

Ives Gandra da Silva Martins

A
CONSTITUIÇÃO
APLICADA

6

EDIÇÕES CEJUP



A CONSTITUIÇÃO APLICADA
VOLUME 6

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 ☆ A Constituição Aplicada - Vol. 4 ☆ A Constituição
Aplicada - Vol. 5 ☆ Duas Lendas (poesia)

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 da Economia ☆ Caderno de
Direito Econômico

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Editora CEJUP, Belém, Pará, Brasil)

Martins, Ives Gandra da Silva

A Constituição Aplicada / Ives Gandra da Silva Martins. v.6 — Belém:
CEJUP, 1993.

157 p.

ISBN 85-338-0147-5

1. Direito Constitucional - Brasil I. Título.

CDU 342 (81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito Constitucional: Brasil 342 (81)

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. Membro da Academia Paulista de Letras, Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Academia Lusíada de Ciências, Letras e Artes, Academia Internacional de Direito e Economia

A CONSTITUIÇÃO APLICADA VOLUME 6



A Constituição Aplicada

Volume 1 — 1989

Volume 2 — 1990

Volume 3 — 1991

Volume 4 — 1991

Volume 5 — 1992

Volume 6 — 1993

Editores: Gengis Freire,
Ana Rosa Cal Freire e Maria Lucia Almeida
Capa: Genildo Mota
Revisão: Gustavo Jr.
Direitos Reservados



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) 225-0355 (PABX)
Caixa Postal 1.804 — Telex: (91) 2852 — FAX: (091) 241-3184
CEP 66053-260 — Belém — Pará

APRESENTAÇÃO

O 6.º volume da série A Constituição Aplicada é composto por pareceres preparados após o advento do Plano Brasil Novo, alguns deles cuidando expressamente de problemas constitucionais levantados pelo governo Collor. Espero venha a ter a aceitação dos livros anteriores.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

SUMÁRIO

Apresentação	5
Teoria da imposição tributária no Direito Constitucional brasileiro (O fato gerador do imposto sobre a renda. Art. 153, inciso III, da Constituição Federal)	9
Serviço móvel celular de telecomunicação e seu regime jurídico pela Constituição (Art. 21, inciso XII, letra c, da Constituição Federal)	30
O perfil jurídico dos <i>Shopping Centers</i> (<i>Shopping Centers</i> e o princípio da livre iniciativa. Art. 170, § único, da Constituição Federal)	51
A teoria da imprevisão em face do plano Collor (Art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal)	70
A imunidade tributária da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo (Art. 150, inciso VI, letra c, da Constituição Federal)	87
As limitações constitucionais ao princípio da progressividade para o IPTU (Arts. 156, § 1º, e 182, § 4º, da Constituição Federal)	103
Constitui fato gerador do IOF incidente sobre as operações de câmbio seu fechamento e não a emissão de guia de importação (Art. 153, inciso V, da Constituição Federal)	124
Solução constitucional de litígio fronteiro entre os Estados do Acre e de Rondônia (Art. 12, § 5º, da Constituição Federal)	142

**TEORIA DA IMPOSIÇÃO TRIBUTÁRIA NO DIREITO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO — OS PRINCÍPIOS DA
ESTRITA LEGALIDADE, TIPICIDADE FECHADA E RESERVA
ABSOLUTA DA LEI FORMAL — HIPÓTESES LEVANTADAS
PELA FAZENDA NACIONAL QUE FEREM TAIS PRINCÍPIOS —
PARECER**

CONSULTA

A consulente está sob fiscalização, há mais de um ano, tendo os senhores agentes do erário, após pormenorizado exame de toda sua contabilidade, livros e forma de atuar, admitido que apenas dois procedimentos da consulente poderiam ensejar autuação, tendo em relação a um deles já realizado o lançamento. O primeiro ato questionado é uma rescisão de contrato de locação, em que o proprietário do imóvel é um de seus acionistas, com cláusula de reembolso pelas despesas efetuadas, no prazo de 120 dias. A outra pretendida infração consistiria no fato de a consulente, como loja de produtos cinematográficos que é, adquirir, de terceiros, produtos usados, com muitos anos de fabricação, operações em que a empresa segue, rigorosamente, o preceituado no artigo 214 do RIPI. Entenderam, todavia, os representantes do erário, que tais operações configurariam entrada irregular de mercadoria no país, sujeitas à pena de perdimento e às sanções pertinentes. Em face do exposto e exibindo a documentação necessária, pergunta-me se agiu incorretamente ou se os procedimentos adotados foram legais?

RESPOSTA

O atento exame dos documentos, que me foram submetidos, demonstra ter agido, a consulente, nos estritos limites da lei, inclusive não se beneficiando de procedimentos, comumente adotáveis — e absolutamente legais —, para evitar dúvidas a respeito de sua atuação¹.

¹ Armando Giorgetti ensina: *É supérfluo, infatti, osservare che é soprattutto nella fase del preordinamento e della previsione delle entrate e delle spese pubbliche ad opera del Governo, che il potere*

Em face de sua forma de atuar, as pretendidas infrações à legislação do imposto sobre a renda inexistem, sendo carentes de sustentação legal as hipóteses levantadas pela digna fiscalização.

Mister se faz, todavia, perfunctória análise de alguns princípios fundamentais, que regem o Direito Tributário, para que se compreenda a clareza do procedimento da consulente².

Quando em minha tese de doutoramento (*Teoria da Imposição Tributária*, Ed. Saraiva, 1983) levantei, pela primeira vez, à luz do Direito Tributário moderno, que o tributo correspondia a uma norma de rejeição social, razão pela qual os princípios que regem a hermenêutica das normas de restrição de Direito são lhes aplicados, causou espécie a formulação. Hoje é aceita por doutrinadores de expressão internacional, como o saudoso Manuel de Juano, que foi presidente da Asociación Interamericana de la Tributación e reitor da Universidade de Rosário (Argentina), Diogo Leite de Campos, titular de Direito Tributário da Universidade de Coimbra (Portugal) e Eusébio Gonzalez Garcia, vice-reitor da Universidade de Salamanca e titular da cadeira de Direito Tributário (Espanha), sobre representar a escola de pensamento dominante no Centro de Estudos de Extensão Universitária, entidade que, sem possuir cursos de graduação, mantém pós-graduação em Direito, reconhecido pelo Conselho Federal de Educação³.

legislativo in sede di emanazione delle leggi di approvazione dei rispettivi statuti di previsione può intervenire per segnare limiti inderogabili alle iniziative dell'esecutivo, specialmente per le spese (Lezioni di Scienza delle Finanze e di Diritto Finanziario, vol. I, Ed. CEDAM, Padova, 1972, p. 374).

2 Marco Aurélio Greco sobre a norma jurídica escreve: "Para a descrição de uma norma jurídica (que em si é um comando, uma permissão ou atribuição de poder), socorre-se o cientista de uma formulação a que se denomina "proposição jurídica". Esta, pois, situa-se no plano da ciência do Direito, sendo uma categoria da razão (e não da vontade como o é a norma), estruturando-se na forma de um juízo hipotético condicional (cujo exame será feito mais adiante).

Observe-se, inicialmente, que a proposição jurídica não prescreve nenhuma conduta, mas descreve uma determinada norma jurídica que prevê essa conduta. Ela serve, assim, para proceder ao conhecimento do objeto da ciência jurídica, mas não possui força imperativa. Quer dizer, a proposição não é um comando, mas descreve um comando.

Além disso, somente à proposição são aplicáveis os adjetivos verdadeira ou falsa, pois somente à ciência do Direito aplicam-se os princípios lógicos. A norma só se aplica os adjetivos válida ou inválida, não sendo cabível falar em raciocínio lógico nesse plano, a não ser como reflexo do aplicado no campo da ciência" (*Norma Jurídica Tributária*, Saraiva, 1974, p. 20/21).

3 Entre as conclusões de meu livro *Teoria da Imposição Tributária* (Ed. Saraiva, 1983, P. 396/397) leia-se:

"24. Por isso os estudos da escola formal do Direito são úteis, mas como parte de um estudo da globalidade da Ciência Jurídica, pois são insuficientes na medida em que pretendem esgotar toda a atividade jurídica em área isolada do conhecimento humano.

25. Em visão, portanto, mais abrangente e universal, o estudo do Direito pressupõe o exame do fato por ele regulado e do elemento axiológico que permite a eleição da norma incidível.

26. Entre as diversas áreas jurídicas estudáveis sob esta perspectiva, releva examinar aquela que diz respeito à imposição tributária.

27. O fato econômico é aquele que dá origem à imposição tributária.

Segundo essa visão, as teorias de Kelsen e Cósio são conciliadas a partir da preponderância do tipo de norma que o Direito exterioriza. No passado, debateram os dois brilhantes jusfilósofos, sobre a predominância da norma primária. Entendia Kelsen que, sem a sanção, a norma de comportamento não seria cumprida, razão pela qual a norma sancionatória seria uma norma primária e a de comportamento, secundária. Entendia Cósio que secundária seria a sancionatória, posto que o Direito regula comportamentos e as sanções são apenas aplicáveis a casos patológicos, sendo, pois, a norma de comportamento (endonorma) a norma primária e a sancionatória (perinorma) a norma secundária⁴.

Desde os bancos acadêmicos debrucei-me sobre o debate entre os grandes gigantes da Filosofia do Direito, dando ora razão a um, ora razão a outro, até o momento em que percebi terem ambos razão, conforme se examine a natureza das normas jurídicas.

28. Para atingir suas finalidades, objetivas e subjetivas, definidas por aqueles que o representam, o Estado necessita da receita tributária.

29. Esta só pode ser retirada da substância econômica, passiva ou ativa, resultante das relações desse tipo, presentes ou passadas.

30. O Estado participa, em relação de imposição, da fenomenologia econômica, principalmente por meio daquela jurídico-tributária.

31. A economia, como todas as relações humanas, vitais ou físicas, do Universo é também regida por leis naturais.

32. As relações econômicas devem fluir naturalmente, cabendo ao Estado o mínimo de interferência na sua fluência natural, dela retirando apenas o que seja fundamentalmente necessário para prover suas funções instrumentais de preservação e de estimulador do desenvolvimento social.

33. O Estado nem sempre se limita a estas funções, entendendo os que detêm o poder ser necessário campo maior de atuação.

34. Por outro lado, não poucas vezes os que detêm o poder identificam os seus próprios interesses com os interesses do Estado.

35. Sempre que aparecem estas colocações, a receita necessária passa a ser superior, de tal maneira que o Estado retira do substrato econômico mais do que o necessário para satisfazer as necessidades realmente estatais e aquelas apenas presumivelmente estatais.

36. Esta participação desmedida do Estado nas relações econômicas estáticas e dinâmicas, passadas e presentes, transforma a norma de imposição tributária em norma de rejeição social, ou seja, ingressando naquela categoria de normas que poucas pessoas cumpririam sem sanção.

37. Nas normas de aceitação social, ou seja, aquelas que seriam cumpridas pela grande maioria dos seres humanos mesmo que inexistisse sanção, esta é mera consequência, visando atingir pessoas inadequadas à convivência social e aos casos patológicos.

38. Nas normas de rejeição social, a sanção é o único elemento efetivamente assegurador de seu cumprimento, pois sem ela a grande maioria da sociedade não lhe obedeceria.

Em função da teoria da participação desmedida do Estado no fato econômico, a imposição tributária ganha a formulação de norma de rejeição social, pois os que a ela estão sujeitos sabem que devem pagar o que é necessário objetivamente ao Estado e pagar para o que constitui desperdício estatal, na identificação dos objetivos daquele com os objetivos pessoais dos que detêm o poder.

