionalidades do Convênio 66/88: “Abstraído esse argumento, ou seja, mesmo que a posição dos secretários *não fosse inconstitucional, seria inconveniente a tributação dos semimanufaturados de exportação pelo ICMS*. Os Estados precisam de mais receita? É óbvio que sim, mas “não vale tudo” para atingir esse objetivo, especialmente quando a medida representaria o fim e, ao cabo, um tiro no próprio pé dos Estados, face ao prejuízo à produção e ao emprego, sem falar do balanço de pagamentos.

Alguns argumentam que seria bom tributar a fim de, em certas circunstâncias, reter um determinado produto para o mercado interno. Esquecem, no entanto, que para isso existe o imposto às exportações, bastante flexível, que cumpre exatamente a função conjuntural pretendida. Outros, por certo, vislumbram no Confaz uma oportunidade para coibir um suposto “modelo exportador”, que desgraçaria nossa economia. Nada mais errôneo. O coeficiente de exportações do Brasil (exportações como proporção do PIB) é baixíssimo: 9% em 1987/1988. De fato, nossa economia exporta pouco e é das mais fechadas do mundo. O problema é que também importa pouco (5% do PIB) e, por isso, estamos gerando “superávits” comerciais indesejavelmente gigantesco (17 bilhões de dólares em 1988). A solução não é exportar menos, mas importar algo mais, de forma ordenada e criteriosa. Esse é o caminho melhor, mais eficiente e seguro, para favorecer o desenvolvimento e tornar nossa economia menos vulnerável e dependente exatamente o contrário do que pensam os crentes no modelo exportador” (*Folha de S. Paulo*, 13/12/88).

alteração da lei complementar anterior, é inconstitucional, como são inconstitucionais todos os convênios posteriores que modificaram o direito pretérito recepcionado e a parte nova e constitucional do Convênio 66/88 ⁽¹²⁾.

Em face do exposto, até o presente, remanesce o problema do espectro de atuação da Lei Complementar nº 24. Pela nova Constituição tal espectro foi alargado. O § 6º do artigo 23 da E.C. nº 1/69 falava apenas em isenção. A letra “g” do artigo 155 inciso XII fala em isenções, incentivos e benefícios fiscais ⁽¹³⁾.

O texto vigente é, portanto, mais largo, embora sua atuação refira-se exclusivamente a qualquer forma de benefício fiscal. Não cuida de outra matéria, visto que, por “regulação conveniente”, nenhuma outra matéria poderia ser tratada, além da normação, à falta de lei complementar, da parte distendida do tributo.

Os convênios, portanto, na antiga e na nova Constituição podem apenas cuidar de benefícios fiscais, na ordem pretérita reduzidos a isenções e na atual a qualquer tipo de estímulo ⁽¹⁴⁾.

(12) O convênio é apenas constitucional na parte que instituiu o acréscimo do ICMS, isto é, as alterações ao sistema anterior, valendo apenas lembrar a lição de Yoshiaki Ichihara: “O ICM, agora ICMS, na nova Constituição apresentou substanciais alterações. Mesmo no que se refere à incidência sobre mercadorias, apresentou substanciais alterações, ressaltando-se que agora com a supressão dos impostos únicos, incide sobre minerais, lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos e energia elétrica, que agora passaram a ser consideradas como mercadorias para efeito de incidência deste imposto” (*Direito Tributário na nova Constituição*, Ed. Atlas, 1989, p. 138).

(13) O artigo 155, § 2º, inciso XII, letra “g” está assim disposto:
“XII. cabe à lei complementar.

...

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”.

(14) A Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo, vol. 118, pp. 168/170, examina questão, cuja ementa é a seguinte: “Imposto – Circulação de mercadorias – Exportação de café cru – Base de cálculo – Inclusão da quota de contribuição – Inadmissibilidade – Quota que constitui tributo federal – Inaplicabilidade do Convênio ICM nº 27, de 1987, por ferir a imunidade tributária recíproca – artigo 19, inc. III, “a”, da Constituição da República – Recurso não provido.

Apelação Cível nº 132.910-2 – Santos – Recorrente: Juízo Ex Officio – Apelante: Fazenda do Estado, Apelada: Marcelino Martins & Johnnton Exportadores S/A”, em que se lê o voto do eminente relator Desembargador Carlos Ortiz: “Por conseguinte, a sistemática utilizada em Convênio ICM anterior, excluindo a quota de contribuição da base de cálculo do ICM nas exportações de café, não concedeu benefício, similar à isenção parcial, que pudesse ser revogado pelo Convênio ICM nº 27, de 1987, que, *dessarte*, extrapou dos limites atribuídos aos convênios pela Lei Complementar nº 24, de 1975,

Elemento compositor de tais benefícios é a alíquota. O constituinte impôs que, para o ICM, cabe ao Senado a definição tanto das alíquotas interestaduais, como as de exportação, além do estabelecimento de alíquotas nas operações internas, neste caso, sendo-lhe facultado diferenciá-las em máximas e mínimas, objetivando evitar conflito de competência entre os Estados ⁽¹⁵⁾.

O interessante é que impõe uma barreira, o constituinte: a que as alíquotas previstas para as operações interestaduais devam servir de limite para a alíquota mínima, salvo determinação em contrário dos Estados.

Em outras palavras, o inciso VI do artigo 153 § 2º reitera o caráter apenas de estímulo permitido aos Estados pela letra “g” do inciso XII do artigo 153 § 2º. Vale dizer, fora do campo específico dos incentivos fiscais, o convênio não é elemento hábil para regular matéria pertinente à lei complementar ou para alterar a sistemática do ICMS. *Por esta razão, é que o inciso VI admite redução de alíquota abaixo das interestaduais, a título de estímulo acordado*

em elevando, abusivamente, com violação aos preceitos constitucionais e legais acima assinalados, a base impositiva do ICM.

Era o que se poderia aduzir aos motivos da sentença, ainda que os mesmos fossem bastantes para a sua manutenção.

O julgamento teve a participação dos Srs. Desembargadores Canguçu de Almeida e Torres de Carvalho, com votos vencedores.

S. Paulo, 11 de outubro de 1988”.

Na referida decisão, o TJSP fulmina convênio em que seus autores superaram as forças outorgadas pela Constituição (os grifos são meus).

- (15) O artigo 155 § 2º, incisos IV, V e VI da Constituição Federal tem a seguinte dicção:
“ § 2º. O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte:

...

IV. resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

V. é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

VI. salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inc. XII, g, as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais”.

entre os diversos entes tributantes ⁽¹⁶⁾.

Em face de tal linha de raciocínio, apenas poderia ser recepcionada, da Lei Complementar nº 24/75, a parte que diz respeito aos incentivos.

Não pretendo entrar na discussão, porque irrelevante para o presente parecer, se poderia ou não uma lei inconstitucional (a E.C. 1/69 falava apenas em isenção) ser recepcionada pela nova ordem, por deixar de ser inconstitucional. Se inconstitucional fosse, como entendo que era no concernente aos estímulos além da isenção, não teria respaldo na velha ordem e estaria fora do universo jurídico, com o que não seria recepcionada pela nova ordem. Em posição contrária, reside a tese de que, à falta de sua declaração de inconstitucionalidade, remanesceria sua eficácia e vigência, com o que seria recepcionada ⁽¹⁷⁾.

Admitindo – apenas para efeitos de argumentação e sem que represente tal postura meu posicionamento pessoal – que a parte alargada de regulação dos incentivos fosse recepcionada, à evidência, apenas esta parte estaria em consonância com o novo texto, não justificando, a Lei Complementar 24/75, qualquer outra forma de regulação que não aquela para introduzir benefícios, com o que justificada estaria a redução de alíquota a que se refere o inciso VI retrocitado ⁽¹⁸⁾.

(16) Wolgran Junqueira ensina: “Como o Imposto sobre Circulação de Mercadorias é seletivo em função de sua essencialidade, podem os Estados-membros e o Distrito Federal isentar certos produtos do imposto, enquanto outros Estados não o fizerem. Mas pode acontecer com mercadorias que tenham circulação interestadual. Incentivos poderão ser dados por uns Estados-membros, assim como, benefícios fiscais. Caberá à lei complementar, especificada neste parágrafo regular a concessão e a revogação das isenções e dos benefícios fiscais” (*Comentários à Constituição de 1988*, Julex Livros, vol. 2, 1989, p. 898).

(17) José Carlos Moreira Alves, na palestra inaugural do XIV Simpósio Nacional de Direito Tributário, lembrou o direito alemão, que permite que uma lei inconstitucional passada, mas cuja inconstitucionalidade não foi declarada, seja reconhecida pela nova ordem, se a nova admitir sua constitucionalidade. No direito alemão, entretanto, tal colocação é expressamente admitida, em face de a Corte Constitucional não poder se manifestar sobre constitucionalidade de princípios da ordem anterior. O S. T. F., em minha opinião, parece ter adotado postura semelhante quando determinou o arquivamento de todas as arguições de inconstitucionalidade apresentadas, quando da Constituição pretérita.

(18) Alcides Jorge Costa relembra: “Há muita coisa, ainda, a dizer a respeito do ICM, mas como o tempo já está se esgotando, só quero mencionar os convênios. A Constituição agora diz que a lei complementar deve regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e

À evidência, à luz do atrás exposto, não há como cuidarem, os convênios, da correção monetária, que não é estímulo, nem benefício, única hipótese possível para a atuação dos convênios.

Com efeito, os convênios não podem cuidar de matéria que não aquela exposta na letra “g” do artigo 155 inciso XII § 2º.

O Convênio ICMS nº 92 de 22/08/89 é, portanto, de notória inconstitucionalidade. Tal tipo de convênio não foi autorizado pelo § 8º do artigo 34, nem, por outro lado, poderia suprimir um dos mais relevantes princípios do direito tributário, que é aquele da estrita legalidade⁽¹⁹⁾.

Se o § 8º do artigo 34 das Disposições Transitórias apenas autorizava um convênio para regular o “vácuo legislativo” (instituição das novas facetas constitucionais do ICMS), se a letra “g” do § 2º inciso XII do artigo 155 não permite que, por convênio, se trate de outra matéria que não estímulos ou benefícios fiscais, à nitidez, o acréscimo da carga tributária, imposta pelo novo acordo entre os Estados, é inconstitucional, em face da utilização de veículo imprestável para tal finalidade.

Em outras palavras, estabelecendo a Constituição Federal em seu artigo 150 inciso I, que apenas a lei pode impor exigência ou aumento do tributo (alguns autores nem admitem tal imposição por medida provisória), não é de se aceitar que se possa introduzir uma imposição que eleve consideravelmente a obrigação tributária por singelo decreto do Poder Executivo, decorrente de um convênio sem

revogados (art. 155, XII, g). *É claro que vai ser impossível excluir as Assembleias Legislativas desse processo*” (os grifos são meus), (*A Constituição Brasileira 1988 – Interpretações*, Forense Universitária, 1988, p. 330).

(19) Todos os autores do *Caderno de Pesquisas Tributárias nº 6* (Ed. CEEU/Resenha Tributária, 1981), dedicado ao tema “Princípio da Legalidade”, a saber: Aires Fernandino Barreto, Anna Emilia Cordelli Alves, Antonio José da Costa, Aurélio Pitanga Seixas Filho, Carlos Celso Orcesi da Costa, Cecília Maria Piedra Marcondes, Cêlio de Freitas Batalha, Dejalma de Campos, Dirceu Antonio Pastorello, Edda Gonçalves Maffei, Fábio de Sousa Coutinho, Gilberto de Uihôa Canto, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José Eduardo Soares de Melo, Ricardo Mariz de Oliveira, Vitorio Cassone, Wagner Balera, Ylves José de Miranda Guimarães, Yonne Dolácio de Oliveira e Yoshiaki Ichihara consideraram ser a estrita legalidade a espinha dorsal do sistema tributário nacional.

forças constitucionais para autorizá-lo (20).

À falta de lei, todos os aumentos da carga nominal do ICMS praticados pelos Estados e lastreados no inconstitucional Convênio 92/89, são de notória, inequívoca e insanável inconstitucionalidade (21).

(20) No *Curso de Direito Tributário* que coordenei, editado pela Saraiva em 1982, lembrei tal princípio, explicando o seguinte: "Entendemos nós, portanto, que a reserva absoluta de lei é a única aplicável ao direito tributário, devendo o texto legal conter todas as hipóteses e os tipos necessários à sua aplicação, sem nenhuma margem de discricionariedade outorgada a seus aplicadores.

Já sobre esta matéria escrevemos, dizendo o seguinte: "Com efeito, sem direito tributário, só é possível estudar o princípio da legalidade através da compreensão de que a reserva da lei formal é insuficiente para a sua caracterização. O princípio da reserva da lei formal permitiria uma certa discricionariedade, impossível de admitir-se, seja no direito penal, seja no direito tributário.