40. Quanto mais a participação desmedida crescer, tanto mais a característica de rejeição afetará a norma, pois o direito positivo mais se afastará do direito natural''.

4 Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Armênio Amádio Ed., 4.^a ed.) e Carlos Cósio (*Teoria Ecológica del Derecho*, 2.^a ed., Abeledo Perrot, 1964).

Para efeitos deste parecer não pretendo distinguir as diferenças entre fundamentos, princípios, normas, leis e regras, a fim de que o raciocínio torne-se mais didático, sinonimando no vocábulo “norma” as leis positivas que regem a sociedade.

Ora, as normas que regulam o comportamento da sociedade — e afastos desta análise as denominadas normas de integração ou aquelas instrumentais, por não dizerem respeito senão à operacionalidade do Direito — ou são de aceitação social ou são de rejeição social.

As normas de aceitação social — o mais das vezes — hospedam princípios de direito natural, que são formas, a meu ver, plasmadas, não pela repetição do seu acerto na estabilidade dos direitos fundamentais, mas porque são inerentes ao próprio ser humano. O direito à vida, por exemplo, nem é um direito criado pelo Estado, porque é inerente ao homem, nem é um direito que a sociedade procure violar e para cujo respeito haja necessidade de sanção. O direito à vida, sobre ser um direito natural, inerente ao ser humano, reconhecido, mas não criado pelo Estado, seria respeitado pela maioria da comunidade, mesmo que não houvesse sanção àqueles que o desrespeitassem. A sanção é, nestes casos, uma norma de aplicação aos crimes sociais patológicos, não se podendo entender, como pretendeu Kelsen, que, sem sanção, ninguém respeitaria o direito à vida consagrado nos textos das Constituições de todos os países civilizados. À evidência, o direito à vida é uma norma de aceitação social e, para estas normas, a sanção constitui uma norma secundária e aquela de comportamento, a norma primária. Cósio e não Kelsen, em função da natureza das normas de aceitação social, tem razão, com o que em relação a estas acompanho o mestre argentino⁵.

A norma tributária, todavia, não goza desta aceitação. Trata-se de norma de restrição de direitos para que o Estado sobreviva, retirando, da sociedade, parcela daquilo que a sociedade produz, de modo a preencher as finalidades denominadas públicas.

Exceção feita à pré-história, período em que o tributo que o indivíduo prestava à comunidade, quase sempre em espécie, era facilmente dimensionável (construção de uma paliçada para defender a aldeia em que todos os aldeões trabalhavam, sendo este o tributo), a partir da história narrada e, principalmente, da complexidade do Estado Moderno, deixou de ser possí-

⁵ René Cassin, principal autor da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, escreveu, certa vez, que “não é porque as características físicas do homem mudaram pouco desde o começo dos tempos verificáveis que a lista de seus direitos fundamentais e liberdades foi idealizada para ser fixada permanentemente, mas em função da crença de que tais direitos e liberdades lhe são naturais e inatos” (*Human Rights since 1945: An Appraisal, The Great Ideas 1971*, Ed. Britannica, p. 5).

vel a determinação da medida justa, no que é pago pela sociedade, para que o Estado o retorne em serviços públicos, sem que haja desperdícios⁶.

O problema do poder, à medida em que os Impérios foram sendo formados, acarretou uma inversão de valores, posto que os seus detentores não estavam a serviço da comunidade, mas de suas próprias ambições pessoais, com o que não serviam à sociedade, mas dela se serviam⁷.

Nem a filosofia grega, nem o direito romano foram suficientes para reverter tal panorama, não tendo, os grandes pensadores, até hoje, formulado uma teoria do poder em que o governante esteja exclusivamente a serviço da sociedade. Montesquieu mesmo, ao explicitar sua teoria de tripartição dos poderes, a partir da experiência de Locke e do exemplo parlamentar britânico, afirmava que havia necessidade de o poder controlar o poder, porque o homem não é confiável no seu exercício. E Lord Acton dizia que o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente⁸.

6 Escrevi: "Diz Aliomar Baleeiro que "as necessidades públicas foram, no estágio mais rudimentar da sociedade, as "necessidades plurais" ou, enfim, aquelas que o homem não pode satisfazer sem o concurso do grupo. Este coage o indivíduo, quando não logra arregimentá-lo pela persuasão" com o que aceita a teoria de Hanya Ito que chamou aos fenômenos financeiros de "economia de aquisição compulsória".

Nesta perspectiva é que devemos buscar a natureza jurídica da sanção tributária, que não visa tanto a preservação da ordem, a tranqüilidade da sociedade, a recuperação de criminosos, a reparação do dano, mas principalmente coagir o contribuinte a trazer a sua participação para que as necessidades públicas sejam satisfeitas.

Diferentemente do furto ou qualquer outro crime contra o patrimônio, em que o ato lesivo visa subtrair bens de terceiros, sem justificativa legal, a subtração dos bens, pelo Direito Tributário, se faz com a justificativa legal das necessidades estatais, razão pela qual efetivamente se entra na teoria da economia de aquisição compulsória, de certa forma, contraposta à teoria social de Seligman ou sociológica de Tivaroni" (*Direito Tributário* 2ª, Ed. José Bushatsky, 1973, p. 145/146).

7 Celso Ribeiro Bastos preleciona: "Se perguntarmos-nos qual o objeto fundamental com que se defronta uma Constituição vamos encontrar uma só resposta: a regulação jurídica do poder. Na verdade, é a configuração que vier a ser imprimida a ele, a sua afetação a estes ou àqueles detentores, sua maior ou menor concentração, os controles de que é passível, assim como as garantias dos destinatários do poder que acabam por conformar o Estado e a sociedade.

O poder é tido como um dos três incentivos fundamentais que dominam a vida do homem em sociedade e rege a totalidade das relações humanas, ao lado da fé e do amor, unidos e entrelaçados, segundo Lowenstein" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 1ª vol., Ed. Saraiva, 1988, p. 132).

8 Escrevi: "A anatomia do poder é a anatomia do Direito, pois que a anatomia do Direito é a anatomia da vida em sociedade.

As fontes produtoras do Direito estão no poder mais do que na própria sociedade, posto que apenas muito recentemente foi possível à sociedade influenciar decididamente na formulação do Direito e na composição do poder.

Entendo que a humanidade passa, em matéria de poder, por três estágios, a saber: aquele primeiro em que, por serem as comunidades pequenas, todos eles participam e influenciam o seu exercício, produzindo, pois, o Direito com o poder; a segunda fase, em que as comunidades crescem e a sociedade sofre o impacto do distanciamento do poder, influenciando pouco a produção do Direito; e a fase atual, em que, à medida em que o conceito de democracia evolui, a comunidade volta a exercer certa pressão e a ter forças para co-produzir o Direito, junto com os detentores do poder.

O Direito Constitucional moderno, que surgiu a partir da concepção renovada de uma democracia ampla e não elitizada, como a dos gregos, conta 2 séculos e nem por isto reduziu, sensivelmente, a força dos detentores do poder, embora tenha criado sistemas de controle mais eficientes que no passado. Adolfo Wagner, todavia, com rara sensibilidade, no fim do novecentismo, afirmava que as despesas públicas tendem sempre a crescer porque o homem, no poder, as multiplica, criando-as para atender a necessidades da sociedade e também para atender a seus pessoais interesses⁹.

O crescimento dos dispêndios públicos, no século XX, em todo o mundo, não faz senão confirmar a teoria de Wagner, motivo, talvez, pelo qual nenhum governo tenha querido homenageá-lo, sequer com uma estátua, porque nem sempre as “verdades verdadeiras” são confortáveis.

O certo é que em todos os espaços geográficos e períodos históricos, a partir da história narrada, a sociedade pagou mais tributos do que deveria, não só para atender às necessidades públicas que o Estado propicia, mas também àquelas, nem sempre justificáveis, dos detentores do poder¹⁰.

As três fases são de particular relevância para compreensão da evolução da humanidade, à luz de seu único instrumento válido e eficaz de convivência, que é o Direito.

E neste ponto — para encerramento deste capítulo — vale a pena uma breve reflexão sobre a natureza humana quando detentora do poder, visto que a deterioração permanente do Direito reside na inconfiabilidade do homem governante.

Quando o homem deseja o poder, sua ambição é voltada para si mesmo, raramente sendo voltada para a comunidade. Por astúcia, por habilidade, pode o homem no poder procurar o bem da comunidade, ofertar um ideal de grandeza da pátria, mas o que o político busca é a sua auto-realização. O poder vale pelo poder e tudo se justifica, como Rotrou dizia, se o poder for a meta. Creon, na palavra de Racine, ao lutar e afastar seus filhos do trono, eliminando-os sem sofrer, dizia que a honra de ser pai é permitida a todos os mortais, mas apenas a alguns é permitida a honra de ser rei” (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 1, ob. cit. p.).

9 Eurico Korff esclarece: “Em termos práticos, porém, não obstante o caráter eminentemente político da despesa, tão indiscutível quanto o da receita, é o lado da despesa que tem sofrido investidas mais constantes e erosivas, é a brecha por onde tem penetrado, com mais facilidade, a tecnocracia, sob a invocação da racionalidade e da eficiência, na permanente disputa entre o técnico e o político. A penetração e o predomínio que o “técnico” acabou por alcançar sobre o “político” nas decisões sobre a despesa pública por fim não se limitou apenas a esta, mas extravasou a ponto de transferir para o executivo e, por extensão à tecnocracia a formulação do orçamento no seu todo, fazendo com que se marginalizasse a representação política não só quanto à destinação dos recursos, mas quanto à sua própria origem dentro da sociedade, deixando de atender plenamente ao “consentimento” e à própria “previsão”.

A maciça expansão da despesa pública, neste século, em função das tarefas grandemente ampliadas do poder público, sob a pressão dos fatos sociais e econômicos e em termos tanto estruturais como conjunturais, rompeu, uma por uma, todas as restrições e controles.

Assim foram levados de roldão os tabus remanescentes da chamada era vitoriana — o da limitação das despesas ao mínimo e o do equilíbrio orçamentário; quanto ao primeiro dos dois aspectos, já previsto por Adolfo Wagner, no fim do século passado, com a formulação da sua “lei de dilatação crescente da despesa pública”, e, quanto ao segundo, como reflexo inevitável das seqüelas da crise de 1929 e da irrupção da teoria keynesiana” (*Caderno n.º 2 de Direito Econômico*, Ed. CEEU/COAD, p. 37).

10 Escrevi: “A carga é sempre desmedida, pelo menos em face de seis aspectos sobre os quais já me debruço no passado:

A certeza de que todo o cidadão paga mais tributos do que deve ao Estado para atender, simultaneamente, às necessidades do erário e àquelas dos próprios detentores do poder, é que faz o cidadão rejeitar o pagamento, porque sabe quanto lhe custou ganhar aquilo que o Estado lhe tira para aplicar em planos bons e planos menos bons, quando não dilapidando os recursos de forma acintosa, no espaço e no tempo.

Ora, pelo prisma desta sensação que a tributação provoca, ou seja, de que parte do que paga não é para que o Estado atenda a suas finalidades públicas essenciais, mas para benefício exclusivo dos governantes, é que leva, o contribuinte, a conceber a norma tributária como de rejeição social.