Como bem acentua Sainz de Bujanda (*Hacienda y Derecho*, Madrid, 1963, vol. 3, p. 166), a reserva da lei no direito tributário não pode ser apenas formal, mas deve ser absoluta, devendo a lei conter não só o fundamento, as bases do comportamento da administração, mas – e principalmente – o próprio critério da decisão no caso concreto.

À exigência da *lex scripta*, peculiar à reserva formal da lei, acresce-se o da *lex stricta*, próprio da reserva absoluta. É Alberto Xavier quem esclarece a proibição da discricionariedade e da analogia, ao dizer (ob. cit., p. 39): "E daí que as normas que instituem sejam verdadeiras normas de decisão material (*Sachentscheidungsnormen*), na terminologia de Werner Flume, porque, ao contrário do que sucede nas normas de ação (*Handlungsnormen*), não se limitam a autorizar o órgão de aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, predeterminando o conteúdo do seu comportamento".

Yonne Dolácio de Oliveira, em obra por nós coordenada ("Legislação tributária, tipo legal tributário", in *Comentários ao CTN*, Bushatsky, 1974, v. 2, p. 138), alude ao princípio da estrita legalidade para albergar a reserva absoluta da lei, no que encontra respaldo nas obras de Hamilton Dias de Souza (*Direito Tributário*, Bushatsky, 1973, v. 2) e Gerd W. Rothmann ("O princípio da legalidade tributária", in *Direito Tributário*, 5ª coletânea, coordenada por Rui Barbosa Nogueira, Bushatsky, 1973, p. 154). O certo é que o princípio da legalidade, através da reserva absoluta de lei, em direito tributário permite a segurança jurídica necessária, sempre que seu corolário conseqüente seja o princípio da tipicidade, que determina a fixação da medida da obrigação tributária e os fatores dessa medida, a saber, a quantificação exata da alíquota, da base de cálculo ou da penalidade.

É evidente, para concluir, que a decorrência lógica da aplicação do princípio da tipicidade é que, pelo princípio da seleção, a norma tributária elege o tipo de tributo ou da penalidade; pelo princípio do *numerus clausus* veda a utilização da analogia; pelo princípio do exclusivismo torna aquela situação fática distinta de qualquer outra, por mais próxima que seja; e finalmente, pelo princípio da determinação conceitual de forma precisa e objetiva o fato impositivo, com proibição absoluta as normas elásticas" (*Resenha Tributária*, 154:779-82, secção 2.1, 1980)" (pp. 57/58).

(21) Sem tirar força ao argumento da necessidade de lei, a equipe da Price Waterhouse comenta a letra "g" do § 2º do artigo 155 da forma seguinte: "De acordo com a Constituição de 1988, não só as isenções, mas também os incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal.

Acresce-se que o aumento autorizado pelo referido convênio, se constitucional fosse – e estou demonstrando à saciedade que não o é – não poderia sequer ter sustentação jurídica no § 6º do artigo 34 das Disposições Transitórias, assim redigido:

“§ 6º. Até 31 de dezembro de 1989, o disposto no art. 150, III, b, não se aplica aos impostos de que tratam os arts. 155, I, “a” e “b”, e 156, II e III, que podem ser cobrados 30 dias após a publicação da lei que os tenha instituído ou aumentado”.

Como se percebe pela leitura do § 6º, faz menção, o constituinte, a *uma lei* e não à proliferação de leis, no mesmo exercício.

O dispositivo tinha sua razão de ser. O constituinte decidiu ofertar 5 meses para que o novo sistema tributário fosse conformado. Tal período de carência para a implantação definitiva de boa parte dos dispositivos, encerrou-se em 1º de março de 1989, ou seja, dentro de um exercício em andamento (22).

Se não houvesse o afastamento – apenas para a implementação do novo sistema – da garantia do princípio da anterioridade, à evidência, não se teria como complementá-lo no dia 1º de março por inteiro (23).

A Constituição de 1967 só fazia menção às isenções. Além disso, estabelecia que a concessão ou revogação destas seriam firmadas por convênios, de acordo com o disposto pela lei complementar. A nova Carta, por sua vez, usa genericamente o termo “deliberação” em substituição ao convênio” (*A Constituição do Brasil 1988*, Ed. própria, 1989, p. 677).

(22) O *caput* do art. 34 das Disposições Transitórias da Constituição Federal esta assim redigido:

“Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores”.

(23) Escrevi: “À irretroavidade se acrescenta o princípio da anterioridade, que proíbe que o imposto seja cobrado no mesmo exercício em que foi instituído. Sem a irretroatividade, a anterioridade seria inútil, posto que uma lei criada em 31 de dezembro poderia ser aplicável em 1º de janeiro, isto é, 24 horas depois, sem falar na utilização de expediente, já com foros de tradição em nosso país, de se produzir uma lei em pleno mês de janeiro, publicando-a no dia 31 de dezembro, com o curioso recurso de se atrasar a veiculação do Diário Oficial.

Parece-me, pois, que o princípio da anterioridade unido ao da irretroatividade garante os contribuintes, em relação aos impostos sobre o patrimônio e a renda, não os excepcio-

Por esta razão é que ofertou o constituinte a oportunidade de, por uma única lei, serem instituídos os impostos ainda não existentes no sistema e serem majorados os já existentes à luz do novo perfil, posto que alguns tributos, recepcionados da pretérita ordem, sem perda de sua natureza jurídica, sofreram transformações, como, por exemplo, o IR⁽²⁴⁾.

O direito de se instituir os novos – ou de majorar os antigos em novo perfil – a partir de 1º de março, todavia, esgotou-se na primeira lei de instituição e majoração, voltando o princípio da anterioridade a guarnecer os poucos direitos dos contribuintes assegurados pela Constituição.

Em face desta linha de raciocínio, o afastamento de uma garantia de tal relevância, qual seja, a do princípio da anterioridade, de um lado, nem afetaria o contribuinte no concernente à instituição dos direitos de imposição outorgados ao Fisco, nem os poderes tributantes em seu direito de exigí-los. Tal afastamento poderia ser produzido, entretanto, por uma única lei, seja lei de instituição, seja de majoração.

Instituído e majorado, durante 1989, não mais se justificaria o desguarnecimento do contribuinte, posto que uma vez implantado, o

nando. Tal garantia parece mais eficiente do que o ofertado pelo texto constitucional anterior, veiculado no art. 153, § 29, assim redigido: "Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o Imposto sobre Produtos Industrializados e outros especialmente indicados e lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição. Garante, todavia, muito menos que o capítulo correspondente do anteprojeto da subcomissão.

A própria Súmula 584 perde sentido à luz do novo texto constitucional, pois sua utilização implica retroatividade da lei tributária par atingir fatos geradores passados" (*Sistema Tributário na Constituição de 1988*, Ed. Saraiva, 1989, pp. 138/139).

(24) O artigo 21 inciso IV da E.C. nº 1/69 tinha o seguinte discurso:

"Art. 21. Compete a União instituir imposto sobre:

...

IV. renda e proventos de qualquer natureza, salvo ajuda de custo e diárias pagas pelos cofres públicos na forma da lei";

e o inciso III do artigo 153 da atual, o que se segue:

"Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

III. renda e proventos de qualquer natureza".

Como se percebe, o denominado "princípio das mordomias oficiais", que instituiu imunidade a favor dos beneficiários de pagamentos dos cofres públicos, foi retirado do novo texto.

sistema deveria continuar ofertando direitos e garantias aos poderes tributantes e aos contribuintes, em sua plenitude ⁽²⁵⁾.

E o prazo distendido até 31/12/89 objetivou tornar facultativo, ao poder tributante, a implementação do novo sistema já em 1º de março, ou mais tarde, como, de resto, aconteceu com o Estado de São Paulo, que só lhe deu eficácia em 1º de abril, em que pese estar eivado de maculações à lei suprema.

Colocadas tais premissas, há de se compreender que, após o Convênio 66/89, na parte constitucional que possui, nenhum novo convênio implantador seria admitido e, após a implantação do novo sistema, nenhuma nova majoração seria admitida ou alteração de tributo já instituído ⁽²⁶⁾.

O Convênio 92/89, entre outros males, sofre também deste pecado capital à luz dos princípios gerais do direito tributário, plasmados na lei maior.

E aqui ingresso a fazer duas considerações finais, que me parecem de extrema relevância para demonstrar a inconstitucionalidade da pretendida “beteenização” fiscal das obrigações tributárias.

Como é do conhecimento geral, a alíquota e a base de cálculo são duas facetas próprias e indissolúveis da esmagadora maioria dos tributos brasileiros ⁽²⁷⁾.

A base de cálculo é a medida da dimensão contributiva de uma determinada situação, pessoa ou relação que integra o universo imponível. Sobre ela estabelece, o legislador, a parcela que o poder impositor pretende retirar do contribuinte, como lhe pertencendo. Tal elevação ou quantificação de um percentual sobre a realidade imponível recebe o nome de alíquota, que, isoladamente, – exceção feita aos contestados e mal denominados impostos de alíquota fixa –

(25) Walter Ceneviva sobre a relevância dos direitos e garantias individuais do cidadão lembra que: “Princípios relacionados com os direitos e garantias fundamentais da pessoa repercutem no sistema tributário, assim devendo ser considerados, mesmo havendo norma fiscal constitucional expressa (art. 150)” (*Direito Constitucional Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1989, p. 239).

(26) Alongo-me mais sobre o assunto na 2ª edição do *O Sistema Tributário na Constituição de 1988*, já no prelo.

(27) Aires Fernandino Barreto em seu livro *Alíquota, Base de Cálculo*, editado pela Revista dos Tribunais, adota idêntica postura doutrinária no concernente a indissolubilidade dos dois elementos do fenômeno impositivo.

nada representa sem a base de cálculo. Base de cálculo e alíquota, portanto, são facetas do mesmo universo, indissociavelmente ligados pela relevância do fenômeno impositivo (28).

Tal relevância foi percebida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, ao entender improcedente o pretendido direito de os Estados diferenciarem as alíquotas, à luz da condição do adquirente e não na natureza da operação. Na ocasião, alteraram os Estados a base de cálculo, mantendo as alíquotas, o que levou a Corte Excelsa a consagrar a tese de que a adoção de alíquotas diferentes com a mesma base de cálculo ou de alíquotas iguais com base de cálculo diferentes, afetava a igualdade exposta pela Constituição, aplicando a mesma orientação, contrária aos Estados, para uma e outra hipótese. Não há possibilidade de se dissociar a base de cálculo da alíquota, razão pela qual são irmãs siamesas do fenômeno tributário (29).

(28) Paulo de Barros Carvalho ensina: "No direito tributário brasileiro, a alíquota é matéria submetida ao regime da reserva legal, integrando a estrutura da regra-modelo de incidência. Congregada à base de cálculo, dá a compostura numérica da dívida, produzindo o valor que pode ser exigido pelo sujeito ativo, em cumprimento da obrigação que nasceu pelo acontecimento do fato típico. E por manter elo tão íntimo com a base de cálculo, sua presença no contexto normativo é obrigatória, visto que a grandeza mensuradora do critério material da hipótese é exigência constitucional inarredável, consoante se vê do art. 18, § 2º e 5º, e do art. 21, § 1º" (*Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, 1985, p. 209).

(29) Ministro Cordeiro Guerra: "Alem disso, a limitação do conceito de operações interestaduais é restrição à própria cláusula constitucional, pois a expressão tem o evidente sentido de abranger todas as operações que destinem mercadorias a outro Estado (Relatório citado, publ. nº 17, FGV, p. 49). A Constituição manda atender ao destino das mercadorias, não aos seus destinatários. A esse propósito Monteiro de Barros acentua: "O ICM, a prevalecer esse tratamento discriminatório, estaria desvirtuado em sua natureza de tributo uniforme, transformando-se em imposto seletivo em função do destinatário (contribuinte ou não) da mercadoria e também em razão da utilização econômica da mercadoria (revenda ou consumo próprio)"

"Ora, a alteração desses critérios de atuação do imposto importa em sua desqualificação em tributo diverso daquele previsto na Constituição (ob. cit. p. 362).

"Esse raciocínio informou o parecer do então Procurador-Geral da República Moreira Alves na Representação nº 37/GO, que foi acolhida pelo Plenário, RTJ 75/37 a 41, sendo relator o Sr. Min. Xavier de Albuquerque.

No mesmo sentido inúmeros julgados que se consubstanciavam na Súmula 569: "É inconstitucional a discriminação de alíquotas do ICM nas operações interestaduais em razão de o destinatário ser, ou não, contribuinte".

"De fato, a alíquota, por força da Constituição, é uniforme para todas as mercadorias nas operações internas ou interestaduais.

Obviamente, não deixa de ser interestadual uma operação que abrange dois Estados em razão da condição do destinatário ou do destino a ser dado por este à mercadoria" (pp. 9/10 do acórdão). (*Advocacia Empresarial*, Ed. OAB, 1988, pp. 164/5).

Ora, no caso da consulente a base de cálculo sobre a qual incide o tributo é aquela que serve de suporte para a operação. Como o ICMS é calculado, na linguagem dos economistas, “por dentro”, a base de cálculo da operação é seu valor e mais o próprio ICMS, com o que a alíquota incide sobre o valor da operação e sobre o próprio ICMS, que compõe a base de cálculo do tributo ⁽³⁰⁾.

Ora, nas operações a prazo, o valor da operação já é calculado com a projeção da inflação do período, com o que em tais ajustes mercantis incidíveis pelo ICMS, este já goza da correção correspondente ao prognóstico inflacionário contido no preço. Na maior parte das vezes, em que o contribuinte recebe o valor da sua mercadoria, recebe-o com a inflação embutida, sendo o ICMS também inflacionado por conta da respectiva projeção ⁽³¹⁾.

(30) Escrevi: “De há muito se discute a questão referente à alíquota aplicável às operações interestaduais, visto que têm insistido os Estados em instituir alíquotas diferenciadas, em face da destinação do produto, quando se ultrapasse as barreiras estaduais, e tem o Supremo Tribunal Federal mantido a orientação de que não podem ser diferentes, em função da condição do destinatário, mas devem ser uniformes em função de seu deslocamento interestadual.

Rezando a Constituição Federal, na redação da E.C. nº 1/69, que as alíquotas devem ser uniformes nas operações estaduais e interestaduais, à evidência, exige a uniformidade em face da natureza da operação (interestadual) e não da condição do destinatário (consumidor ou contribuinte), no que o Supremo Tribunal não tem transigido.

Com efeito, sempre que instado a manifestar-se, seja à luz das alíquotas diferenciadas, seja à luz da mudança da base de cálculo, seja à luz da última resolução senatorial, manteve o Supremo Tribunal Federal o entendimento de que não podem ser diversas as alíquotas em função da condição do destinatário. Fulminou, portanto, as pretensões dos Estados, não obstante suas inúmeras tentativas de contornar a jurisprudência firmada, por um inconformismo surpreendente, nestes 20 anos de pacífica orientação pretoriana superior” (*Advocacia Empresarial*, ob. cit. pp. 153/4).

(31) Arnoldo Wald ensina: “O mesmo se poderia dizer do Brasil dos anos 1900 também caracterizado pela estabilidade, no qual as coisas aconteciam sempre do mesmo modo, tudo era previsível, e, decorridos longos anos, os filhos podiam repetir o que tinham feito os seus pais.

Hoje as elucubrações as mais pessimistas sobre o futuro foram ultrapassadas pela realidade. Nem Huxley, no seu *Admirável Mundo Novo*, nem Orwell, no seu “1984”, pensaram num mundo tão conturbado quanto o que hoje conhecemos.

No centro dessas perturbações está o fenômeno monetário, que deixou de constituir a preocupação de alguns homens de Estado e de outros tantos pesquisadores no campo da economia para transformar-se na preocupação diária do homem de negócios e até do homem da rua. De fato, atualmente, as estatísticas referentes ao custo de vida são, com ou sem justo motivo, consideradas como constituindo um verdadeiro termômetro da boa ou má administração do país e as oscilações do câmbio do dólar, que estão ocorrendo no exterior, atingem as próprias bases da política brasileira de exportação e, conseqüentemente, o próprio equilíbrio da nossa balança de pagamentos.

Se o problema básico da economia brasileira consiste na inflação, a preocupação dos nos-

Ora, no momento em que se reduz o prazo de recolhimento e se “beteeniza” o tributo, o contribuinte passa a ter um acréscimo de tributação pela dupla projeção da inflação, a saber: aquela contida no preço e aquela sobre este, representada pela indexação do imposto. Como, na maior parte das vezes, receberá o imposto após o recolhimento pretendido, estará pagando alíquota alargada sobre reduzida base de cálculo e correspondente à alíquota não “beteenizada”, acrescida da correção sobre a correção embutida.

Desta forma, o aumento da imposição é inequívoco, como inequívoca é a duplicação da inflação indexada. Ora, tal aumento produzido, sem lei autorizadora, por força de convênio inconstitucional, com correção duplicada para compensar a inflação, constitui flagrante violação às normas constitucionais (32).

Tal alíquota elevada, por força do acréscimo das BTN's, sobre base de cálculo estável, não poderia ser determinado pelos convênios – se constitucionais fossem, que não são – pois é matéria que pertence exclusivamente ao Senado Federal, conforme preceituam os incisos IV, V e VI do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, já atrás transcritos.

Mais do que isto, os convênios só poderiam cuidar de redução de alíquotas ou revogação de tais reduções, mas nunca dos respectivos aumentos, por tais forças não serem encontradas na letra “g” do inciso XII do artigo 155 da C.F. (33).

Como se percebe, por qualquer ângulo que se examine a

...
sos juristas tem-se concentrado, nos últimos quinze anos, no estudo do que se denominou a correção monetária. Numa fase em que a moeda perde substância, em ritmo acelerado, advogados e juizes colaboram com o legislador para garantir a possibilidade de realizar negócios a longo prazo, mediante a revalorização dos créditos” (*A correção monetária no direito brasileiro*, Ed. Saraiva, 1983, pp. 9/10).

(32) O artigo 150 inciso I da Constituição Federal tem a seguinte dicção:
“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I. exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

(33) Yoshiaki Ichihara escreve: “O aspecto valorativo é composto de base de cálculo e alíquota. A base de cálculo, como regra, é o valor da operação ou da prestação de serviços. O legislador poderá estabelecer a base de cálculo, como faz e fazia a legislação complementar (Decretos-leis nºs 406/68 e 834/69), *todavia não poderá fugir totalmente do valor econômico envolvido na operação ou na prestação*” (o grifo é meu), (*Direito Tributário na nova Constituição*, ob. cit. p. 141).

questão, não há como se admitir possível a antecipação do ICMS, em economia de alta inflação, com acréscimo acentuado do imposto devido, que torna a alíquota real maior do que aquela nominal, com clara invasão dos Estados na competência exclusiva do Senado Federal em estabelecer as alíquotas cabíveis em quaisquer operações.

É, portanto, de notória inconstitucionalidade do recolhimento "beteenizado" pretendido pelo Estado de São Paulo e por outros Estados, à luz do Convênio nº 92/89, também padecendo este, da mesma moléstia mortal de inconstitucionalidade (34).

De que forma poderá a consulente sustar tal exigência?

De início, cabe o remédio heróico do mandado de segurança contra a autoridade coatora, no caso, aquela que tem a competência para exigir o cumprimento da ilegal medida. Em São Paulo seria o delegado regional tributário a quem incumbe a fiscalização na cidade em que está situado o estabelecimento da consulente.

À evidência, o pedido de medida liminar se justifica em face da proximidade do prazo para recolhimento (35).

Alternativa semelhante, em postulação de espectro mais abrangente, é a ação declaratória precedida de medida cautelar ou com cautelar incidente, após a propositura da ação principal, em ambos os

(34) Carlos Maximiliano preleciona: "*A Constituição é a lei suprema do país, contra a sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças federais, nem tratados, ou quaisquer outros atos diplomáticos*" (grifos meus), (*Hermenêutica e aplicação do Direito*, Ed. Forense, 1979, p. 314).

(35) Hely Lopes Meirelles ensina: "A medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança, quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, II). Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final; é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral, se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa em prejulgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, suspendendo provisoriamente os efeitos do ato impugnado. *A liminar não é uma liberalidade da Justiça*; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem os seus pressupostos, como também não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade" (o grifo é meu) (*Mandado de Segurança, ação popular e ação civil pública*, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 47).

casos, com pedido de medida liminar para sustar a coação durante a tramitação processual. À vantagem do maior campo de abrangência, segue a desvantagem de uma tramitação mais lenta. Em compensação, a Fazenda, se condenada, o que me parece ser o resultado provável de tal ação, pagará honorários de sucumbência, inexistentes no mandado de segurança ⁽³⁶⁾.

Caberia ainda o mandado de segurança coletivo por entidade de classe, agora que a doutrina parece orientar-se no sentido de que sua área de incidência é bem maior do que se pretendia possível. Tal medida tem que ser tomada por entidade de classe a que estaria a consulente filiada ⁽³⁷⁾.

Por fim, a ação de declaração de inconstitucionalidade parece-me adequada, mesmo que se tenha, em uma única ação, que citar todos os Estados que decidiram “beteenizar” o imposto devido, por força do Convênio 92/89. A vantagem seria o exame rápido, em uma única e definitiva instância. Haveria necessidade de ser proposta por entidade de classe de âmbito nacional e de preferência sindical. É que ainda não se posicionou o S. T. F. se as associações de classe nacionais, sem fins lucrativos, poderiam ser autoras de tais ações ⁽³⁸⁾.

(36) Alfredo Buzaid esclarece: “Parece-nos que a natureza da ação declaratória é a de um direito abstrato de agir, porque ela prescinde, para sua existência, de qualquer consideração do direito material. Funda-se no interesse e é quanto basta para legitimar-lhe a propositura. Subsiste independentemente do direito material que o autor tenha contra o réu. Sua finalidade é alcançar uma sentença de mérito, terminativa do processo, que firme um estado de certeza objetiva em torno de uma relação jurídica. Esta segurança é, por si só, um bem digno de tutela. São condições da ação: a) possibilidade jurídica; b) interesse processual; c) legitimidade de parte” (*Ação declaratória no direito brasileiro*, Ed. Saraiva, 1986, pp. 125/6).

(37) O inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal tem o seguinte discurso: “LXX. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

(38) O artigo 103 da Constituição Federal está assim versado: “Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

.....

IX. Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

Por qualquer das formas acima, deve a consulente pleitear a prestação jurisdicional para pôr termo à exigência, que nitidamente violenta a ordem constitucional e os mais elementares princípios do Direito Tributário.

S.M.J.

São Paulo, 26 de outubro de 1989.

**O DIREITO ADQUIRIDO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988
– A INDEXAÇÃO REAL PARA AS DIVERSAS
MODALIDADES CONTRATUAIS – PARECER**

CONSULTA

As consulentes, por intermédio de seus eminentes advogados, Roberto Portella e Nelson Pasini, fazem-me a seguinte consulta:

“I. OS FATOS

- 1) – Em 2 de setembro de 1988, a Siderurgia Brasileira S/A – SIDERBRÁS (adiante SIDERBRÁS) celebrou, com Novo Norte S/A – Corretora de Valores, como agente fiduciário (adiante “Agentes Fiduciário”), e com a fiança da União Federal (adiante “Fiadora”), escritura (a “Escritura”) de emissão de debêntures da SIDERBRÁS (as “Debêntures”). O instrumento respectivo se encontra em anexo (doc. nº 1). Dele se verifica que as debêntures se agrupavam em três séries, respectivamente “A”, “B” e “C”, as quais se distinguiam entre si porque:
 - (a) somente as debêntures da série “a” tinham juros fixos;
 - (b) as debêntures da série “b” se venciam de 1992 a 1993, enquanto as da série “c” de 1992 a 1997.
- 2) – O valor nominal de cada debênture no momento da escritura era equivalente a 100 OTNs do mês de agosto de 1988, conforme o item 4 da cláusula IV da Escritura. Todas as três séries de debêntures estavam, ainda na conformidade da mesma cláusula IV, item 5, da Escritura, sujeitas à atualização monetária nos seguintes termos:

“5. CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO DO VALOR NOMINAL

As debêntures terão seu valor nominal atualizado, de acordo com a variação observada no valor nominal das Obrigações do Tesouro Nacional (OTNs). Na hipótese da inexistência, na ocasião, dos índices de atualização das OTNs, aplicar-se-á o índice oficial substitutivo. Aplicar-se-á um outro índice que preserve o valor da moeda no tempo, desde que prévia, e expressamente apurado pelo Agente Fiduciário”.

- 3) – Ocorre que as debêntures das séries “b” e “c” estão sujeitas a uma taxa flutuante de juros (cláusula VI, item 4, para a série “b”; e cláusula VII, item 4, para a série “c”). Tal taxa flutuante de juros pretende ressarcir aos debenturistas destas duas séries – todas instituições bancárias – o custo de suas captações para sustentação da aplicação nas debêntures, apurado este custo através de uma taxa média de juros pagos aos depositantes (em princípio, aquela divulgada pela ANBID).
- 4) – Até a edição do plano verão (Lei 7.730, de 1989), a captação bancária se dava com a atribuição de correção monetária, pela variação das OTNs, mais uma taxa de juros. Como as debêntures eram dotadas da mesma correção dos depósitos bancários, o cálculo dos juros devidos nos termos da escritura era simples e decorria da mera aplicação de uma fórmula ao juro médio dos depósitos bancários.
- 5) – A extinção da correção monetária e a alta remuneração dos capitais aplicados no “over” fez com que, a partir de um certo momento, as instituições financeiras fossem capazes de captar apenas a taxas pré-fixadas. Nesta hipótese, a Escritura mandava adotar a taxa média pré-fixada de juros (que, por óbvio, inclui a inflação esperada para o período), para o cálculo dos juros das debêntures. Isto ocorreu por todo o período que vai de 3 de março a de de 1989.
- 6) – A escritura não esclarecia – mas os debenturistas aceitaram como implícito – que, nos períodos de juros fixados a

partir de taxas pré-fixadas, não haveria correção do valor nominal das debêntures das séries “b” e “c”, já que, por mais imperfeita que fosse a determinação da perda da moeda que os respectivos bancos debenturistas sofriam por essa forma, ela seria suficiente para cobrir seu custo de captação.