“4.1.4.1. **Objetivos e necessidades mal colocadas:** Normalmente, o contribuinte entende que a fixação de objetivos, no concernente às necessidades públicas, é feita na perspectiva de metas superiores às possibilidades governamentais, quando não mal eleitas entre as prioridades existentes. Por essa razão, o aumento de receita pretendida, por atendimento de metas mal escolhidas, representa, quase sempre, indiscutível fonte de atrito entre contribuintes e fisco, nunca estando aqueles satisfeitos com os fins escolhidos. A título exemplificativo, veja-se, no mundo inteiro, a pressão contra as usinas de energia nuclear, no Brasil, a contestação sendo maior, pela ainda incipiente procura de alternativas energéticas renováveis, a partir da vasta extensão territorial agricultável, preteridas pelos excessivos gastos com o programa de Angra dos Reis.

4.1.4.2. **Gastos supérfluos:** Os gastos supérfluos do poder Público, na linha de funcionários desnecessários e das mordomias institucionalizadas, na administração direta e indireta não-lucrativa, trazem outra área de atrito, pois o contribuinte sente que o peso excessivo da receita aumentada para o inútil e supérfluo é coberto pela carga tributária acrescida. E, nos momentos mais agudos de crise econômica, a contestação é maior pela necessidade de contenção e sacrifício exigidos pelos governos, que nunca têm a coragem de atingir a própria máquina administrativa.

4.1.4.3. **Os contribuintes apenados:** Muitas vezes a eleição de política tributária para o desenvolvimento traz, em seu bojo, injustiças detectadas, com privilégios a certos contribuintes em detrimento de outros. A política brasileira de incentivos fiscais, regionais e setoriais, embora necessária, trouxe benefícios indiscutíveis a certos empreendimentos com capacidade de aproveitá-la, mas colocando disparidades em relação a pequenos empreendimentos, sem técnica e capital de origem, que pudessem suportar carga maior, pelo não-acesso a tais benefícios. Outras vezes, setores menos essenciais são beneficiados em detrimento de outros essenciais, como, por exemplo, a tributação de Imposto de Renda em relação aos rendimentos de trabalho e aos ganhos de capital, distorção a justificar a perspectiva do contribuinte de rendimento do trabalho de que paga demais, por erro de enfoque público.

4.1.4.4. **A sonegação e o tratamento diferencial:** Outro aspecto também característico da resistência do contribuinte é aquele concernente à revolta dos que pagam, porque não podem deixar de fazê-lo (indicações das fontes pagadoras), em relação aos que sonham, à falta de máquina fiscalizadora eficiente, no que se sentem injustiçados e confiscados em seus recursos para o atendimento das necessidades de uma comunidade, na qual os sonegadores são também beneficiados.

4.1.4.5. **A fiscalização:** Outra faceta que faz o contribuinte sentir no tributo uma penalidade, refere-se ao aparelho humano da fiscalização, onde a existência ainda, em alguns setores, de agentes, que pressionam em excesso para fazer acordos ou vender favores, leva-o à certeza da injustiça de uma estrutura, que permite tão baixa moralidade exatora.

4.1.4.6. **A sonegação e o aumento de receita:** Por fim, entre outros importantes fatores, deve-se lembrar o princípio de que a tributação ganha níveis elevados para compensar a receita não-arrecadável dos sonegadores, com o que aqueles que pagam têm a certeza de estar pagando mais do que deveriam para cobrir a parte dos que não pagam” (*O Sistema Tributário na Constituição de 1988*, Saraiva, 2ª ed., 1990, p. 8, 9, 10).

Ora, à luz da norma de rejeição social, aquela, sancionatória, deve ser necessariamente a primária, porque, sem ela, ninguém se submeteria à norma de comportamento. Sem sanção, espontaneamente ninguém pagaria tributos¹¹.

Este é o motivo pelo qual entendo que, para as normas de rejeição social — entre as quais se integra a norma tributária, Kelsen e não Còssio tem razão, posto que, para ele, a norma sancionatória é primária e secundária é a de comportamento¹².

Ora, a norma de rejeição social implica sempre restrição de direitos. A norma tributária implica restrição de direito à propriedade, aos rendimentos e ganhos do trabalho e capital e proventos de qualquer natureza, razão pela qual os princípios pertinentes a tais normas são aqueles aplicáveis às normas de rejeição social.

Entre tais princípios, três são fundamentais — e todos os três plasmados no sistema tributário nacional — a saber: o princípio da estrita legalidade, o princípio da tipicidade fechada e o princípio da reserva absoluta de lei.

Pelo primeiro princípio, a lei não é apenas escrita, mas deve ser interpretada estritamente. *Lex scripta et stricta*. Princípios como o da integração analógica, interpretação extensiva contra quem sofre a restrição, são inad-

11 Victor Nunes Leal escreve: "O doutrinador protege melhor a sociedade, bem como os indivíduos, presumindo a liberdade, em vez de presumir o poder. O poder sempre se defende e, com frequência, se excede, usurpando faculdades que não tem. A lei define o interesse público — pressuposto da atuação do poder — com expressões às vezes muito amplas, de tal modo que o poder, quase sempre, com exceções raríssimas, está bem mais armado do que desarmado para o cumprimento de seus deveres" (*Reconsideração do tema do abuso de poder*, RDA, 144:13, abri/jun. 1981).

12 "Quacsiasi scopo sociale può essere perseguito nella forma specifica del diritto e precisamente col ricollegare un comportamento umano ritenuto socialmente nocivo a un atto coattivo considerato come un male. Il diritto non è caratterizzato come un fine, bensì come un mezzo specifico; da ciò risulta chiaramente la regione per cui la norma giuridica secondaria anteriormente formulata, in sé e senza riferimento alla proposizione giuridica che ricollega la condizione con la conseguenza del diritto, non può essere in nessun modo l'espressione dell'essenza del diritto. Il diritto è un meccanismo coattivo a cui in sé e per sé non corrisponde nessun valore politico o etico, un meccanismo coattivo il cui valore dipende piuttosto dallo scopo che lo trascende in quanto mezzo. Questa è anche una qualificazione — estranea a ogni ideologia — del fatto che deve essere compreso come diritto. Con ciò indubbiamente il diritto è riconosciuto come storicamente condizionato e in tal modo viene rilevato l'intimo nesso che esiste fra la tecnica sociale di un ordinamento coattivo e una situazione sociale che si sostiene per mezzo di questo. Quale sia questa situazione, e se particolarmente, come ritengono i socialisti, essa abbia il carattere di dittatura della classe sfruttatrice, è cosa priva di importanza dal punto di vista della dottrina pura del diritto. Questa dottrina non considera infatti lo scopo che viene perseguito e raggiunto per mezzo dell'ordinamento giuridico, ma considera soltanto l'ordinamento giuridico stesso; e considera questo ordinamento nell'autonomia normativa propria della sua struttura e non già relativamente a questo suo scopo e quindi come possibile causa di un determinato effetto, dato che la relazione di mezzo a fine è soltanto un caso particolare del rapporto causale" (Hans Kelsen, "Lineamenti di dottrina pura del diritto", Piccola Biblioteca Einaudi, 1952, pp. 71/72).

missíveis. O CTN consagrou a sua inaplicabilidade ao Direito Tributário, regido pela estrita legalidade, nos seus artigos 108 § 1º e 112 assim redigidos:

“Art. 108 — § 1º: O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”;

“Art. 112. A lei tributária que define infração, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I. à capitulação legal do fato;

II. à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III. à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV. à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação”,

sobre ter permitido a retroatividade benigna a favor do sujeito passivo da relação tributária, no artigo 106, cuja dicção é a seguinte:

“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 da sua prática”¹³.

13 Aliomar Baleeiro ensina: “Já se escreveu que as leis fiscais formam um Direito poliédrico. Cada face reflete outro ramo jurídico. Pretenderam mesmo alguns que tais faces constituíssem sub-ramos autônomos: Direito Tributário Processual; Direito Tributário Penal etc. Exagero, talvez.

A conseqüência, entretanto, é que essas diferentes arestas podem comportar interpretações mais adequadas às suas peculiaridades. Vide Súmulas nºs 191 (esta já cancelada) e 192.

O CTN dispôs, por outras palavras, que, em relação às penalidades, observe-se o caráter restrito do Direito Penal, in senso — salvo opiniões isoladas — à analogia. A máxima *in dubio pro reo* vale aqui também. *Benigna amplianda*, embora não se reconheça mérito na equiparação das leis fiscais às *leges odiosae*, a que se referiram velhos autores (*Dirito Tributário Brasileiro*, Forense, 10ª ed., 1981, p. 448).

Em outras palavras, apenas o que estiver plenamente desenhado na lei obriga. O ato jurídico tributário é um ato vinculado e não-discrecionário. Na administração pública, os atos podem ser vinculados ou discricionários, embora alguns autores aleguem haver um poder discricionário e não um ato discricionário. Neste, possui a administração uma vasta flexibilidade de decisão, a partir de um quadro legal mais amplo.

O ato vinculado, não. Está estritamente aprisionado aos quadrantes da lei. O poder regulatório é ínfimo, para não dizer nenhum. Não cabe à administração o direito de interpretar a lei, com certa elasticidade¹⁴.

A própria definição de tributo do CTN, em seu artigo 3º, oferta o perfil da exigência como conformada, no exercício da exação, por atos vinculados à norma¹⁵.

14 Escrevi: "Com efeito, em 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.

A 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 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 consequente 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 elige 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 imponível, com proibição absoluta às normas elásticas "(Res. Trib. 154:779-82, secção 2.1, 1980)" (*Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, 1982, p. 57/58).

15 O artigo 3º do CTN tem a seguinte dicção: "Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada" (grifos meus).

O princípio da estrita legalidade decorre, pois, do caráter de restrição de direitos que pertence ao Direito Tributário, pelo qual, ao contribuinte, tudo é permitido, menos o que na lei está proibido, e ao erário nada é permitido, a não ser o que na lei previsto está.

O segundo princípio relaciona-se ao primeiro. O tipo tributário deve estar, por inteiro, plasmado na lei. Não há tipo maleável, extensível. O tipo tributário deve ser fechado, cerrado, inextensível. À estrita legalidade, segue-se, pois, o tipo inflexível, pelo qual todas as características da obrigação necessitam ter sua escultura plenamente exibida no texto legal e não, em nenhuma norma infraordinária.

Por fim, a reserva legal não é relativa, mas absoluta, com o que a lei possui a extensão temporal, espacial, material e pessoal da obrigação criada, não se admitindo integração de hipóteses futuras não previstas ou de situações assemelhadas, mas nela não contidas¹⁶.

Tais características, positivadas no direito pátrio, decorreram, a meu ver, da sensibilidade que tiveram os autores do CTN, da Constituição Federal de 1967 e da atual Constituição, em relação à fenomenologia da imposição tributária, que diagnostiquei, em face dessas características, como uma norma de rejeição social.

Tão longa introdução para este parecer sobre matéria de legislação ordinária — e de fácil solução — objetiva mostrar que o contribuinte está sujeito exclusivamente àquilo que a lei — e apenas a lei — obriga e nos seus exatos termos, não podendo lhe ser imputada exigência que não esteja desenhada no texto legal, seja pela vedação de integração analógica, seja pelo princípio de que *in dubio pro fisco*.

O Direito Tributário não se compagina de uma concepção fenomênica distinta da exposta neste parecer, razão pela qual, apenas ao que estritamente estiver na lei, em tipo cerrado por reserva absoluta, deve, o sujeito passivo da relação fiscal, submeter-se¹⁷.