- 7) – As alterações nas condições de captação acabaram por gerar, no período de janeiro a junho de 1989, negociações entre a SIDERBRÁS e os debenturistas, que estão descritas na exposição (doc. nº 2) que a SIDERBRÁS apresentou aos debenturistas, durante a assembléia realizada em 29 de junho de 1989 (adiante a “1ª assembléia). Na verdade, a SIDERBRÁS e sua fiadora não tinham, como não têm, recursos para pagar os juros a que se obrigaram e que começavam a 30 de junho de 1989. As negociações visavam, portanto, reduzir a carga dos primeiros juros e capitalizar a parcela devida e não paga, dentro de certas condições, uma das quais era o reconhecimento de que, não obstante o disposto no artigo 15 da Lei 7.730, de 1989, e a exemplo de outras negociações, o valor nominal de todas as debêntures seria reajustado para NCz\$ 692,00 (ou seja, um reajuste de 12,156%) em 28 de fevereiro de 1989.
- 8) – Já estando encerradas as negociações, a SIDERBRÁS alegou, na sua exposição, item 17, que, no entender da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, obtido “no início do mês de junho”, haveria “ilegalidade” na “elevação do valor nominal das debêntures durante o mês de fevereiro”.
- 9) – Na ocasião da 1ª assembléia, já havia sido editada a Medida Provisória nº 68, de 14 de junho de 1989 (hoje convertida, com alterações, na Lei 7.799, de 10 de julho de 1989), que, para fins fiscais, no seu art. 60, § 1º, alíneas “a” e “b”, mandava corrigir debêntures, de uma forma geral, para fevereiro, com base na OTN fiscal de NCz\$ 6,92 mais o IPC daquele mês, implicando num valor nominal de NCz\$ 716,91 para as debêntures, maior que o valor acordado de NCz\$ 692,00.
- 10) – Diante das dúvidas surgidas na 1ª assembléia quanto à

aplicabilidade, ou não, do art. 60 da citada Medida Provisória nº 68, de 1989, às debêntures, para fixar seu valor nominal no fim do mês de fevereiro (até então ainda não havia ocorrido o caso de taxas pré-fixadas para as debêntures das séries “b” e “c”), os debenturistas deliberaram aceitar parcialmente a proposta da SIDERBRÁS, condicionando sua aceitação, entre outras coisas, à precisa determinação do valor nominal das debêntures em fevereiro de 1989. A resolução então adotada é o doc. nº 3, em anexo.

- 11) – Quando a M.P. nº 68, de 1989, foi aprovada pelo Congresso Nacional e se converteu na Lei 7.799, de 10 de julho de 1989, verificou-se que havia sido, entre outros, acrescentado ao texto original o seguinte novo artigo:

“Art. 75. As obrigações que vencerem a partir da data da publicação desta lei, decorrentes de contratos celebrados até 15 de janeiro de 1989, vinculados à variação da OTN aos quais não se aplique o disposto no art. 1º da Lei 7.774, de 8 de junho de 1989, serão atualizadas:

a) até fevereiro de 1989, pela OTN de NCz\$ 6,17 multiplicada pelo fator 1,2879;

b) a partir dessa data, pela variação do BTN.

§ único. No caso de o contrato prever índice substitutivo à OTN, prevalecerá este”.

- 12) – No dia 10 de julho de 1989 já se tinha tornado devida e havia sido paga, em parte, a primeira parcela dos juros (data: 7 de julho). Por isso, como nenhum valor de principal contido nas debêntures havia sido amortizado até então, os debenturistas consideraram que, diante da nova lei, para fins de juros vencidos e das parcelas de amortização futura dos valores de principal das debêntures, o valor nominal das mesmas para o mês de fevereiro seria considerado como NCz\$ 794,63 (equivalentes a NCz\$ 617,00 x 1,2879), aplicando-se, dali para diante, a variação dos BTNs (exceto nos períodos em que as taxas de juros fossem pré-fixadas, quando as debêntures das séries “b” e “c” – e apenas estas – não teriam qualquer correção).

- 13) – Outras condições da resolução adotada na 1ª assembléia

não foram preenchidas pela SIDERBRÁS, como esclarecem as informações por ela mesma prestadas aos debenturistas em 2 do corrente (doc. nº 4), ocasião em que se realizou nova assembléia dos debenturistas.

- 14) – Os debenturistas foram, entretanto, surpreendidos com a afirmação da SIDERBRÁS, constante do doc. nº 4, de que “entende ser a lei 7.799 inaplicável à emissão”, com base em parecer de sua consultoria jurídica, cuja cópia juntou às informações.
- 15) – Em suma, entende a consultoria jurídica da SIDERBRÁS que:
“O art. 75 da Lei 7.799/89 não se aplica ao caso das debêntures da SIDERBRÁS, por expressa vedação constitucional, na medida em que o atual valor nominal dos títulos é decorrência de atos jurídicos perfeitos (os atos de atualizações pretéritos), e por já constituir direito adquirido da emissora”.
- 16) – Os fundamentos da consultoria para a sua conclusão estão expostos no parecer em questão.
- 17) – Diante da estupefação da posição da SIDERBRÁS – que, na verdade, equivaleria a tornar inaplicável o art. 75 da Lei 7.799, de 1989, a toda e qualquer obrigação sujeita a atualização monetária – os debenturistas reexaminaram com cuidado o teor do item 5 da cláusula IV da escritura, supra transcrito e, diante de dúvidas suscitadas na assembléia quanto aos seus efeitos e à legislação aplicável, determinaram ao agente fiduciário que promovesse os estudos necessários a estabelecer:
 - (a) a legislação aplicável à emissão;
 - (b) se teria, ou não, ocorrido a hipótese, prevista naquele item, de determinação, pelo agente fiduciário, do índice cabível para a atualização do valor nominal das debêntures em fevereiro;
 - (c) neste último caso, qual o índice aplicável.
- 18) – Ressalta notar que, a prevalecer a tese defendida pela SIDERBRÁS, a lei nova que constitui o plano verão – *in casu*, a Lei 7.730, de 1989 – não se poderia aplicar às condições fixadas na escritura, por consubstanciar estas obri-

gações definitivas e não condicionadas, já incorporadas ao patrimônio dos debenturistas, como direito adquirido.

- 19) – Ademais, o IPC – cujo índice servia de base à atualização das OTNs – não foi extinto, havendo um IPC para cada mês de 1989, inclusive janeiro e fevereiro. Assim, não ocorreu o caso de “inexistência ... dos índices de atualização das OTNs” a que alude o item 5 da cláusula IV da Escritura, mas mera extinção das próprias OTNs.
- 20) – Finalmente, cumpre esclarecer que, em 31 de agosto de 1989, o governo baixou a M.P. nº 83, cujo artigo 1º mandou aplicar às obrigações que se expressavam em OTNs fiscais, um índice de 1,1483 sobre o valor de NCz\$ 6,92. Veja-se que da aplicação deste índice sobre NCz\$ 6,92 resulta um valor de NCz\$ 7,9462 para o mês de janeiro por cada OTN fiscal do fim daquele mês (ou NCz\$ 794,62 para 100 OTNs fiscais).
- 21) – Ora, o art. 75 da Lei 7.799, de 1989, tem exatamente o mesmo efeito: ele atualiza por 1,2879 o valor de NCz\$ 6,17 para o fim do mês de janeiro – o que equivale a NCz\$ 7,9463 por OTN de 31 de janeiro (ou NCz\$ 794,63 por cada 100 OTNs ou por cada debênture).
- 22) – Assim, é a própria União Federal, devedora em última análise das debêntures, como fiadora da **SIDERBRÁS**, quem continua a determinar o ajuste do valor das debêntures em questão, para efeitos futuros (juros vincendos e parcelas de amortização) para NCz\$ 794,63 em 31 de janeiro de 1989, o que elevaria seu valor para NCz\$ 823,23 em 28 de fevereiro de 1989.

II. A CONSULTA

Diante dos fatos antes descritos, indaga o agente fiduciário:

Primeiro quesito: Quando do advento do Plano Verão, ocorreu, ou não, a “hipótese de inexistência, na ocasião, dos índices de atualização das OTNs” que, nos termos do item 5 da cláusula IV da escritura autorizaria a mudança do índice de atualização do valor nominal das debêntures até então utilizado?

Segundo quesito: Em caso de resposta negativa ao primeiro quesito, qual o efeito do art. 15, § § 1º e 2º, da Lei 7.730, de 1989, sobre a obrigação da SIDERBRÁS de continuar a atualizar o valor nominal das debêntures pelo IPC, incluindo o índice relativo ao mês de janeiro?

Terceiro quesito: Em caso de resposta positiva ao primeiro quesito, terá a Lei 7.730, de 1989, estabelecido, no mesmo preceito, “o índice oficial” que substitui o índice da variação das OTNs, a que alude a mesma cláusula da escritura?

Quarto quesito: Seja o IPC, ou não, o novo índice oficial substitutivo das OTNs desde fevereiro para a emissão das debêntures, qual o efeito, em relação à correção do valor nominal das debêntures e seus juros:

(a) do art. 60 e em espécie do seu § 2º, da Medida Provisória nº 68, de 1989?

(b) do art. 75 da Lei 7.799, de 1989?

Quinto quesito: Determina a escritura que, se um dado momento, inexistirem o índice de atualização das OTNs e um novo índice oficial que o substitua, o agente fiduciário deve apurar e determinar o novo índice aplicável, “que preserve o valor da moeda no tempo”. Se, no entender de V.Sa., tiver ocorrido tal hipótese (resposta positiva ao primeiro quesito e negativa ao terceiro), pode— ou deve— o agente fiduciário determinar como índice aplicável para fevereiro:

(a) o IPC de janeiro?

(b) o que resultaria do § 2º do art. 75 da Lei 7.799, de 1989?

(c) o que resultaria do § 2º do art. 60 da M.P. 68, de 1989?

(d) outro índice que, no entender do agente fiduciário, expresse a perda de valor da moeda ocorrida desde janeiro de 1989?

Sexto quesito: Na hipótese do quinto quesito, qual o efeito da determinação feita pelo agente fiduciário sobre os juros já pagos?”

RESPOSTA

O exame que procedi, detidamente, dos diversos documentos a mim submetidos, inclusive o erudito parecer do procurador da Fazenda Nacional, leva-me a abordagem distinta, embora preliminar, às questões apresentadas.

É que se discute, na presente consulta, o critério pactuado de correção monetária, capaz de preservar o valor da moeda no tempo, aspecto essencial, posto que sem ele a escritura de emissão de debêntures, certamente, não seria assinada⁽¹⁾. Por outro lado, questões de direito constitucional devem ser suscitadas, mormente em face da alegada inconstitucionalidade, por parte do procurador da Fazenda Nacional, do diploma legislativo editado por seu superior hierárquico, que objetivava exatamente repor a perda de substância da moeda na relação contratual acordada⁽²⁾.

A matéria oferta maior interesse a partir da concepção infra-constitucional de direito adquirido e negócio jurídico perfeito hospedada pela Siderbrás, à luz de pretendida aplicação da teoria intertemporal do Direito, sem que se tenha detido a perscrutar das raízes constitucionais de tal princípio, assim como daquele que diz respeito à irretroati-

(1) Geraldo de Camargo Vidigal ensina: "O princípio a orientar a matéria é claríssimo: o poder de compra de moeda dos pagamentos, em cada um dos momentos em que se cumprem sucessivas prestações obrigacionais, deve corresponder, tão precisamente quanto possível, ao poder de compra da prestação original correspondente, no momento em que se formou o contrato – e as flutuações no poder de compra externo das moedas são função das que se observam em seu poder de compra interno e das variações no poder de compra da moeda externa adotada como padrão, ressalvados os aspectos não monetários das variações nas relações de intercâmbio e as flutuações especulativas na procura e oferta das diferentes divisas, nos mercados internacionais.