16 Yonne Dolácio esclarece: "A reserva absoluta não é a que prepondera na maior parte do Direito porque sua rigidez não satisfaz à dinamicidade da natureza humana e do próprio Direito, este reclamando mais flexibilidade de modo a atender às novas relações sociais que vão surgindo. Todavia, em áreas do Direito em que há maior pressão dos valores certeza e segurança, persiste a reserva absoluta. Este é o caso do Direito Tributário pois, como demonstra Pinheiro Xavier, o princípio da legalidade converteu-se em reserva absoluta de lei, no significado de que "mesmo em sentido material, deve conter não só o fundamento da conduta da administração, mas também o próprio critério da decisão no caso concreto" ("Caderno de Pesquisas Tributárias n.º, Ed. CEEU/Res. Trib., 1981, p. 491).

17 Gilberto de Ulhôa Canto escreve: "Na verdade, a Comissão que elaborou o anteprojeto entendeu que o CTN deveria ser explícito na enumeração pormenorizada de todos os elementos que, pela sua importância para o nascimento da obrigação tributária, a respectiva exteriorização e a constituição do resultante crédito tributário, deveriam ser matéria submetida ao princípio da reserva da lei; e, bem assim, sobre a definição e a sanção de ilícito tributário" (*Caderno de Pesquisas Tributárias* n.º 6, ob. cit. p. 296).

Ora, o exame de todos os elementos apresentados pela consulente, demonstra que agiu rigorosamente dentro da lei.

Em relação ao contrato de locação, foi o mesmo redigido nos estritos termos em que qualquer contrato de locação é redigido.

Ora, os contratos de locação normalmente tornam não-indenizáveis as benfeitorias feitas no imóvel, passando elas à propriedade do locador no caso de rescisões contratuais ou término do pactuado. É esta a praxe em tais contratos¹⁸.

O contrato da consulente, todavia, por excesso de cautela, previu uma indenização, em caso de rescisão, pelas benfeitorias feitas, a qual, embora pagável em 120 dias da rescisão, pelo valor nominal da moeda, exteriorizava um benefício adicional a favor do locatário, não sendo da praxe comercial, nas rescisões amigáveis.

Embora não necessária a cláusula excepcional para o tipo de contrato em questão, houve por bem a consulente adotá-la, visto que o locador pertencia ao seu quadro diretivo, embora dele participassem outras pessoas não proprietárias do imóvel, a fim de que nenhuma suspeita fosse levantada, se a rescisão contratual viesse a ocorrer.

A razão da rescisão está facilmente explicada. O imóvel, locado para abertura de um loja semelhante à sua matriz, tornou-se imprestável na medida em que a Prefeitura decidiu não cumprir os prazos para entrega das obras do Vale do Anhangabaú, dilatando-o por tempo indeterminado.

A própria crise do setor, no período, com séria deterioração dos preços, mês a mês, levou a consulente a preferir rescindir o contrato de uma loja inoperável — até hoje as obras do Vale do Anhangabaú não se completaram — a ter que pagar aluguéis para empreendimento que não poderia administrar¹⁹.

18 Waldfrío Bulgarelli lembra que apenas nos casos de despejo garante-se ao inquilino uma indenização por benfeitorias:

“Passou mesmo a denominar-se o direito do inquilino comerciante (desde que preenchendo certos requisitos) de permanecer no local — mesmo contra a vontade do locador — ou de ceder livremente a locação, ou de obter uma indenização em caso de despejo, de propriedade comercial, existindo à ilharga da outra propriedade, a imobiliária. E nos seus desdobramentos posteriores passou a propriedade comercial a ser uma das características do Direito Comercial moderno, que contrapõe a propriedade dinâmica, exercida para movimentar a empresa na consecução do seu objeto social, à propriedade clássica, estática, do Direito Civil, mera geradora de simples frutos, a título de aluguel” (grifos meus) (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 50, p. 301).

19 A.J. Franco Campos escreve: “O Direito Privado difere, substancialmente, do Tributário: aquele tem por campo de disciplina a validade jurídica dos atos”; este, “exaure-se com a investigação de seu conteúdo econômico ... sobreleva a substância econômica, sem maiores considerações para com a vestimenta”, que seria a forma. Por outro lado, a lei tributária não pode alterar categorias formais de Direito Privado” (*Direito Tributário* 3, Ed. Bushatsky, 1975, p. 217).

À evidência, fosse um contrato comum, devolveria, a consulente, o imóvel, pagaria a multa contratual e perderia as benfeitorias feitas. Tendo sido um contrato especial, por força de ser um dos acionistas o proprietário do imóvel, não só não pagou a multa, como recebeu o correspondente às despesas efetuadas por seu valor nominal, no prazo de 120 dias.

Ora, pretender que tal locação implicaria forma de distribuição disfarçada de lucros, é desconhecer os fundamentos daquele tipo de desconsideração da pessoa jurídica, que, no Direito Tributário, apenas pode ser por imputação normativa e nunca jurisprudencial, visto que o inciso VI do artigo 367 do RIR, está assim redigido:

“Art. 367. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica:

.....

VI. paga à pessoa ligada alugueis, *royalties* ou assistência técnica em montante que excede notoriamente ao valor de mercado”²⁰.

A hipótese prevista é hipótese de tratamento diferenciado das locações normais. Isto é, se a locação implicar benefício extra que os contratos regulares de locação não admitiriam, poder-se-ia falar em distribuição disfarçada de lucros, pois foi esta a hipótese que pretendeu o legislador atingir. A evidência, se o contrato de locação for realizado nos moldes de todos os outros e, no caso, com cláusulas de benefício maior para a consulente (locatária) do que o dos costumes mercantis, à evidência, não há que se falar em distribuição disfarçada de lucros para tal hipótese, seja no que concerne ao objetivo já mencionado, seja no que diz respeito aos artigos retrocitados.

Tanto a jurisprudência, quanto a doutrina apenas admitem que haja a distribuição se a forma adotada implicar valores diferentes — e notoriamente diferentes — daqueles aplicáveis às operações idênticas praticadas entre terceiros, que, à evidência, não ocorre na hipótese mencionada²¹.

20 Em 20 de outubro de 1983, foi adicionado o inciso VII a este artigo, com a seguinte redação:

“VII. realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros” (grifos meus) (D.L. 2.064/83 e 2.065/83, art. 20, II e PN 24/83).

21 Escrevi, com Luciano da Silva Amaro, para a Revista da Universidade de Buenos Aires (“Distribución encubierta de beneficios”, volumen primero, Buenos Aires, 1979, p. 294/295/296) em edição na qual se homenageou Rafael Bielsa, o seguinte:

“En relación al ítem III, la hipótesis enfoca el planteo de que la pérdida de la sociedad em favor de la persona ligada, es consecuencia de la deliberada intención de beneficiarla, en perjuicio del

Ora, se a cláusula que favoreceu a consulente, em relação aos contratos habituais de locação, foi colocada além do que é de praxe estabelecer, não

erario y no recaudación del tributo, razón por la cual, el derecho presente refleja la presunción del derecho anterior.

Las demás hipótesis (I, II, IV y VI) enuncian relaciones de negocio, en que la empresa y el erario son perjudicados, como consecuencia de operaciones realizadas con valores diferentes a los determinados por el mercado.

En las cuatro hipótesis hay un empobrecimiento de la empresa por la transferencia de bienes o recursos para sus presumibles beneficiarios, así como perjuicio al fisco, por la no recaudación del impuesto a los réditos debito sobre la distribución presumida.

Sin embargo, en la hipótesis IV el legislador habla de "valor inferior al mercado", pero mantiene para las hipótesis I, II y VI la expresión "notoriamente inferior" o "notoriamente superior". Anteriormente, la utilización del adverbio "notoriamente" ilevo al intérprete a dos exégesis diametralmente opuestas, en virtud de la no explicitación de lo que se entiende por valor de mercado. Los hermeneutas entendían que podría ser interpretado tanto como "valor conocido" o como "valor muy superior o muy inferior". Con ello eliminarían del encuadramiento, en la figura, en relación a la primera fórmula, las operaciones realizadas sin valor notorio de mercado, y en la segunda dejarían, al margen del instituto, operaciones que, aunque realizadas con valores superiores o inferiores a los de mercado, no fuesen excesivamente superiores o inferiores".

La conservación del adverbio en tres hipótesis y no en una cuarta, evidentemente, autorizó la seguridad de que el legislador pretendió su permanencia con sentido o determinado.

Debe rechazarse de plano la interpretación de "valor conocido" antes aceptable, pero expresamente eliminada por fuerza del 5º del referido artículo, que dice lo siguiente:

"5º El valor del bien negociado frecuentemente en el mercado, o en bolsa, es el precio de las ventas efectuadas en condiciones normales de mercado, que tengan por objeto bienes semejante en cantidad".

Resta, por lo tanto, la hipótesis de que "notorio" representa un cierto margen de tolerancia en la determinación de valores, a la luz de lo expreso en los 4º, 6º y 7º del artículo 60, del Decreto-ley 1.598/77:

"4º Valor de mercado es el importe en dinero que el vendedor puede obtener mediante negociación del bien en el mercado".

"6º el valor de los bienes para los cuales no haya mercado activo podrá ser determinado em base a negociaciones anteriores y recientes del mismo bien, o en negociaciones contemporáneas de bienes semejantes entre personas no forzadas a comprar o vender y que tengan conocimiento de las circunstancias que influyen de modo relevante en la determinación del precio".

"7º si el valor del bien no pudiere ser determinado en los términos de los 5º y 6º y el valor negociado por la persona jurídica basarse en laudo de valuación de perito o empresa especializada, cabrá a la autoridad tributaria la prueba de que la operación sirvió de instrumento a la distribución encubierta de beneficios".

En efecto, la única hipótesis en que el adverbio no fue anotado es la siguiente: "IV. trasfiere a persona ligada sin pago o por valor inferior al del mercado, derecho de preferencia a la subscripción de valores mobiliarios de emisión de compañía" y donde el valor de mercado puede ser determinado con precisión, o sea por negociaciones em Bolsa de Valores.

Esta interpretación lleva, necesariamente, a la restricción aplicacional de la hipótesis apenas a los casos de compañías abiertas o de capital abierto que emiten los valores inmobiliarios. Exégesis que por otra parte se comprende, ya que las sociedades cerradas no siempre justifican la aplicación de recursos de empresas, por la falta de liquidez, pudiendo ser indiferente para la empresa la inversión y no serlo para la persona ligada. Por lo tanto es verdad que el item IV cuida apenas de sociedades anónimas (compañías) y no de las diversas formas de sociedades.

Aclarada la razón del adverbio "notoriamente" es evidente que se admite un cierto margen de tolerancia. Esto se verifica por la lectura de los 4º y 5º, que buscan limitar la determinación del valor de los bienes complementando por el 7º, como solución residual, a la falta de eficacia de la aplicación de los demás párrafos, pero todavía hablando de bienes y no de derechos, en lo que se fortalece la interpretación atrás presentada de que para la emisión de títulos, apenas cuidó el legislador de sociedades abiertas o de capital abierto.

Aclarado el sentido de las expresiones "notoriamente inferior" o "notoriamente superior", se debe recordar que el legislador perfeccionó el instituto ya que buscó parametrar el concepto de valor de mercado, en términos de norma positiva".

só o contrato seguiu rigorosamente o Direito Privado aplicável à hipótese, como beneficiou e não prejudicou a consulente, não havendo, portanto, que falar em hipótese de distribuição disfarçada de lucros.