Dispõem as autoridades monetárias de todos os elementos suficientes para decisões técnicas adequadas no plano das correções monetárias internas ou das correções cambiais: o acompanhamento dos níveis gerais de preços, no Brasil, como no exterior, faz-se com aproximação e rapidez suficientes para permitir implantação e execução de política de permanente adequação da nômima da moeda à correta execução das obrigações" (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1983, pp. 294/295).

(2) É ainda Geraldo de Camargo Vidigal que ensina: "Os critérios da correção monetária parecem esquecer que a moeda – ao contrário do que sucede com o metro, o quilo ou o litro – e padrão inestável.

Manter imutável o valor nominal das obrigações de pagamento em moeda, quando o poder de compra da moeda se alterou, será enriquecer injustamente os devedores, com jactura daqueles que com eles hajam contratado" (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1983, pp. 295/296).

vidade da lei que lhe é decorrencial⁽³⁾.

Do exame dos elementos que me foram apresentados impressionou-me, de um lado, a elegância do parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional sobre a teoria das obrigações e dos contratos e, de outro, sua absoluta inaplicação à espécie consultada, à falta de exame constitucional da matéria, dos princípios de direito econômico sobre a inflação e da correta indexação obrigacional que regem as relações acordadas.

Pretendo, pois, neste parecer – já que sobre a matéria manifestara-me por outro ângulo, também não examinado pela Procuradoria Geral Nacional, para uma das atuais consulentes – concentrar minha reflexão sobre a cláusula chave da Escritura de Emissão, que é o critério da atualização do valor nominal da moeda.

É a cláusula IV item 5 daquela que comanda todas as demais disposições, posto que é aquela que não permite a deterioração do valor de substância da moeda.

Está assim redigida:

“5. CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO DO VALOR NOMINAL

As debêntures terão seu valor nominal atualizado, de acordo com a variação observada no valor nominal das Obrigações do Tesouro Nacional (OTNs). Na hipótese da inexistência, na ocasião, dos índices de atualização das OTNs, aplicar-se-á o índice oficial substitutivo, aplicar-se-á um outro índice que preserve o valor da moeda no tempo, desde que prévia, e expressamente apurado pelo Agente Fiduciário” (4).

(3) Celso Ribeiro Bastos preleciona: “É cediça também na nossa doutrina e jurisprudência a afirmação de que não pode haver direito adquirido contra a Constituição.

De fato, se não pode haver nem mesmo, como se viu no item anterior, direito adquirido contra a lei, não pode haver, obviamente, direito adquirido em afronta à Constituição. O ato assim praticado é inconstitucional e conseqüentemente passível de anulação” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., Ed. Saraiva, 1989, p. 191).

(4) Arnoldo Wald esclarece: “Ao contrário, a teoria das dívidas de valor não se fundamenta nem na previsão das partes, nem no prejuízo excessivo de um dos contratantes, que gera o enriquecimento do outro. Atende ela à própria finalidade do débito que implica a criação de uma determinada situação de fato em favor de alguém. Na dívida de valor, o pagamento da quantia em dinheiro não é o fim do débito, mas apenas o meio de solvê-lo, variando, assim, o

A cláusula, nitidamente, objetiva não permitir que o valor das debêntures seja corroído pela inflação ou pelo enfraquecimento do poder de compra da moeda. Está redigida de forma, inclusive, adequada, pois faz menção à “atualização do valor nominal” para que se “preserve o valor da moeda” no tempo.

Em 1982, Gilberto de Ulhôa Canto e eu fomos convidados pelo International Bureau of Fiscal Documentation para coordenar, com J. van Hoorn Jr., à época seu diretor-geral, um livro, em língua inglesa, sobre o fenômeno inflacionário brasileiro e a engenhosa solução jurídica de convivência com a desgastante realidade (5).

A expressão “correção monetária”, inserida no título da obra, extraída, aliás, do texto constitucional da época, foi vivamente contestada pelos editores holandeses. Pretendiam substituí-la pela expressão “indexation” que rejeitamos, por ser insuficiente em face das variadas formas de indexação, não monetárias, existentes no país. Após 3 meses de troca de correspondência, chegamos a uma solução

valor monetário de acordo com as condições gerais do mercado, de tal modo que a quantia paga possa atender à finalidade desejada alcançando o poder aquisitivo que se pretendeu assegurar ao credor. Nela não se deve um *quantum*, mas um *quid*. Garantem-se os alimentos necessários para a sobrevivência de alguém ou, então, o ressarcimento de um dano causado. Para que haja correção, as modificações não devem, necessariamente, ser substanciais e atende-se, não ao princípio da comutatividade dos contratos, mas à finalidade de determinados débitos, que só é atingida diante da manutenção do poder aquisitivo necessário para que a meta desejada seja obtida. Dissociamos na divida de valor as duas finalidades da moeda. A quantia de dinheiro é o objeto-meio de caráter essencialmente variável. O objeto-fim é o poder aquisitivo que num determinado momento se quer atribuir ao credor. Em vez de um débito de tal quantidade e de tal qualidade, temos, na dívida de valor, uma relação jurídica que se caracteriza essencialmente pela sua finalidade, pois “a prestação de valor é a prestação em quantidade tal e quantidade tal que dê para alguma destinação”, funcionando no caso o dinheiro tão-somente como “meio para se atingir determinado fim” (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1983, p. 13).

- (5) Do livro participaram os seguintes autores com os estudos abaixo relacionados: “*About this Book and its Purpose* – Gilberto de Ulhôa Canto and Ives Gandra da Silva Martins; *Indexation – Causes and consequences* – Roberto de Oliveira Campos; *Monetary Correction and the Legal Tender of the Cruzeiro* – Gilberto de Ulhôa Canto; *New Brazilian Accounting Principles and Practices* – Raphael Bernardo d’Almeida Jr; *Monetary Correction in the National Tax Code* – Ives Gandra da Silva Martins; *Indexation in the Brazilian Taxation System* – Henry Tilbery; *The Monetary Correction of Tax Debts within the Framework of Brazilian Law* – Bernardo Ribeiro de Moraes; *Monetary Correction in Bank Contracts* – Geraldo de Camargo Vidigal; *Monetary Correction in Labor Legislation* – Cassio Mesquita Barros Jr; *Monetary Correction in the Law Courts* – Ada Pellegrini Grinover; *Updating of Unindexed Pecuniary Liabilities* – Mauro Brandão Lopes” (“*Monetary Indexation in Brazil*”, Ed. International Bureau of Fiscal Documentation, 1983).

intermediária, que não agradou plenamente, nem aos coordenadores brasileiros, nem aos editores holandeses, mas que foi a consensual, ou seja, “Monetary Indexation in Brazil” e com este título foi o livro editado em Amsterdam e distribuído por 137 países filiados à organização.

À evidência, a moeda não se corrige. Ela perde substância. Perde seu poder de troca, posto que a moeda é ainda o meio de troca mais eficaz descoberto pelos homens ⁽⁶⁾.

Ora, a “escritura” preferiu afastar eventual conflito sobre a palavra “correção”, adotando claramente vocábulo mais adequado, qual seja, “atualização”, o que vale dizer, o valor nominal da moeda seria atualizado na exata medida da perda de substância da moeda, à época com indexador oficial para medir a inflação, a saber: a OTN ⁽⁷⁾.

Nada obstante ser impossível dimensionar a inflação de forma absoluta, como já demonstrei em outros escritos veiculados pelo Brasil, Argentina, Estados Unidos, Bélgica, Canadá, Holanda, Inglaterra, Alemanha etc., o que se pode obter é um critério de razoável aproximação, ou seja, aquele que, por variadas formas de compo-

(6) Já escrevi: “Correção monetária é a reposição do valor da moeda, com seu aumento quantitativo correspondente à equivalência qualitativa para o período considerado. A maior quantidade de moeda nominal não provoca maior qualidade de seu valor intrínseco, que é o efetivamente corrigido para uma nova expressão monetária.

Diz-se que a velocidade é a divisão da distância pelo tempo. Correção monetária é a divisão de sua expressão monetária atual pela expressão anterior. Desta divisão resulta o índice referencial do valor não corroído, ou na formulação manipulável das apurações econômicas, o índice é elaborado e sua multiplicação pela expressão nominal anterior resulta a expressão nominal atual” (*Correção Monetária e a Constituição Federal*, Ed. Univ. de Santa Cruz – Bahia, 1984, p. 78).

(7) Os artigos 153 § 22 e 161 da E.C. nº 1/69 adjetivavam a correção monetária com o vocábulo “exata”, estando assim redigido:

“§ 22. É assegurada o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de *exata* correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior”.

“Art. 161. A União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de *exata* correção monetária, resgatáveis no prazo de 20 anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento até 50% do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas”.

sição, permite a medida de uma inflação quase exata, com a correspondente perda de substância do valor da moeda também de forma quase exata, posto que esta sofre outros impactos de natureza necessariamente não inflacionária, capazes de levar a uma perda maior de substância do que a própria inflação ocasionária. Tal fenômeno acontece nos períodos em que fatores psicológicos tornam mais atrativa a procura de outras moedas, com desvalorização cambial paralela superior àquela oficial, calculada pelos índices da inflação ou por aqueles do comércio exterior⁽⁸⁾.

Por esta razão, a cláusula quarta, item V, revestiu-se de redação, não só adequada – por falar em atualização e não em correção –, como também por referir-se a *critério* de atualização, ou seja, a mecanismo de aferição que pudesse mais claramente detectar a perda de substância da moeda, repondo, na elevação do valor nominal, aquele estipulado, quando da emissão das debêntures.

E é aqui que os redatores dessa cláusula mostraram-se de superior perspicácia ao, nitidamente, admitirem índice mais abrangente que o oficial, se o índice oficial não preservasse o valor da moeda, isto é, se qualquer índice, diverso da OTN, não garantisse a reserva de valor assegurada pela cláusula⁽⁹⁾.

(8) Entre os meus estudos sobre a matéria, cito *A correção monetária dos débitos fiscais perante o ordenamento jurídico brasileiro*, com Bernardo Ribeiro de Moraes (Ed. Resenha Tributária, 1976); “L’Indexación brasileña” em *Anales de las Jornadas sobre Indexación en el Derecho Argentino y Comparado* (Ed. Asociación Argentina del Derecho Comparado, Rosário, 1978); *Le traitement fiscal des intérêts dans les relations économiques internationales*, com Henry Tilbery (Cahiers de Droit Fiscal, vol. LXVIIA, Canadá, IFA, 1982); *Adjustments for Tax purposes in Highly Inflationary Economies*, livro escrito pelos professores de Janchter (FMI), Yoran (Israel), Balzarotti (Argentina), Bayardo (Uruguay) e por mim, tendo sido publicado pela Kluwer na Bélgica, Estados Unidos, Alemanha e Inglaterra, 1985; *Monetary Indexation in Brazil* (Ed. IBFD, Amsterdam, 1983), coordenação de Gilberto de Ulhôa Canto, J. van Hoorn Jr. e minha; *A correção monetária no Direito brasileiro*, Ed. Saraiva, 1983, coordenação de Gilberto de Ulhôa Canto e minha; “Juros reais e sua conformação jurídica” in *A Constituição Aplicada* (vol. 1, Ed. CEJUP, 1989).

(9) Washington Peluso Albino de Souza ensina: “Em se tratando da “correção monetária” estamos diante de um fato derivado das oscilações do valor da moeda. Ora, uma vez desfeito o mito da “moeda estável”, pela própria afirmativa da realidade, ficaram profundamente comprometidas as funções de “reserva de valor” e de “instrumento de comparação de valores” ou “medida de valor”, afetando a sua própria condição de “instrumento de troca” e de “meio de pagamento”. Quando se verificou que o “valor” da própria “medida de valor” era variável, modificou-se toda a sistemática de utilização da moeda, por falta de uma “variável independente” no trabalho comparativo. E, quando esta variação manifestou-se sob a forma de perda de poder aquisitivo, decorrente da inflação, acentuou-se o fenômeno, pois

Com efeito, a cláusula IV item 5 refere-se a um índice preservador do valor da moeda, que é a OTN. A recente experiência dos fracassados planos de congelamentos de preços cuja falência prognostiquei desde o 1º dia do 1º plano – todavia, levava à perspectiva de que o governo voltaria, mais cedo ou mais tarde, a insensatamente insistir na frustrada e frustrante experiência, que há 4.000 anos, mantém um desolador histórico de resultados negativos. Por esta razão, os pactuantes da escritura de emissão admitiram que a OTN, índice diagnosticador do nível inflacionário, poderia ser substituído. À evidência, a expressão “índice substitutivo” só poderia referir-se a novo índice capaz de medir a inflação real da forma mais aproximada, em face da impossibilidade de ser ela medida com exatidão ⁽¹⁰⁾.

tais oscilações tiveram a sua causa proveniente de “área externa” ao funcionamento espontâneo do mercado e dos preços e passaram a atrelar-se ao comportamento definido na política econômica, pela utilização do curso legal. Como vimos anteriormente. Afirmava-se o princípio do *fait du prince*, do autoritarismo do Estado, e com isto comprometia-se todo o arcabouço anterior das concepções do “contrato liberal”.