A empresa não só se livrou de um imóvel que não poderia administrar e cujo aluguel seria oneroso, como recebeu indenização pelas benfeitorias feitas, o que não é costumeiro nos contratos de locação rescindidos por interesse do locatário.

Como o Direito Tributário não pode alterar os princípios, institutos, normas de Direito Privado, à evidência, o ter agido, a consulente, nos termos do Direito Privado, retira do fisco a possibilidade de considerar a hipótese como de distribuição disfarçada de lucros²².

Um contrato perfeito e realizado, nos moldes de todos os contratos de locação, que não prejudicou a consulente, à evidência, é forma jurídica insuscetível de ser atingida pelo fisco, que não pode mudar a sua natureza, tentando descaracterizá-lo, pois a isto está interditado pelos artigos 109 e 110 do CTN:

“Art. 109. Os princípios gerais de Direito Privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”;

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de Direito Privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas leis orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”²³.

22 Hiromi Higuchi esclarece: “A alteração introduzida pelo Decreto-lei nº 2.065/83 criou mais uma forma para caracterizar a distribuição disfarçada de lucros em negócio entre pessoa jurídica e pessoa ligada. Trata-se da realização de qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros. Essa capitulação só existia para o acionista controlador. As importâncias pagas ou creditadas à pessoa ligada que caracterizarem as condições de favorecimento não serão dedutíveis” (*Imposto de Renda das Empresas*, 15ª ed., Atlas, 1990, p. 339).

23 “A esse complemento, A.D. Giannini diz que trata de um mínimo de elasticidade contida em toda norma, asseverando, porém, que: “Occorre tuttavia avvertire che, dato il principio costituzionale, per il quale nessun tributo può essere riscosso che non sia espressamente consentito dalla legge (principio analogo a quello del diritto penale “nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege), le norme che determinano gli oggetti di imposta (non, quindi, tute le norme tributarie), sono insusctibili di interpretazione analogica, pur potendo essere estensivamente interpretate, dato che con l’interpretazione estensiva non si sottopone al tributo una situazione di fatto non prevista dalla legge, ma semplicemente si applica l’imposta a situazioni già comprese nel reale contenuto della forma, sebbene la inesattezza o improprietà delle espressioni adoperate possono fare apparire il contrario”.

Em face do exposto, não há como considerar infracionária a ação da consulente, nem suscetível de qualquer ação, por ter agido rigorosamente dentro da lei, nos moldes do Direito Civil, antes beneficiando, do que prejudicando os interesses seus e do fisco.

Não há, pois a primeira infração mencionada, faltando sustentação legal a qualquer ação fiscal, seja à luz da Constituição Federal, seja do CTN, seja ainda da própria norma ordinária positiva, que não prevê a hipótese mencionada.

A segunda infração também inexistente. A consulente tem adquirido, na linha de promoção de seus artigos, produtos usados e antigos, aceitando-os como entrada de pagamento ou adquirindo-os para futura venda.

O artigo 214 do RIPI tem a seguinte dicção:

“Art. 214. Os estabelecimentos que adquirirem, de particulares, produtos usados, assim compreendidos também os recebidos em troca ou como parte de pagamento de outros, exigirão recibo do vendedor ou transmitente, de que constem o seu nome e endereço, número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, o número e nome da repartição expedidora de sua carteira de identidade, bem como a descrição minuciosa e o preço ou valor de cada objeto”,

e o § 5º inciso I do artigo 388 do RIPI o seguinte:

“§ 5º A falta de nota fiscal será suprimida: I. no caso de mercadoria usada, adquirida de particular, por unidade, para venda a varejo no estabelecimento adquirente, pelo recibo do vendedor em que se consignem os elementos de identificação pessoal deste (nome, endereço, profissão e documento de identidade) e se especifique a mercadoria, acompanhada de declaração de responsabilidade, assinada pelo mesmo vendedor, sobre a entrada legal no país”,

Percebe-se que, tal como ocorre na Itália, também entre nós os princípios (constitucionais) e as regras (infraconstitucionais) estabelecem que nenhum tributo pode ser exigido se não estiverem contidos, na descrição legal, todos os seus pressupostos básicos, vedada a aplicação analógica na hipótese de resultar imposição tributária não prevista em lei.

Diz ainda A.D. Giannini (pp.43 e 45) que os critérios interpretativos das leis em geral (campo do Direito Público e Privado), servem também para o Direito Tributário, advertindo porém que o Direito Tributário mantém alguns princípios constitucionais e normas próprias, “*che possono essere utilizzati per la ricostruzione del pensiero del legislatore*”.

Recordamos que nosso ordenamento jurídico comporta essa mesma postura” (Vittorio Cassone em *Direito Tributário — Atualizado pela Nova Constituição*, Atlas, 1990, p. 63).

e a consulente segue-os rigorosamente. Todas as aquisições têm, inclusive, a declaração que se segue:

“Recebi da empresa....., sita à rua., n.º, Inscrição Est. n.º e CGCMF n.º a importância de Cr\$ (.....) alusiva à venda que lhe faço do objeto usado abaixo discriminado de minha propriedade, declarando que o artigo ora negociado já foi objeto de venda e compra por mim, na qualidade de usuário final, anteriormente a este ato de comércio, tratando-se, portanto, de mercadoria usada, conforme conceito fixado pelo art. 32 do RICM (Dec. 17.727/81), responsabilizando-me, outrossim, pela sua entrada legal no país, para os fins do RIPI (Dec. 87.981/82). Por outro lado, declaro que estou bem informado quanto à *lei de bagagem* (Decr. Fed. 61.324 de 11.9.67 e alterações posteriores, Decr. Lei 1.123 de 3.9.70, art. 3.º que reza: “As mercadorias trazidas como bagagem não poderão ser objeto de comércio sob a pena de multa de 200% sobre o valor do mesmo e, ainda, Decr. Lei 2.120, de 14.5.84. Responsabilizo-me inteiramente, civil e criminalmente, sobre quaisquer dúvidas que possam surgir sobre o presente objeto transacionado.

Especificação do artigo (discriminação detalhada, número e valor):.....
S. Paulo, de de 19

Assinatura

Nome:
Endereço Bairro:
Fone:..... Cidade:..... Estado:
Documento: CPF n.º

Os agentes fiscais pretenderam ver, na operação mencionada e pública, comercialização de produtos estrangeiros entrados irregularmente no país. Nada obstante a descrição de cada produto apreendido corresponder a produto em desuso, antigo e de fabricação superada, tomaram-nos como *novos* e aplicaram a legislação apenas imponível ao comércio irregular²⁴.

²⁴ O artigo 514 incisos X, XIII e § único do Regulamento Aduaneiro em que se baseiam os agentes fiscais tem a seguinte dicção:

Na defesa da empresa, o eminente advogado João Batista Morello elencou a legislação do ICMS e IPI que autorizavam a operação mencionada, descaracterizando a hipótese de perdimento de bens por operação irregular²⁵.

“Art. 514. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria (D.L. 37/66, art. 105, e D.L. 1.455/76, art. 23, IV e § único):

....

X. estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no país, se não for feita prova de sua importação regular;

....

XIII. transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos aduaneiros e outros gravames, quando desembaraçada como bagagem.

§ único. Na hipótese do XIII, excluem-se os bens que tenham sido objeto de isenção de caráter geral, concedida a qualquer viajante procedente do exterior”.

25 Leia-se na defesa do conhecido advogado o seguinte: “Destaca-se nessa atividade a importação e comercialização de produtos fotográficos, sendo certo existir um comércio especializado referente à aquisição e revenda de produtos usados, principalmente ligados à fotografia e à cinematografia, praticado por grande número de lojas varejistas.

Esse comércio é desenvolvido principalmente em relação às pessoas físicas, particulares, não-contribuintes de tributos federais ou estaduais que, por várias razões, trocam produtos usados por outros novos, ou mesmo usados. São pessoas que desenvolvem um “hobby” nessa atividade, são colecionadores ou outros que desejam trocar produtos de menor custo por outros de maior valor e aperfeiçoamento técnico, dada a própria natureza a que destinam tais produtos, ou seja, para fotografia, para o vídeo ou para a cinematografia.

Essa prática comercial é permitida pela legislação vigente, tanto que o Decreto estadual de São Paulo nº 17.727, de 25.9.81 (Regulamento do ICM), em seu art. 32, estabelece o seguinte:

“Art. 32 — Nas saídas de máquinas, aparelhos ou veículos usados a base de cálculo do imposto incidente será correspondente a 20% (vinte por cento) do valor da operação, desde que (Convênio ICM 15/81):

I — as entradas não tenham sido oneradas pelo imposto;

II — as entradas e saídas sejam comprovadas em diante emissão de documentação fiscal própria;

III — as operações estejam regularmente escrituradas.

§ 1º — para efeito da redução da base de cálculo prevista neste artigo, serão consideradas usadas as mercadorias que já tiverem sido objeto de saída com destino a usuário final.

§ 2º — O favor fiscal se aplica, igualmente, às saídas subsequentes das máquinas, aparelhos ou veículos usados adquiridos ou recebidos com imposto recolhido sobre a base de cálculo reduzida.

§ 3º — O benefício fiscal não abrange:

1 — as saídas de peças, partes, acessórios e equipamentos aplicados nas máquinas, aparelhos ou veículos usados, em relação às quais o imposto deve ser calculado sobre o respectivo valor de venda no varejo ou, quando o contribuinte não realizar venda a varejo, sobre o valor equivalente ao preço de sua aquisição, incluídas as despesas acessórios nela incorporados e a parcela do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando for o caso, acrescido de 30% (trinta por cento);

2 — as saídas de máquinas, aparelhos ou veículos de origem estrangeira, que não tiverem sido oneradas pelo Imposto de Circulação de Mercadorias em etapas anteriores de sua circulação em território brasileiro ou por ocasião de sua entrada no estabelecimento do importador”.

* Igualmente, o Decreto Federal nº 87.981, de 23.12.89, que aprova o Regulamento do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), em seu art. 388, estabelece o seguinte:

Art. 388 — Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerá na pena de perdimento o proprietário de mercadoria de procedência estrangeira, encontrada fora da zona aduaneira, em qualquer situação ou lugar, nos seguintes casos (Lei nº 4.502/64, artigo 87):

I — quando o produto sujeito ou não ao imposto, tiver sido introduzido clandestinamente no país, ou importado irregular ou fraudulentamente;

II — quando o produto, sujeito ao imposto, estiver desacompanhado da declaração de importação ou declaração de licitação se em poder do estabelecimento importador ou licitante, ou de nota fiscal,

Ora, a digna fiscalização, sobre não ter considerado a lei que foi seguida pela consulente, e que a protege e não autoriza a interpretação ofertada pelo erário, demonstrou desconhecimento de que, faticamente e à saciedade, não está, a consulente, enquadrada nas hipóteses, visto que os artigos mencionados aplicam-se a produtos novos, ao comércio irregular e não a esporádicas operações de material usado com responsabilização do vendedor.

Mesmo que se admitisse por absurdo — e a farta prova demonstra o contrário — fosse procedente a pretensão fazendária, de que os velhos produtos não seriam produtos usados, mas novos, que tivessem sido adquiridos, não em operações determinadas e isoladas, mas em expressivas quantidades comerciais e que a legislação que autoriza a consulente a proceder como procedeu, ignorada pelo fisco, e invocada neste parecer, inexistisse, mesmo assim, em face da jurisprudência predominante no país, a pretensão fazendária seria frustrada, inútil, sem possibilidade de êxito²⁶.

Já ofertei, em casos em que se patenteava a boa-fé, inúmeros pareceres a empresas autuadas em circunstâncias semelhantes e todas elas, todas, sem qualquer exceção, lastreadas neles, foram bem-sucedidas na discussão judicial²⁷.

É hoje pacífico, nos Tribunais Superiores, que a boa-fé elide qualquer ação fiscal, aliás, nos termos da própria legislação federal²⁸.

se em poder de outros estabelecimentos ou pessoas, ou, ainda quando estiver acompanhado de nota fiscal falsa, (Omissis).

§ 5º — *A falta de nota fiscal será suprida:*

I — no caso de mercadoria usada, adquirida de particular por unidade para venda a varejo no estabelecimento adquirente, pelo recibo do vendedor em que se consignem os elementos de identificação pessoal deste (nome, endereço, profissão e documento de identidade) e se especifique a mercadoria, acompanhada de declaração de responsabilidade, assinada pelo mesmo vendedor, sobre a entrada legal no país;

...''

Verifica-se que, tanto a legislação federal pertinente, como a estadual, permitem expressamente a comercialização de produtos usados adquiridos de particulares, por reconhecer tratar-se de produtos que já tiveram exaurido o ciclo de sua tributação, não havendo forma na lei para estabelecer controles fiscais mais rígidos.

Trata-se de exceção, não podendo a lei proibir essa atividade, mesmo porque, por preceito constitucional, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (art. 5º, II)''

26 "Mandado de Segurança. Perdimento de mercadorias. Aquisição. Mercado interno. Habitualidade. Demonstrada faticamente a regular aquisição das mercadorias no mercado interno e em face da habitualidade do mundo do comércio, não há que se falar em ilícito fiscal a justificar a pena de perdimento. Mandado de segurança concedido" (MS nº 105.237, Tribunal Pleno, v.u., DJU 21.2.85, p. 1.492, TFR)''.

27 Um deles está publicado no livro "Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado", Ed. Forense, 1988.

28 A Administração Federal, por sua corte administrativa, já tem reconhecido tal exegese, como-se pode ler na decisão abaixo transcrita: "Mercadoria estrangeira introduzida clandestinamente no país.

Apenas em caso de conluio, pode ser apenado quem detém bens entrados irregularmente no país.

Nem mesmo a lei 7.450/85 — de duvidosa constitucionalidade — alterou a mansa e pacífica jurisprudência, de tal forma que a boa-fé elide as penalidades cabíveis, em caso de efetiva entrada irregular no país de mercadorias novas para comercialização.

Ora, a boa-fé no caso é tão evidente que não só seguiu, a consulente, o ritual exigido pela legislação de regência, como fez promoções públicas de recepção de produtos usados para vender os seus artigos, sendo todos os produtos apreendidos de antiquíssima fabricação e, alguns, já inteiramente fora de linha²⁹.

Em face do exposto há de se convir não caber quaisquer possibilidades jurídicas à pretensão fazendária, antes correndo o risco, na insistência em manter a ilegal autuação, de ocasionar prejuízo à Fazenda, posto que eventual discussão judicial acarretará a obrigação de a Fazenda ressarcir os honorários de sucumbência à consulente. Os eventuais prejuízos, a União poderá, em ação regressiva, exigir da própria fiscalização, nos termos do artigo 37 § 6.º da Constituição Federal, assim redigido:

“§ 6.º 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”³⁰.

Responsabilidade do adquirente. Produtos adquiridos como nacionais e como montados no país pelo respectivo vendedor, com marca própria deste e acompanhados de documentação formalmente regular. O adquirente, em face até de limitações legais de acesso ao estabelecimento e às atividades do vendedor, não pode ser punido se o fisco vem a comprovar que os produtos em questão são estrangeiros, entrados ilegalmente no país; a culpa só se transmitiria, no caso, ao comprador, na ocorrência de conluio, circunstância qualificativa que teria, por isso, que ser comprovada pelo fisco (Decreto-Lei nº 84/66, art. 2.º, alt. 8.º, RIPI/79, art. 382), o que não foi feito. Recurso provido. Decisão unânime” (2.º CC, acórdão nº 60.669, em 17.8.82, in Supl. Guia IOB-ICM-IP, 6/84).

29 Luiz Fernando Gama Pellegrini, em seu estudo intitulado “Pena de Perdimento. Bens do Ativo Imobilizado. Nulidade da Decisão Administrativa. Jurisprudência Administrativa e Judicial” (LTr — Suplemento Tributário, 43/86, p. 43/192), preleciona: “O outro aspecto que elide a aplicação da pena está relacionado com a boa-fé de terceiro adquirente que, adquirindo o bem mediante documentação fiscal formalmente regular por parte do vendedor, não pode responder posteriormente pela pena de perdimento, uma vez que não se lhe pode imputar qualquer responsabilidade por eventual procedimento irregular por parte do estabelecimento vendedor. Aliás, como já salientado anteriormente, a Instrução Normativa nº 127/83 somente permite permanecer o bem com o adquirente na hipótese de inexistir conluio entre as partes, o que demonstra cabalmente que a pena somente deve ser aplicada uma vez demonstrado e provado que o adquirente agiu de má-fé na aquisição do bem”.

30 Hely Lopes Meirelles ensina: “O exame desse dispositivo revela que o constituinte, desde 1946, estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de

Como conheço o nível intelectual da maior parte dos agentes fiscais da Receita Federal, após 33 anos de exercício profissional e de cursos que ministrei em alguns dos núcleos da ESAF, estou convencido de que, após a análise dos elementos expostos neste parecer, que demonstram a irrepreensível atuação da consultante, rigorosamente dentro da lei, não só opinarão pelo arquivamento do auto de infração já lavrado, como encerrarão a fiscalização na empresa sem qualquer outra atuação, com o que estarão fazendo inteira justiça à sua forma de atuação.

Respondo, pois, às questões formuladas, que agiu a consultante, legítima e legalmente, não tendo infringido nenhum dispositivo da legislação tributária, sendo, portanto, sem sustentação as pretendidas infrações fiscais levantadas.

O ideal de justiça é a razão maior do Direito e cabe, não só aos contribuintes, mas ao fisco, a obrigação de cumprir a lei. No caso, a única forma para que a lei seja cumprida é o arquivamento imediato do auto lavrado e o conseqüente encerramento da ação fiscal iniciada³¹.

S.M.J.

São Paulo, 31 de maio de 1990

indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos. Em edições anteriores, influenciados pela letra da norma constitucional, entendemos excluídas da aplicação desse princípio as pessoas físicas e as pessoas jurídicas, que exerçam funções públicas delegadas, sob a forma de entidades paraestatais, ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Todavia, evoluímos no sentido de que também estas respondem objetivamente pelos danos que seus empregados, nessa qualidade, causarem a terceiros, pois, como dissemos precedentemente (Cap. II, item I), não é justo e jurídico que só a transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize a sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 13ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 552).

31 "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 esfalçar perante valores que a superam, visto que há princípios naturais e supraconstitucionais de Direito que determinam a duração dos textos positivos, tornando-os breves, se estes os desconhecem, ou de longa duração, se forem respeitados".

"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*, 1º volume, Saraiva, 1988, p. 103).

**SERVIÇO MÓVEL CELULAR DE TELECOMUNICAÇÃO E SEU
REGIME JURÍDICO PELA CONSTITUIÇÃO — RECEPÇÃO
PELA NOVA ORDEM DA LEI 4.117/62, EM FACE DO
DISPOSTO NO ARTIGO 21 INCISO XII LETRA A DA MAGNA
CARTA — PARECER**

CONSULTA

O consultante, dr. Mauro Porto, ex-secretário de serviços de Telecomunicações do então Ministério das Comunicações, exarou parecer, em 3 de novembro de 1988, para seu secretário geral, entendendo que a lei 4.117 de 27.8.62, que regulamenta os serviços de telecomunicações, fora recepcionada pela nova ordem constitucional, depois de já o ter sido pela pretérita lei suprema (E.C. n.º 1/69). Na ocasião, distinguiu o serviço público de telecomunicações do serviço prestado ao público, considerando que o artigo 21, inciso XI, do texto atual cuidaria do primeiro e o inciso XII, letra a, do segundo, no seu perfil de serviço público restrito, limitado, especial etc.

Entre tais serviços, conformou, o Código Brasileiro de Telecomunicações, o serviço móvel celular, tratando-o como serviço público restrito, o que levou o eminente secretário a entender que estaria sujeito, tal tipo de serviço, ao regime do inciso XII, letra a, e não ao do inciso XI do artigo 21 da Constituição Federal. Assim, à falta de conflito entre a legislação anterior e a Carta Magna de 88, teria, a ordem jurídica atual, recepcionado aquela lei em todos os seus termos.

Pergunta-me, agora, se estaria correta a sua interpretação, seja no que concerne à recepção do Direito anterior, seja no que diz respeito ao regime jurídico constitucional aplicável a tal tipo de telecomunicação.

RESPOSTA

A Constituição brasileira, em diversos dispositivos, fez menção a serviço público (artigos 171 § 2.º, 175 § único, I, 139 VI, 21 incisos XI, XII,

25 § 2º, 30, V, 136 § 1º, II, 175, 37 § 3º, 37 § 6º, 145, II), mas em nenhum deles conforma seu perfil constitucional. O conceito de serviço público no Direito brasileiro decorre, fundamentalmente, do trabalho doutrinário e jurisprudencial alicerçado na legislação ordinária, que surgiu a partir dos amplos estudos jurídicos a respeito do Direito Administrativo¹.

E seu conceito, na nova ordem, a meu ver, não é distinto daquele esculpido na pretérita lei maior, em nível de indicação, razão pela qual permanecem atuais e válidos trabalhos doutrinários sobre esta faceta essencial do Direito Administrativo.

Mister se faz, todavia, para a elaboração do presente parecer, lembrar que a atual Constituição, de forma mais clara que a anterior, distingue os dois regimes jurídicos em que a exploração das atividades econômicas se faz².

1 José Cretella escreve: "Tarefa prioritária, pois, do Estado moderno é, sem dúvida alguma, a gerência, a direção, o exercício, o desempenho, a prestação de serviço público. Pode-se mesmo dizer que 'o Estado é uma vasta usina de serviços públicos'. E governar é, em grande parte, gerenciar serviços públicos.

O serviço público distingue-se não só pela finalidade — satisfação de necessidades públicas, de interesses sociais —, como também por seus meios de atuação — conjunto orgânico de pessoas e bens, impulsionado pelo Estado e por pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, credenciadas ou criadas pelo Estado. O modo de ação é constituído pela "gerência", pelas "prestações", "exercícios", "desempenhos", ou "gestões" que se destinam aos indivíduos, usuários do serviço fornecido (cf. VEDEL, *Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, p. 24).

O serviço público pode ser visto sob a "ótica formal" ou sob a "ótica material". Pelo primeiro aspecto, devemos considerar a rede, o continente, o meio, o instrumental (homens e máquinas), a entidade que presta o serviço público; pelo segundo aspecto devemos considerar o conteúdo, a substância, a matéria, o serviço em si, a própria prestação fornecida.

Na maioria das vezes, porém, o que ocorre é a alteração de meios, não de fins; alteração formal e instrumental, não-substancial ou material; anulação de regime jurídico. Autarquia mudada em Empresa Pública.