A “correção monetária” apresenta-se nos, pois, como um fato de natureza econômica derivada da inflação, que lhe confere o sentido de medida de política econômica, mas ao mesmo tempo altamente contagiado do valor jurídico, visto que voltada precisamente para compensar injustiças provocadas pela inflação. Sua função é a de “reajustar valores deteriorados, atualizando-os. Enquanto ato de política econômica, extrapola a área de autonomia da vontade para circunscrever-se no âmbito das decisões da autoridade, por isso, toma característica legal, se quisermos subtrai-la aos atos de arbítrio. Imiscui-se no próprio sentido do “poder liberatório” e do “curso legal” da moeda, sendo, assim, um corretivo induzido no princípio da “Ordem Pública Econômica”, como contrapeso em face dos prejuízos aos interesses privados” (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1983, pp. 259/260).

- (10) David I. Muselman, ao introduzir o livro *Quatro séculos de controle de preços e salários*, cujo subtítulo é *O que não se deve fazer no combate à inflação* (Ed. Visão, 1988), escreve: “A experiência com os controles de preços é tão vasta quanto, em essência, toda a história documentada, o que nos fornece uma oportunidade sem igual de verificar o que os controles de preços realizaram e deixaram de realizar. Não conheço nenhuma outra medida econômica governamental cujos efeitos tenham sido testados ao longo de experiências históricas tão diversas em épocas, lugares, povos, formas de governo e diferentes sistemas de organização econômica – salvo talvez os estudos da relação entre inflação e aumentos da quantidade de dinheiro. Os resultados dessa investigação mereceriam a nossa atenção por esclarecerem os fenômenos econômicos e políticos, ainda que os controles salariais e de preços deixassem de ser considerados seriamente instrumentos da política econômica. O fato de controles de preços e salários existirem em muitos países e mercados e estarem em estudo em outros, inclusive os Estados Unidos, chama a atenção para o registro histórico dos controles de salários e preços apresentados neste livro. O que conseguiram, então, os controles de preços na luta recorrente para conter a inflação e superar a escassez? O registro histórico mostra uma seqüência sombriamente uniforme de repetidos fracassos” (*Quarenta séculos de controles de preços e salários*, Ed. Visão, 1988).

E se o índice, todavia, que viesse a ser indicado não correspondesse à atualização do valor nominal da moeda? Poderia ser considerado um índice substitutivo?

Parece-me que, manifestamente, não. Neste caso, não se estaria perante um índice substitutivo da OTN, mas um outro indexador desrelacionado da inflação real e, portanto, sem o condão de substituir o índice anterior e específico de medição da inflação, por sua expressão monetária.

Por esta razão, houveram por bem, os autores da cláusula IV inciso 5, admitir um índice substitutivo que preservasse o valor da moeda ou, se este índice não fosse substitutivo na preservação, caberia a escolha de um outro índice que pudesse assegurar o valor da moeda no tempo ⁽¹¹⁾.

E aqui se justifica a referência à prévia e expressa apuração do agente fiduciário. É que a perda de substância do valor da moeda, em momento da inflação elevada, pode ser superior à própria inflação, em face de a moeda nacional perder competitividade relativamente a moedas estrangeiras, como elemento preservador dos valores de troca.

O que sói acontecer é que, em períodos de descontrole monetário, a inflação é inferior à determinação do valor nominal da moeda, influenciada pela descrença na capacidade do governo em preservá-la e pela segurança maior que as divisas estrangeiras possam representar ⁽¹²⁾.

(11) Luiz Olavo Baptista ensina: "Entretanto a indexação dos preços não é remédio para a inflação especialmente quando é aplicada segundo critérios diferentes, para as situações seu objeto. Há quem nela veja fator agravador da inflação. Mas não há que negar – afastada a tertúlia em economês – que é medida que visa restabelecer a equidade nas relações entre indivíduos e do Estado com estes.

Empregamos até agora as expressões indexação – que é correta – e "correção monetária", usada popularmente, como sinônimo da primeira. Entretanto cabe distingui-las do ponto de vista da teoria econômica: a primeira é forma de reajuste baseada em índice de preços, a segunda em indicador de liquidez" (*Caderno de Direito Econômico nº 2*, Ed. CEEU/COAD, p. 79).

(12) Escrevi: "É interessante notar que, no mais clássico livro sobre a matéria, estudo parcial para formulação de uma teoria geral de preços, Irving Fischer (*A teoria do juro determinada pela impaciência por gastar renda e pela oportunidade de investi-la*, Ed. Abril, 1984) apresenta seu próprio conceito e é contestado por inúmeros autores e, entre nós, pelos autores do Plano Cruzado, que não obstante o brutal fracasso da fórmula adotada, tinham-no por economista da Idade da Pedra.

O certo é que os inspirados autores do Plano Cruzado têm procurado esquecer suas

Ora, o contrato aceita a preservação do valor nominal da moeda, enquanto a OTN representar tal indexador, aceita indexador substituto desde que tal indexador preserve, como a OTN, a substância da moeda, mas impõe, se a perda real tiver que ser examinada por um indexador não oficial, que a exata preservação do valor da moeda (valor real), que teoricamente deveria ser superior à inflação, seja obtida a partir de apuração do agente fiduciário, prévia e expressamente, à sua aplicação.

Do exposto até aqui, percebe-se, pela cláusula quarta, inciso V, que nenhum indexador substitutivo poderia implicar perda do valor de reserva da moeda em relação à inflação e sua aplicação – para esta hipótese – seria automática. Percebe-se, também, que qualquer índice que implicasse a não preservação de tal valor não seria substitutivo da OTN, posto que índices heterogêneos não se comparam. A única substituição possível seria, pois, por índice que preservasse, por inteiro, o valor da moeda no tempo, alicerce primordial do acordo elaborado. Por fim, como a OTN relacionava a preservação da moeda à luz de índices de acompanhamento da inflação, se faltasse índice substitutivo para tal preservação, poder-se-ia adotar outro *lato sensu*, relacionado à perda de substância da moeda, não só em face da inflação, mas em face de elementos agravantes, como a crise de confiabilidade e a pressão psicológica na aquisição de moedas estrangeiras, como reserva monetária mais segura. Para esta

fórmulas mágicas, enquanto o economista da Idade da Pedra tem em Galbraith (*A Era da Incerteza*, Ed. Pioneira, 2ª ed., 1983) o melhor elogio, pois o considerou autor de fórmula tão segura quanto à área do círculo (πR^2) para medição da inflação $P = \frac{MV + M.V.}{T}$.

Não obstante o elogio recebido de Galbraith, Friedrich A. Hayek dele discorda (*Direito, Legislação e Liberdade*, 3 vols., 1985), não acreditando haja um efeito multiplicador entre a quantidade de moeda e sua velocidade de circulação, em que reside o fulcro da nova fórmula para definir o nível de preços e sua elevação ou redução vinculada ao volume de transações.

O certo é que não há conceito definitivo e absoluto na doutrina, sobre juros, visto que o nominalismo da moeda, cujo empréstimo é remunerado por juros, pode ser atingido por variados fatores, ao ponto de se discutir ainda no Brasil se haveria apenas duas formas de pactuação, capazes de gerar as denominadas dívidas de dinheiro e as dívidas de valor, ou se a matéria não comportaria a existência de uma terceira, que seriam as dívidas indexadas. É alias, o que defende Mauro Brandão Lopes ("A Atualização de Obrigações Pecuniárias não Indexadas" in *A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, coordenação de Gilberto de Ulhôa Canto e minha, Ed. Saraiva, 1983)" (*A Constituição Aplicada*, Ed. CEJUP, 1989, pp. 16/17).

última hipótese é que se exigiu a prévia e expressa apuração⁽¹³⁾.

De qualquer forma, seja perante a preservação da moeda no tempo em face do fenômeno inflacionário, seja perante a agravante de preservação à margem de outras divisas, ou ainda perante a pressão psicológica capaz de tornar a variação cambial superior à variação inflacionária, a escritura garante a todos debenturistas de que, em nenhuma hipótese, poderão ter o valor nominal da moeda reatualizado *abaixo da inflação*⁽¹⁴⁾.

Este é o único direito adquirido de um negócio jurídico perfeito e acabado, plasmado na escritura de emissão de debêntures. Até porque as tratativas para solução dos impasses provocados pelo “Plano Verão” nunca se completaram, seja por discordância do indexador por parte da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, (item 8 da consulta), seja por não amortização da dívida (item 12 da consulta), seja por não aceitação e decorrente não cumprimento de outras con-

(13) É de se relembrar a lição de Arnaldo Wald, ao dizer: “A cláusula de correção monetária não é a injeção de morfina a que se referem alguns autores. É um grande remédio para grandes males como o são a penicilina e a cortizona, cujos aspectos negativos existentes em certo casos não justificam a sua não utilização para salvar vidas. Trata-se de um remédio que os juristas, os administradores e os empresários necessitam conhecer e saber utilizar e em torno do qual um esforço de sistematização se impõe por se tratar de uma técnica pela qual se adapta a lei à realidade evitando-se a “revolta dos fatos contra o direito” (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1983, p. 23).

(14) Mauro Brandão Lopes escreve: “A correção monetária, como instrumento de política governamental, é tema de natureza econômica e política, e tem sido versado no Brasil por autoridades internacionais reconhecidas. Não é esse o meu tema. O objeto deste estudo é a natureza jurídica da correção monetária, instituto que tem o seu próprio campo de incidência, e que se deve distinguir da indexação e da determinação de dívida de valor, como mostro a seguir. Dele trato sob o aspecto jurídico. Com tal caráter, o estudo constitui uma busca, já que todos os problemas jurídicos, por imposição da dinâmica social, devem ser continuamente revistos; é ele uma busca da *ratio* básica do instituto, isto é, da sua justificação, ao aplicá-lo os tribunais na solução de conflitos entre contratantes. Abandono de tal sorte os aspectos não jurídicos, na medida em que se podem estremar o jurídico; e este, vejo-o na fundamentação última do reconhecimento legislativo, jurisprudencial e doutrinário da necessidade de correção monetária nas relações obrigacionais de direito privado. A correção é assim tratada neste estudo, não como instrumento econômico ou político, mas como remédio a situações determinadas que implicam violação do justo equilíbrio entre contratantes no campo privado. Como instrumento econômico, a indagação que se faz a respeito da correção monetária é mecânica – de como usar a correção para combater a inflação, de como usá-la para dirigir o processo inflacionário a consequências economicamente determinadas, ou de como usá-la para incentivar determinados comportamentos e desincentivar outros: *ao passo que, como instituto jurídico, a indagação que a respeito se faz é da equivalência das prestações dos contratantes, ou seja, da comutatividade dos contratos*”. (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1983, p. 307) (os grifos são meus).

dições (item 13 da consulta), com o que o único documento plenamente aceito e não contestado foi a escritura de emissão de debêntures.

Não se trata, à evidência, de direito adquirido decorrente de legislação infraconstitucional, mas daquele a que se refere a Constituição Federal em seu artigo 5º inciso XXXVI, com a seguinte dicção:

“XXXVI. a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (15).

Tal direito adquirido é que impede a retroatividade da lei.

Como é cediço em direito, a irretroatividade não é dogma absoluto aplicável a todas as hipóteses. Casos há em que a retroatividade da lei é admitida. Nos casos de *benigna amplianda*, tanto no direito penal, como no direito tributário, a retroatividade é até desejável (16).

A Constituição Federal, todavia, garante a irretroatividade da lei nas hipóteses mencionadas no artigo 5º inciso XXXVI.

(15) Pinto Ferreira relembra que: “Diversas obras de importância foram escritas sobre o problema da irretroatividade das leis, destacando-se Gabba, Roubier, Chironi e Abello, Bonnecase, Planiol, Aubry e Rau, Windscheid e Dernburg, entre outros; e, no Brasil, Limongi França.

A teoria de Chironi, denominada teoria dos fatos consumados (*fatti compiuti*), desenvolve os seguintes princípios: a) o ato jurídico realizado é regulado pela lei do tempo em que se efetivou, no que diz respeito às suas condições de existência; b) o ato realizado (*atto compiuto*) abrange todos os termos essenciais que a lei ou a vontade das partes determinar, as quais deverão também estar subordinadas à lei da época do ato (*tempus regit actum*).

Toma, assim, plenitude nos séculos XIX e XX, e agora até nas constituições, a noção de *causae finitae* de Ulpiano e Paulo” (*Comentários à Constituição Brasileira*, vol. 1, Ed. Saraiva, 1989, p. 145).

(16) O artigo 106 do CTN tem a seguinte redação:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I. em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II. tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática”.