A idéia do antigo Estado-soberano foi aos poucos sendo substituída pela idéia do Estado-administrador, do Estado-empresário, do Estado-industrial. A moderna noção de serviço público como que plantou a tradicional nota de soberania, presença obrigatória na conceituação do Estado. A soberania é condição de nascimento e da existência, de iure, do Estado; a gestão do serviço público é pressuposto da substância e continuidade, de fato, do Estado. Impõe-se a continuidade do serviço público. O caos no serviço público ocasiona alteração político-social de tal ordem que pode levar a conseqüências extremas, inclusive à própria alteração da forma ou regime do Estado ou de seu perecimento" (*A Constituição Brasileira 1988 — Interpretações*, Forcnse Univ., 1988, p. 96).

2 Hely Lopes Meirelles preleciona: "O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; ora nos apresenta uma conceituação formal, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito material visando defini-lo por seu objeto. Realmente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas. Eis o nosso conceito: Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.

Fora dessa generalidade não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são as atividades coletivas vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas,

O primeiro regime, próprio de uma economia de mercado, é aquele em que pertence à sociedade o deflagrar a iniciativa econômica. No regime de economia de mercado em que a dualidade de iniciativa é admitida, a participação estatal é vicária e subordinada às leis próprias que regem o setor privado.

Tal regime encontra-se delimitado nos artigos 170, 173 e 174, com as exceções intervencionistas dos artigos 171 e 172, estando os três primeiros 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:

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.

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

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será per-

existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como serviço público.

Também não é atividade em si que tipifica o serviço público, visto que algumas tanto podem ser exercidas pelo Estado quanto pelos cidadãos, como objeto da iniciativa privada, independentemente de delegação estatal, a exemplo do ensino, que ao lado do oficial existe o particular, sendo aquele um serviço público e este não. O que prevalece é a vontade soberana do Estado, qualificando como público ou de utilidade pública, para sua prestação direta ou indireta, pois serviços há que, por natureza, são privativos do Poder Público e só por seus órgãos devem ser executados, e outros são comuns ao Estado e aos particulares, podendo ser realizados por aqueles e estes. Daí essa gama infundável de serviços que ora estão exclusivamente com o Estado, ora com o Estado e particulares, e, ora unicamente com particulares.

Essa distribuição de serviços não é arbitrária, pois atende a critérios jurídicos, técnicos e econômicos, que respondem pela legitimidade, eficiência e economicidade na sua prestação” (*Dirito Administrativo Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, 13ª ed., 1987, p. 268/269).

mitida 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 sujeitam-se 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.

§ 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”;

“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.

§ 1º. A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º. A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º. O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º. As cooperativas a que se refere o § anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei³”.

3 Celso Ribeiro Bastos ensina: “A nossa Constituição não deixa dúvidas, ao nível dos princípios, pelo menos, quanto a filiar-se ao modelo de organização econômica de mercado. É dizer, consagra-se

No regime de prestação de serviço público, cuja dimensão econômica hoje não merece contestação nem de economistas, nem de juristas, ocorre exatamente o contrário, sendo a presença do Estado principal e a presença do setor privado a de acolitador daquele.

O Estado, de rigor, tem a iniciativa primeira e o setor privado a acessória e complementar.

O artigo 175 oferta as linhas gerais de tal regime, estando assim descrito:

“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”.

A disciplina jurídica de ordem econômica está sujeita às regras próprias do Direito Econômico e do Direito Privado, com as implicações de natureza comercial, fiscal, criminal etc., em seus aspectos impositivos ou sanciona-

a propriedade e a liberdade de iniciativa. Examine-se a respeito os arts. 5º, XXII; 170, II (propriedade privada); 170, IV (livre concorrência) e 170, *caput* (livre iniciativa).

As nossas Constituições precedentes também nunca reservaram ao Estado um papel de protagonista pleno na atividade econômica. Sua atuação dependeu de preenchimento de requisitos constitucionais. Em outras palavras, só quando devidamente justificada ela se tornava legítima.

Tal circunstância não impediu, no entanto, que um volumoso setor público viesse a desenvolver-se. Um pouco por toda parte, no correr deste século, acreditou-se nas virtudes miraculosas de um Estado interventor na economia. A ele passou-se a atribuir um suposto papel de distribuidor da renda nacional, que ele cumpriria por meio das suas empresas, mais voltadas ao interesse comum que as privadas, entregues na mão de empresários egoístas, cujos únicos móveis consistiam na voracidade e cupidéz por lucros cada vez maiores.

Legitimada por estas pretensas qualidades sociais e sobre o influxo de correntes políticas socialistas deu-se, em diversos países do Ocidente, uma ocupação do espaço econômico por parte do Estado. A experiência feita não provou bem. A ineficiência do Estado no campo econômico tem sido tão acentuada a ponto de provocar reviravoltas mesmo em países sob o jugo comunista.

Assiste-se, pois, neste findar do século XX a um retorno, senão a um liberalismo clássico, tornando inviável pela complexidade do Estado moderno, ao menos para o primado da livre iniciativa. Neste reconhece-se o instrumento mais adequado para propulsionar o desenvolvimento econômico cada vez mais dependente da iniciativa individual, na exata medida em que o desenvolvimento econômico depende mais diretamente da criatividade tecnológica do que do enquadramento de grandes massas em unidades fabris a cumprirem misturas mecânicas e estereotipadas” (“Comentários à Constituição do Brasil”, 7º volume, Saraiva, 1990, p. 70/71).

tórios. Há, todavia, no que concerne à preferência de atuação do setor privado, indiscutível predominância das regras pertinentes ao Direito Privado a conformar a atuação econômica dos agentes privados e públicos⁴.

A disciplina jurídica do serviço público subordina-se às regras rígidas de Direito Público e, mais particularmente, do Direito Administrativo, submetendo os agentes privados, concessionários, permissionários ou autorizados, aos comandos inelásticos de tal regime.

À flexibilidade própria de Direito Privado, que rege preferencialmente a livre iniciativa em matéria econômica, sucede a inflexibilidade do Direito Público, que comanda, preferencialmente, a atuação econômica do Estado na exploração dos serviços com esta dimensão.

O que há, todavia, a destacar, é que tanto no regime de livre iniciativa como naquele do serviço público de dimensão econômica, os setores público e privado podem atuar, subordinando-se, todavia, às disposições legais que pertinem a cada um destes regimes⁵.

Não há, nos regimes referentes à dualidade da iniciativa econômica, exclusão prévia, salvo raras exceções constitucionais, da participação do setor público ou do privado em outro regime, restando, apenas, o nível de sua participação, vicária ou principal, conforme seja, a atividade econômica explorada, privada ou nitidamente pública.

Colocada tal premissa essencial, é de se perguntar como, todavia, distinguir o serviço público de natureza econômica, à luz da Constituição, para identificar qual o regime aplicável a uma ou outra forma de exploração⁶.

4 Geraldo de Camargo Vidigal esclarece: "Das linhas assim adotadas, dos princípios de liberdade e do direito de propriedade, nasceu a definição constitucional do regime de mercado, projeção necessária da livre iniciativa, da livre concorrência. É curioso, no entanto, que as manifestações explícitas da Constituição, concretizando sua opção em prol do mercado, só estejam presentes no capítulo que cuida da ciência e tecnologia, no artigo 219, e no inciso de nº XX, do artigo 6º, que assegura proteção "ao mercado de trabalho da mulher".

Para o longo prazo, porém, pareceria a anunciada Constituição muito mais apta a servir aos interesses do país do que o texto despótico que está sendo abandonado" (*A Constituição Brasileira de 1988 — Interpretações*, Forense Universitária, 1988, p. 375).

5 Com estudos ainda atuais, foi publicado o *Caderno nº 1 de Direito Econômico* (Ed. Resenha Tributária/CEEU, 1983), escrito por Áttila de Souza Leão Andrade Jr., Edvaldo Brito, Eros Roberto Grau, Fábio Nusdeo, Geraldo de Camargo Vidigal, Ives Gandra da Silva Martins, Jamil Zantut, José Carlos Graça Wagner, José Tadeu de Chiara, Luiz Felizardo Barroso, Raimundo Bezerra Falcão, Roberto Rosas, Washington Peluso Albino de Souza, todos eles abordando a dualidade da iniciativa econômica na anterior Constituição, cujo perfil permanece semelhante àquele de 1988.

6 Eros Roberto Grau deixa clara a distinção, ao dizer:

"Na seqüência do meu texto anteriormente referido, tentei demonstrar, designar, aquela expressão, realidades distintas.

De um lado, *atividade econômica* é gênero, que compreende duas espécies: o *serviço público* e a *atividade econômica*. De outro, atividade econômica é espécie do gênero *atividade econômica*.

À falta de uma definição constitucional de serviço público, embora a Lei Maior a ele se refira em diversos dispositivos, mister se faz, também, em rápida análise, conformá-lo pelo prisma constitucional, explicitando o discurso lacônico, a fim de que se perceba sua natureza e forma.

O serviço público pode ser examinado em face do agente promotor, da natureza da prestação ou da explicitação legal, assim como pode ser compreendido em função de sua essencialidade para os indivíduos de uma comunidade ou por sua relevância, lembrando-se que os chamados serviços periféricos, à falta de uma explicitação legal, integram área cinzenta entre a atividade econômica propriamente dita e aquele serviço público de natureza econômica⁷.

No passado, discutiu-se, se o serviço público deveria ser considerado em função do agente promotor. Se o prestador fosse órgão do Poder Público, tal serviço ganharia tal conotação e assim seria pelo Direito considerado⁸.

Tal critério subjetivo enfrentou, desde o início, séria resistência, na medida em que nem tudo o que o Poder Público faz, por sua administração direta ou indireta, é serviço público, assim como, não poucas vezes, atos de Direito Privado, em que a relação de coordenação se desnuda por inteiro, têm caráter de serviço público, se praticados pelo governo⁹.

Assim, no texto do Decreto-Lei 200/67, *atividade econômica* é gênero e, no texto do artigo 170 da Emenda Constitucional nº 1/69, *atividade econômica* é espécie.

Procurando tornar mais fluente o discurso, propus substituíssemos a expressão *atividade econômica (espécie)* por *iniciativa econômica*. Daí a afirmação de que o *gênero* (atividade econômica) compreende duas *espécies*: o serviço público e a iniciativa econômica" (*Caderno de Direito Econômico nº 1*, ed. CEEU/Resenha Tributária, 1983, p. 44).

7 Hamilton Dias de Souza e Marco Aurélio Greco ensinam: "O primeiro é o de que a própria noção de serviço público traz em si o elemento necessário a essa vinculação. Com efeito, ontologicamente o serviço público se apresenta como uma prestação de utilidade ao indivíduo que o Poder Público oferece segundo um regime jurídico próprio. A atividade concretamente realizada é daquelas que são prestadas não porque se almeje lucro ou então porque se encontram no campo da livre disposição dos interesses, mas corresponde a uma atividade que o ordenamento trata como *res extra commercium*, e que é prestada porque o ordenamento, num determinado momento histórico, assume como relevante a ponto de atribuí-la ao Poder Público, afastando seu exercício do campo próprio dos particulares.

Sua prestação rege-se, portanto, pelo princípio da indisponibilidade do interesse público segundo o qual ela se dá em razão de um comando do ordenamento (que torna indisponível a prestação) e não de um interesse econômico ou ligado a obtenção de lucro, como ocorreria numa atividade reservada ao particular" (*Caderno de Pesquisas Tributárias nº 10*, CEEU/Resenha Tributária, 1985, p. 114).