A garantia é constitucional e nenhum diploma inferior poderia retirar tal segurança da ordem jurídica esculpida na lei suprema (17).

A cláusula IV, item 5, da escritura plasmou um direito adquirido irremovível, inatacável, inafastável, indestrutível, absoluto a favor das debenturistas que nenhuma lei infraconstitucional poderia retirar, ou seja, o direito de o valor da moeda ser preservado no tempo, pelo menos em relação à inflação. Tal garantia não decorreu de lei ordinária, mas de comando constitucional, cuja hierarquia não pode, por decorrência, ser violentada (18).

Ora, o culto parecerista desconsidera o direito adquirido em negócio jurídico perfeito e acabado, pretendendo que a Lei 7.330/75

(17) Celso Ribeiro Bastos sobre o direito adquirido chega inclusive a avançar em teoria mais ampla: "O direito adquirido é coisa bem diversa, porque o que se protege aqui não é o passado, mas sim o futuro. O direito adquirido consiste na faculdade de continuar a extrair-se efeitos de um ato contrário aos previstos pela lei atualmente em vigor, ou, se preferirmos, continuar-se a gozar dos efeitos de uma lei pretérita mesmo depois de ter ela sido revogada.

Portanto, o direito adquirido envolve sempre uma dimensão prospectiva, vale dizer, voltada para o futuro. Se se trata de ato já praticado no passado, tendo aí produzido todos os seus efeitos, é ato na verdade consumado, que não coloca nenhum problema de direito adquirido.

Se alguém gozou de um benefício previdenciário no passado, benefício este legal a seu tempo, e se a lei pretender retirá-lo, ela estará praticando inequivocamente uma retroação intolerável pelo direito, pois estará tentando desfazer situações mais que adquiridas, que são as consumadas.

Portanto, o direito adquirido envolve muito mais questão de permanência da lei em tempo, projetando-se, destarte, para além da sua cessação de vigência, do que um problema de retroatividade" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., Ed. Saraiva, 1989, pp. 192/193).

(18) José Cretella Jr. ensina: "Pedro Nunes define o direito adquirido como "toda vantagem que, proveniente do fato jurídico concreto que a determinou, consentâneo com a lei, então vigente, alguém incorpora definitivamente ao seu patrimônio, desde quando começa a produzir efeito útil dele não podendo ser subtraída por mera vontade alheia (*Dicionário de tecnologia jurídica*, 1948, sub voce, "Direito Adquirido"). De Plácido e Silva, no vocabulário jurídico, sub voce "Direito Adquirido", elucida que "direito adquirido é o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua propriedade, já constitui um bem, que deve ser protegido contra qualquer ataque exterior, que ouse ofendê-lo ou turbar-lo". Pontes de Miranda define o direito adquirido como "o direito irradiado de fato jurídico, quando a lei não o concebeu como atingível pela lei nova" (cf. *Comentários*, 3ª ed., 1987, v.V, pp. 78/79. O direito adquirido, como o fato jurídico perfeito e a coisa julgada, é uma das barreiras erguidas contra o efeito retroativo – a retroatividade –, que pretende incidir sobre o passado, invadindo o campo de lei que já incidiu, ou seja, é efeito de hoje, que pretende sobrepor-se a efeito de ontem, pretendendo-se que "algo que foi, deixe de ser", no pretérito, como se se pudesse cancelar, riscar, passar uma esponja sobre "dimensão fisicamente irreversível" (Pontes de Miranda) (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, Ed. Forense Universitária, 1989, pp. 457/458).

tenha substituído a garantia constitucional, e transforma, em sua interpretação subversiva da ordem constitucional, um bloqueio de índice não preservador do valor da moeda, em índice substitutivo daquele que a preserva. Vai mais longe, pois altera o espírito da cláusula IV, item 5, redigindo novo acordo unilateral imposto às consulentes, pretendendo que tal alteração – que beneficia a sociedade controlada por seu superior hierárquico – constitua-se em novo direito adquirido imutável.

O que, todavia, causa maior espécie é que, embora reconhecendo que a Lei 7.799/89, tardiamente, detectou o índice inflacionário de janeiro, a que as consulentes tinham absoluto direito, por força da cláusula IV item 5, o parecer concluiu que tal reconhecimento seria inaplicável ao acordo existente porque já teria, a União, adquirido o direito de não preservar o valor da moeda no tempo, assim como o de alterar as condições contratuais contra o texto constitucional, retirando das debenturistas o direito adquirido e assegurado pelo inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, livremente acordado pelas partes, em negócio jurídico perfeito e acabado. Homenageia, por outro lado, seu novo “direito adquirido” por “revogação” de princípio constitucional e o impõe contra a vontade de todos os demais pactuados (19)!

Tal exegese, que retira de todas as relações jurídicas, a segurança fundamental que a ordem de uma sociedade organizada conforma, não é inconstitucional apenas por este aspecto (20).

(19) Reconhece o inclito parecerista que seu “novo direito adquirido” não preserva o valor da moeda no tempo, apesar de a cláusula IV, item 5, o exigir, assim como reconhece que a União já tem o percentual correspondente à perda do valor nominal da moeda de janeiro (26,79%), ao dizer: “Questiona-se se essa malsinada incidência não acarretaria prejuízos aos debenturistas que, eventualmente, tivessem vendido seus títulos antes da edição da Lei nº 7.789/89, não incorporando, assim, no valor da transação a atualização de 28,79%? Em havendo esse prejuízo, não seria a SIDERBRÁS responsável pelo seu ressarcimento? E a União Federal que, implicitamente, retardou o reconhecimento da inflação havida no mês de janeiro 1989 (28,79%), não poderia ser responsabilizada civilmente pelos prejuízos sofridos por esses debenturistas? A todas essas questões a resposta é afirmativa” (os grifos são meus) (p. 22 do parecer).

(20) É ainda Celso Bastos quem relembra lições de Vicente Rao, ao dizer: “Tem sido uma constante no nosso direito constitucional a preocupação com a tutela das situações já consolidadas pelo tempo. Sobre a necessidade dessa proteção nada mais precisas do que as 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,

É que tal exegese afeta o princípio da patrimonialidade, também garantido pela Constituição, sobre representar verdadeiro confisco de valores das consulentes ou “desapropriação indireta”, sem justa e prévia indenização, o que a lei suprema proíbe.

Com efeito, reza o artigo 5º inciso XXII que:

“XXII. é garantido o direito de propriedade”,

e a prevalecer o entendimento esposado no parecer da Fazenda Nacional, estaria a União Federal, por sua controlada SIDERBRÁS, confiscando a diferença entre os valores maiores de acompanhamento da inflação, cujos direitos estavam assegurados pela cláusula IV item 5, e aqueles corroidos por índices inferiores, sem qualquer espécie de indenização (21).

No caso, a gravidade seria maior, por ter a União produzido lei ordinária com o fito de retirar direito garantido pela Constituição e depois ter reconhecido que não poderia assim agir. Sua controlada, entretanto, acataria a inconstitucional violação do direito adquirido das consulentes – nem mesmo admitido por seu controlador – mas não acataria o reconhecimento de que haveria necessidade de reposi-

o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não pudesse se julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso do seu 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, de 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 os restringir as nossas esperanças” (*O direito e a vida dos direitos*, v. 1, p. 428) (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., Ed. Saraiva, 1989, pp. 184/185).

- (21) Escrevi no livro *Direito Tributário e Econômico* (Ed. Resenha Tributária, 1987, pp. 26/7) que: “Ora, se a Magna Carta protege o direito à propriedade, sem restrições, só desapropriável com justa e prévia indenização à evidência, não pode o Estado desapropriar em, direta ou indiretamente, sem permitir que a justa e prévia indenização se viabilize. Muito embora a desapropriação tenha sido sempre tratada, à luz do direito administrativo, como ato de transferência da propriedade pelos mais diversos motivos do setor privado para o público, à evidência, por ter o constituinte falado em desapropriação como forma de perda de seu direito, ela também ocorre se, por ato do poder público, retira-se a propriedade de alguém, sem justa e prévia indenização, entregando-a a outrem. Poder-se-ia denominar tal ato de desapropriação indireta, visto que o bem desapropriado não passa pelas mãos do Estado, nem segue a alteração patrimonial o devido processo legal, mas por força de lei, é transferido das mãos do expropriado para o beneficiário da expropriação” (*Direito Tributário e Econômico*, Ed. Resenha Tributária, 1987, pp. 26/27)

ção de índices capazes de retratar a inflação (22)!!!

Sobre a interpretação mencionada violar o artigo 5º inciso XXXVI, não dignifica o nível de probidade que deve haver nas relações entre administrados e administradores, mesmo quando o regime jurídico das relações se exteriorize por via da administração indireta.

E aqui cabe agora consideração sobre a teoria dos contratos a que, de forma esclarecedora, mas imprestável para o presente caso, o ilustrado parecerista se referiu, ao tentar justificar a alteração unilateral da cláusula quarta, inciso V, da Escritura de Emissão de Debêntures (23).

O saudoso e reiteradamente citado mestre Orlando Gomes, dois meses antes de falecer, foi homenageado pelo Tribunal de Justiça da Bahia com uma semana de estudos sobre a teoria dos contratos, ocasião em que fui convidado para proferir palestra sobre os contratos privados, à luz dos denominados planos de estabilização (24).

(22) No livro que coordenamos, Gilberto de Ulhôa Canto e eu, e publicado na Holanda, Roberto Campos justifica a indexação nos seguintes termos: "*Given the political and bureaucratic costs of indexation, and the nuisance of its negative feedbacks, when should a country take a plunge into the uncertain seas of comprehensive indexation? There is, of course, no general criterion. A rule of thumb might be whether or not the rate of inflation remains below conventional interest rates. If market interest rates remain positive so that savers have a real return and the interest rate keeps its allocative function, there is no reason to bother about broad scale indexation. If this situation does not prevail and there is no reasonable expectation that anti-inflationary action will achieve such results in a reasonable time, then indexation becomes reasonable price to pay to avoid major distortions that are bound to occur during a protracted inflationary process*" ("*Monetary Indexation in Brasil*", ed. International Bureau of Fiscal Documentation, 1983, p. 12).

(23) Mauro Brandão Lopes esclarece: "E observação paralela cabe no tocante à dívida indexada, em que todos os reajustes, inclusive os decorrentes de não cumprimento da obrigação no seu vencimento, se devem evidentemente fazer mediante aplicação do próprio índice pactuado, seja ele qual for, sob pena de desvirtuamento da natureza específica dessa dívida, que, sendo dívida de dinheiro, está na existência e função do índice; a indexação, conservando embora a dívida como dívida de dinheiro, nela introduz elemento novo, que nenhuma força tira ao princípio nominalista da moeda, determinando simplesmente que, no momento do pagamento da dívida, a sua apuração se faça em adequada quantidade de moeda.

Do mesmo modo que, na dívida de valor, os métodos específicos, para que se traduza em moeda a posição patrimonial que constitui o objeto da prestação, devem ser os únicos empregados, assim na dívida indexada o índice pactuado deve ser o único usado, porque só assim se obtém a quantidade de moeda que constitui o objeto da prestação" (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1983, p. 312).

(24) Em meu livro *Advocacia Empresarial* às pp. 53/73, em parecer elaborado para a UDR, desenvolvo a tese exposta na palestra (Ed. OAB, 1988).

Ao final de minha palestra, o eminente mestre concordou publicamente com a postura que então apresentei e que pode ser expressa, de forma particularmente sintética, no seguinte:

a) os contratos privados de caráter patrimonial não podem ser afetados, em sua substância, por qualquer plano de estabilização;

b) a teoria do *pacta sunt servanda* prevalece, por implicar direitos adquiridos, sobre quaisquer estipulações oficiais que pretendam alterá-las, veiculadas por legislação infraconstitucional;

c) a cláusula *rebus sic stantibus* apenas é aplicável para o restabelecimento do equilíbrio contratual nos casos em que a imprevisão e inevitabilidade provoquem desajuste no pactuado, e desde que o pólo, pelo plano beneficiado, seja a própria administração direta ou órgão de sua administração indireta;

b) a teoria da imprevisão não pode ser invocada por entidades do Poder Público, beneficiárias de tais planos, contra o setor privado;

e) todos os dispositivos dessas medidas que atinjam direito adquirido ou afetem a patrimonialidade dos cidadãos ou de suas empresas são inconstitucionais (25).

Orlando Gomes, na ocasião, ao agradecer a conferência e a homenagem que, modestamente, eu lhe prestava, fez questão de reiterar a interligação das regras do direito privado e de direito econômico, sempre que o planejamento econômico estatal atinja relações pertinentes ao direito privado (26).

Tais considerações paralelas faço-as para lembrar que, por melhor que seja a doutrina, se não aplicável à espécie, serve no máximo como reflexão acadêmica, mas não como instrumento de solução de pendências informadas por outras regras e princípios.

A inconstitucionalidade, portanto, resta evidente, sob qualquer faceta que se examine a presente questão, não possuindo qualquer

(25) O 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, nos autos da Apelação nº 407.353-2 da Comarca de São Paulo que patrocinei, por sua 2ª Câmara, pelos votos dos eminentes magistrados Bruno Netto (relator), Sena Rebouças (revisor) e Jacob Rabello, em 13 de setembro de 1989, por unanimidade, hospedou a tese de que os planos de estabilização não podem atingir direitos adquiridos e nem pode beneficiar-se o Poder Público de alterações que despatrimonializem seus administrados.

(26) Deve-se lembrar que Orlando Gomes, sobre ser excepcional civilista, era também perfeito conhecedor de direito econômico, tendo com Antunes Varella publicado coletânea de estudos intitulada *Direito Econômico* (Ed. Saraiva, 1971).

sustentação na lei maior, a inteligência que deu ao caso, o eminente parecerista oficial (27).

E aqui retorno à linha do parecer, que sobre a questão ofertei a uma das consulentes.

O artigo 174 da Constituição Federal considera que o planejamento econômico é indicativo apenas para o setor privado, o que vale dizer, se não fosse pela violência nítida aos dispositivos constitucionais retrocitados, seria o “Plano Verão” – que, no entender do parecerista, outorgara à SIDERBRÁS direito adquirido, fulminando o direito adquirido constitucionalmente assegurado às consulentes –, manifestamente inconstitucional. Com efeito, estaria impondo às consulentes perda real do valor da moeda no tempo, por força de um planejamento macroeconômico, que somente poderia ser indicativo, mas que se estaria revelando obrigatório.

Por este ângulo também improcede a exegese ofertada pelo preclaro parecerista (28).

O que, todavia, há de mais grave no parecer referido é pretender, a SIDERBRÁS, que o reconhecimento oficial da inflação de janeiro, alguns meses após o Plano Verão, não se poderia aplicar ao mês de janeiro do presente pacto! Ora, tal exegese tornaria inaplicável tal reconhecimento não só ao presente ajuste, mas a qualquer acordo ou contrato de qualquer natureza, posto que as Medidas Pro-

(27) Em linguagem elegante e simbólica, Antunes Varella e Orlando Gomes referem-se a esta interligação do direito econômico e do direito privado, à luz de uma nova concepção do direito, ao dizer: “O observador atento nota que muitas sementes novas, sob o sol acariciador de outras idéias, estão germinando no solo do direito contemporâneo; e poderá ainda verificar que o instrumental tradicional da ciência jurídica ajuda a descrever e a catalogar as espécies mais significativas desta intensa floração legislativa e negocial, mas é incapaz de as assimilar.

É tempo de os investidos irem montando os canteiros da obra, chegada a hora de o jurista começar, trabalhando, com os elementos fornecidos pela legislação do desenvolvimento, os materiais que hão de integrar a futura construção.

A tarefa já é, hoje em dia, indispensável para a conveniente assimilação do direito vigente.

Sem esse esforço prioritário de interpretação e de apreciação crítica das normas em vigor, que definem algumas das coordenadas do sistema, dificilmente os arquitetos poderão traçar o projeto definitivo da obra e os grandes construtores meter conscientemente ombros ao empreendimento” (*Direito Econômico*, Ed. Saraiva, 1977, pp. 4/5).

(28) O artigo 174 *caput* da Constituição Federal tem a seguinte dicção:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (o grifo é meu).

visórias 67, 68, 75 e 83 objetivam exatamente corrigir a perda de valor da moeda pela inflação do período, repondo-a para todos os contratos – de qualquer espécie ou natureza – vinculados a um indexador capaz de não gerar prejuízos a uma das partes, por força de não correção de seus valores corroidos. O parecer mencionado, em sua curiosa inteligência do “Plano Verão”, torna inútil o reconhecimento da inflação de janeiro para qualquer espécie de contrato, o que transforma os diplomas mencionados em documentos legislativos supérfluos e inúteis (29).

Como já disse, no início, mesmo que nenhuma das mencionadas medidas provisórias tivesse sido editada, nem por isto as consulentes deixariam de ter direito à exata atualização do valor da moeda por força da cláusula IV, item 5, único direito adquirido detectável nas relações entre as consulentes e a SIDERBRÁS.

Acontece, todavia, que, para a SIDERBRÁS, que é controlada pela União – cujo presidente editou as Medidas Provisórias 67, 68, 73 e 83, todas referindo-se aos índices de reatualização de janeiro – o planejamento macroeconômico decorrente do reconhecimento tardio da inflação, é obrigatório, não podendo aquela empresa furtar-se à sua obediência, sob o risco de responsabilização funcional de seus administradores, inclusive com indenizações a serem por eles suportadas, nos termos do artigo 37 § 6º da Constituição Federal (30).

Entendo, pessoalmente, que se as consulentes não concorda-

(29) É presente ainda hoje a lição de Carlos Maximiliano: “Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá a ter conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, a que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.

Releva acrescentar o seguinte: “É tão defectivo o sentido que deixa ficar sem efeito (a lei), como o que não faz produzir efeito senão em hipóteses tão gratuitas que o legislador evidentemente não teria feito uma lei para preveni-las”.

Portanto a exegese há de ser de tal modo conduzida que explique o texto como não contendo superfluidades, e não resulte um sentido contraditório com o fim colimado ou o caráter do autor, nem conducente a conclusão física ou moralmente impossível” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª Ed., ed. Forense, 1979, p. 166).

(30) O artigo 37 § 6º da Constituição Federal tem o seguinte discurso:

“§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (grifos meus).

rem com os índices oficiais (28,1% para janeiro) e estiverem vencidas de que o índice foi superior, como denotam, por exemplo, aqueles que estão alicerçando as decisões do T. S. T. nos dissídios dos bancários do Banco do Brasil e C.E.F., poderão exigí-los, não à luz de 28,1%, mas de 70%, se se provar que esta foi a real inflação de janeiro⁽³¹⁾.

É que o “Plano Verão” – como o “Plano Bresser” ou o “Plano Cruzado” – não poderia impor prejuízos às consulentes, por ferir o princípio da patrimonialidade⁽³²⁾.

Por fim, resta a questão dos juros, em parte pagos sobre base de cálculo inferior, que me parece não oferecer problemas maiores à presente resposta. Os juros deverão acompanhar o nível da obrigação principal, devendo a SIDERBRÁS pagar a diferença correspondente ao valor atualizado da base de cálculo, a não ser que as empresas decidam perdoar à entidade governamental esse complemento sobre o passado, o que representaria efetiva novação contratual⁽³³⁾.

Resta ainda a questão de saber se o acordo para emissão de debêntures corresponderia a uma pactuação não contratual, mas de singela participação societária. Nos comentários que Geraldo de Camargo Vidigal e eu preparamos sobre a lei das S/As, com mais de 40 autores, examinamos a questão da emissão de debêntures à luz das obrigações contratuais clássicas, porém específicas, em face do

(31) Escrevi: “*However, it could be asked whether it would be fair, at a time of adulteration of ORTN rates, to use lower calculations for tax debts and higher ones for recoupmnt of an undue debt?*”

We think so, because the Tax Authority has the power of self-limitation since, in a final analysis, it is the beneficiary of the imposition. The taxpayer, however, may not be jeopardized in his legitimate right to be compensated for what belongs to him by “precise monetary correction” (“Monetary Indexation in Brazil”, Ed. International Bureau of Fiscal Documentation, 1983, p. 45).

(32) Celso Bastos ensina: “A propriedade tornou-se, portanto, o anteparo constitucional entre o domínio privado e o público. Neste ponto reside a essência da proteção constitucional: é impedir que o Estado, por medida genérica ou abstrata, evite a apropriação particular dos bens econômicos ou, já tendo esta ocorrido, venha a sacrificá-la mediante um processo de confisco” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª vol., Ed. Saraiva, 1989, p. 119).

(33) “*Prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio: hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo novem accepit, et a nova obligatione*” (Ulpiano: in *Corpus Juris Civilis Academicum Parisiense*, undecima editio, Paris, A. Cotelle, 1881, D. LXVI-II).

núcleo comum, a que se acresce eventual participação societária futura, o que alarga o espectro de sua conformação jurídica.

Exigindo a lei que essa forma de pactuação ofereça idênticas condições entre os participantes, conforme a classificação das debêntures, há de se compreender que a tais contratos também se apliquem as novas disposições das medidas provisórias retrocitadas, não estando fora de sua área de cobertura ⁽³⁴⁾.

Em face de todo o exposto, respondo, à luz de meu posicionamento passado, a uma única questão, qual seja, a de que é inconstitucional o ato da **SIDERBRÁS** que nega a correção plena de janeiro, cabendo às consulentes as medidas judiciais pertinentes para exigir tal diferença com os acréscimos legais. Cabe inclusive a de responsabilização patrimonial dos administradores, em face da responsabilidade objetiva a que se refere o artigo 37 § 6º da Constituição Federal. Por outro lado, por serem inconstitucionais os diplomas em que a empresa se alicerça para negar o direito das consulentes, ficam prejudicadas as demais questões que responderei, entretanto, apenas para reiterar o que até agora escrevi.

1º quesito: Havia índices, apenas em parte substitutivos, visto que necessitariam de complementação para não permitir a perda de valor da moeda, no tempo.

2º quesito: As consulentes tinham e têm direito à atualização do índice de fevereiro, acrescido do percentual pleno de janeiro.

3º quesito: O "índice" oficial não foi substitutivo, por inteiro, na parte em que não completou a perda de substância da moeda, podendo ser questionada sua falta de complementação, por força da necessidade de um indexador capaz de mostrar a inflação real.

4º quesito: As consulentes têm, por força dos referidos dispositivos, direito a receber, pelo menos a reposição das perdas pela inflação de janeiro, exteriorizada no índice de 28,1% e, eventualmente, em outro maior, se maior tiver sido a inflação daquele mês.

5º quesito: Entendo que se deva aplicar o índice que melhor retrate a perda de substância da moeda, no mínimo aquele de 28,1%,

(34) Os *Comentários à lei das S/As*, que coordenamos, foi publicado pela Resenha Universitária e pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, em 5 volumes (1976-1986), tendo o professor José Tadeu de Chiara cuidado do capítulo dedicado às debêntures.

que elevaria a OTN para NCz\$ 7,94 a 1º de fevereiro, se impossível detectar valor superior ao mesmo.

6º quesito: os juros deverão ser completados, à luz do real valor de atualização da moeda, podendo, todavia, as consulentes abrir mão da diferença, se decorrer de negociação aceita e cumprida por todas as partes.

S.M.J.

São Paulo, 1º de novembro de 1989

Outras publicações CEJUP

Constituição Federal com Índice Alfabético
Constituição do Estado do Pará
(em formatos bolso e standard)
Código Judiciário do Estado
Legislação do Ministério Público
Regimento de Custas do Estado do Pará
Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Pará
Estatuto da Criança e do Adolescente

Constituição Aplicada — Vols. I, II e III

Ives Gandra da Silva Martins

Constituição do Estado do Pará — Anotações Sinóticas

Almir de Lima Pereira

Agenda Constitucional

Almir de Lima Pereira

Matéria Eleitoral

Manfredi Mendes de Cerqueira

Revista de Estudos Processuais

Volumes I a VI

Estudos Sobre o Imposto de Renda

Alberto Xavier

Temas de Criminologia

Izabel Benone

Questões de Responsabilidade Civil

Arnoldo Wald



Travessa Rui Barbosa, 726 — PABX (091) 225-0355

Telex: (91) 2996 — FAX: (091) 241-3184 — Caixa Postal 1.804 — 66030 — Belém - Pará

OS BONS AUTORES ESTÃO AQUI.

“Na certeza de que, ainda durante alguns anos, os estudiosos do Direito pátrio estarão debruçados sobre inúmeras questões suscitadas pela nova Carta”, Ives Gandra da Silva Martins — um dos maiores nomes do Direito brasileiro na atualidade — prossegue neste livro a série iniciada no primeiro volume da coleção e fornece novos pareceres sobre a aplicação prática de aspectos complexos da Constituição brasileira.

Os pareceres deste livro versam sobre:

Controle de preços

(arts. 170 inciso IV e 174 da C.F.)

Livre exercício da atividade econômica

(art. 170 § único da C.F.)

Responsabilidade Civil do Estado

(art. 37 § 6.º da C.F.)

Direito adquirido

(art. 5.º inciso XXXVI da C.F.)

Regime Jurídico das taxas e dos preços públicos

(arts. 145 e 175 da C.F.)

O princípio da patrimonialidade

(art. 170 inciso II da C.F.)

A força dos convênios estaduais

(art. 34 § 8.º das Disposições Transitórias da C.F.)

O negócio jurídico perfeito

(art. 5.º inciso XXXVI)