8 Aurélio Pitanga Seixas Filho esclarece: "A necessidade de ser fixado um preço político nos leva a pressupor que o serviço prestado é de uma essencialidade tal que se caracterize como um *serviço público*, e como tal deve ser regido pelo Direito Público, sendo então remunerado por uma taxa, que é compatível com subsídios legais" (*Caderno de Pesquisas Tributárias nº 10*, CEEU/Resenha Tributária, 1985, p. 35).

9 Zelmo Denari escreve: "Como se decalca, a atuação do poder público, nesta sede, conserva a marca da discricionariedade, no pensamento de Karl Engisch, um dos conceitos mais plurisignificativos e mais difíceis da teoria do Direito.

A Itália conhece ainda hoje a figura do exator para receber tributos, que vem dos *publicanu romanorum*, pessoas contratadas pelo Estado para fiscalizar e arrecadar tributos, o que demonstra que, mesmo em atos de maior densidade pública, como os de exercício do poder de polícia, pode haver delegação de atribuições. O serviço público de transportes pode ser realizado por empresas particulares, concessionárias ou permissionárias e a qualidade do agente não interfere na natureza do serviço. Por outro lado, o Banco do Brasil, quando concorre na captação de recursos com os bancos privados, não presta nenhum serviço público, mas é uma sociedade de economia mista enquistada no Poder Público¹⁰.

Por esta faceta, parece-me difícil esculpir o serviço público em função da condição do agente promotor, pois as zonas de dúvidas e incertezas permaneceriam.

Defendem os formalistas que serviço público é aquele que a lei assim definir, razão pela qual os aspectos objetivo ou subjetivo, para que se o determine, são matéria secundária. Embora estejam alicerçados em sólida dou-

Segundo Ernest Forstoff, discricionariedade significa "um espaço livre para a ação e a resolução, a escolha entre várias modalidades de conduta igualmente possíveis", concluindo que "o Direito positivo não dá preferência a uma destas modalidades de conduta sobre as outras".

Como manifestação do Poder Executivo, Rudolf Laun assinala que seus órgãos ficam "autorizados a decidir segundo seu próprio ponto de vista e segundo o seu próprio querer, de acordo com o dever funcional, qual o fim próximo, imediato da sua ação", o que significa, "aquilo que a autoridade considera como interesse público é efetivamente, em sentido jurídico, o interesse público". Definidos — em dado momento histórico e num país determinado — quais os serviços confiados discricionariamente à iniciativa do poder público, resta saber quem se ocupará da respectiva tutela" (*Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 10*, CEEU/Resenha Tributária, 1985, p. 339).

10 Francesco Tesauro relembra: "Talvez seja interessante dizer-lhes o que é, na Itália, o exator, uma figura que talvez só na Itália exista; o exator é um particular que, por conta do Estado, procede a arrecadação de impostos diretos. Isto é, os impostos sobre rendimentos são materialmente arrecadados não pelo Estado, mas por um particular encarregado de uma função administrativa. Portanto, mesmo o processo executivo para os impostos sobre rendimentos é promovido por um particular encarregado de uma função administrativa. Em outras palavras: a arrecadação dos impostos é atribuída pelo Estado, por empreitada, a um particular, assim como o Estado pode empreitar a construção de um aeroporto ou de um porto.

As razões históricas pelas quais nós temos este instituto na Itália, seria interessante, mas é demorado explicar-lhes. Posso dizer-lhes, porém, que essa figura do exator vai desaparecendo; vai desaparecendo, no sentido de que se torna continuamente ampliado o dever do cidadão de pagar diretamente aos cofres do Estado as somas devidas ao erário. Pelo que o exator entra em jogo somente quando o cidadão descumpra essa obrigação.

O exator arrecada o imposto com base num ato que se chama *ruolo delle imposte*. O rol (dos impostos) é uma relação coletiva em que são indicados os contribuintes, com as somas que devem pagar. Se os contribuintes não pagarem ao exator, dentro do prazo, este procede a execução forçada. Temos portanto um processo executivo especial, processo executivo exatorial, promovido por um particular e, como dizia já muito bem Gallo, o cidadão dispõe de meios muito limitados para opor-se a esse procedimento" (*I Ciclo de Conferências sobre Temas Tributários*, Editora Resenha Tributária, 1979, p. 39/40).

trina não é correto que a lei possa fazer do quadrado redondo, como ficção jurídica, em diversas situações de normação possível. Os ordenamentos jurídicos supremos não costumam determinar o que seja serviço público e os infraconstitucionais estão mais voltados à indicação do tipo de serviço público hospedado pelo país¹¹.

Diferentemente não ocorre no Brasil, em nível de texto supremo, embora a noção de serviço público esteja bem delineada nos textos inferiores. Não há, todavia, uma clara conceituação legal do que seja serviço público, nem lista exaustiva de quais serviços teriam tal conotação, sobre haver nítida zona cinzenta no que concerne aos serviços públicos periféricos.

Desta forma, a corrente formalista, embora com real intuição do problema, nem sempre encontra nos textos legais a elucidação de todas as dúvidas a respeito de uma conformação definitiva do serviço público.

Por esta razão, necessita ela de complementação — que me parece essencial — ou seja, de que a natureza jurídica do serviço público é que lhe dá tal perfil, a não ser que a lei expressamente o negue.

Por tal concepção, o serviço público o é por sua natureza intrínseca, independente do agente que o presta, só deixando de sê-lo, por ficção legal, se a lei declarar a sua não-condição de serviço público.

11 Massimo Severo Giannini ensina: "Si deve allora dire, con alcuni, che l'ente pubblico non ha più ragion d'essere, che si tratta di una nozione superata, che occorrerebbe che i legislatori avessero il coraggio di sopprimerla?"

Queste sarebbero esagerazioni. È tante volte accaduto, nella storia, che gli istituti giuridici, dilatandosi nelle loro applicazioni normative e negoziali, si sono differenziati assumendo tratti strutturali e funzionali eterogenei. È ciò che è accaduto per gli enti pubblici: la primitiva figura dell'ente pubblico si è ormai differenziata in più moduli (o modelli, come altri dice), sia strutturali che funzionali. Si dice da alcuni che quantomeno una funzione unitaria vi sarebbe in ciò: che l'ente pubblico realizza sempre una presenza pubblica in una materia: ma più che una funzione si dovrebbe parlare di un risultato; senonché il risultato lo si può ottenere anche con un ente privato, p.es. una società a partecipazione pubblica maggioritaria.

Altri osservano che comunque nei confronti dell'ente pubblico esisterebbe uno speciale controllo straordinario, che è lo scioglimento degli organi istituzionali dell'ente con possibilità di nomina di un amministratore straordinario (commissario straordinario).

Senonché il potere di scioglimento degli organi istituzionali di un ente esiste anche nei confronti di società cooperative, di aziende di credito in forma di società commerciale, di molti consorzi non pubblici, in una parola anche nei confronti di enti privati (di interesse pubblico)", *continuando*: "Pur vertendosi in materia molto dibattuta, la classificazione più semplice dei moduli degli enti pubblici è la seguente:

- a) enti indipendenti, in cui si esprimono poteri pubblici indipendenti dallo Stato;
- b) associazioni pubbliche, o enti associativi, che sono un'espressione pubblicista del fenomeno dell'associazionismo;
- c) enti ausiliari, cioè enti costituiti da altro ente (Stato, regione, comune) per svolgere attività che dal punto di vista tecnologico non possono essere svolte o non è opportuno che siano svolte dall'ente istituito. Questo gruppo si suddivide in enti strumentali, enti di servizi, enti di disciplina di settore ed enti imprenditoriali" ("Diritto Amministrativo" volume primo, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 189/190).

Parece-me ser esta a concepção melhor, de resto aquela que o X Simpósio Nacional de Direito Tributário, que coordenei, adotou ao embutir as formas clássicas de sua remuneração, seja por taxa, seja por preço público¹².

Todos os autores do caderno-texto para o evento debruçaram-se sobre a natureza do serviço público, apresentando aspectos interessantes para a reflexão, tais como o de que o serviço público essencial só pode ser remunerado por taxa e o periférico também por esta modalidade, se, porventura, o usuário do mesmo não tiver alternativa válida para dispensá-lo, optando por outra solução, no regime privado e de livre escolha¹³.

De resto, foi a postura do Supremo Tribunal Federal, ao considerar, as custas judiciais, taxa, e não, preço público. O eminente ministro Moreira Alves, ao votar, como relator, em representação da Procuradoria Geral da República por mim provocada, quando conselheiro da OAB-SP, a pedido da entidade, declarou que o serviço público monopolizado não poderia ensejar remuneração por preço público, que pressupõe uma relação de coordenação.

12 "1ª Questão: Em nosso ordenamento positivo, há critério jurídico para distinguir as taxas dos preços públicos? Em caso afirmativo, qual?

Resposta: Sim. 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 originariamente 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 C.F.

Nota: Esta foi a resposta vencedora com 39 votos do Plenário, contra 38 votos dado à adoção da redação da Comissão I. Em vista dessa diferença de apenas um voto, reputamos interessante reproduzir a redação vencedora:

"As taxas são tributos vinculados a uma atuação estatal, expressiva de serviço público prestado ou posto à disposição dos administradores, 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 administrados, a cargo de entidades governamentais ou não-governamentais investidas de personalidade de Direito Privado.

No ordenamento legal brasileiro há critério jurídico 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 aos preços públicos;
- c) de ser a 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 (*Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 11*, CEEU/Resenha Tributária, 1986, p. 575/576).

13 O "Caderno n.º 10 de Pesquisas Tributárias" (Ed. CEEU/Resenha Tributária, 1985) foi escrito pelos seguintes autores: 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 Melo, Marco Aurélio Greco, Sacha Calmon Navarro Coelho, Toshio Mukai, Vittorio Cassone, Wagner Balera, Ylves José de Miranda Guimarães e Zelmo Denari.

nação e não de subordinação entre as partes, razão pela qual o Estado, ao não permitir que o cidadão faça justiça com as próprias mãos, impõe um regime que o obriga a recorrer à prestação judicial para resolver seus problemas, equacionar suas dúvidas, salvaguardar seus interesses e proteger seus direitos. A remuneração, pois, de tal serviço, só poderá ser feita por taxa, em face de desvendar uma relação de subordinação.

Um penúltimo aspecto merece reflexão. Um Estado Democrático de Direito não permite que as leis de restrições de direitos possam ser interpretadas extensivamente. Sempre que uma lei implicar restrições de direitos aos cidadãos e residentes, deve ser interpretada restritivamente, ao contrário daquelas que não impliquem restrições¹⁴.

O Direito Penal não admite a integração analógica contra o paciente, mas permite a interpretação *in dubio pro reo*, assim como a retroatividade benigna. O mesmo se diga em relação ao Direito Tributário, que, sobre hospedar idênticos princípios, admite a interpretação extensiva para as imunidades tributárias.

É que, para tais ramos da ordem jurídica, a sua aplicação implica restrição de direitos pecuniários ou de ir e vir, sendo a exegese dos aplicadores da lei, sempre mais favorável, na dúvida, ao indivíduo que poderá sofrer restrição no exercício de seus direitos¹⁵.

14 Escrevi: "A segunda vertente de princípios é voltada à organização da forma de Estado, da forma de governo e dos mecanismos de autocontrole e administração, inclusive financeira, e de uma superior fiscalização a ser feita pelo povo, autocontrole, após Locke e Montesquieu, ancorado na tripartição dos poderes. Mais do que isso: consagra de que forma o Poder deve servir o povo e não transformar o povo em servidor do Poder.

Ora, essas duas vertentes de princípios encontram-se tanto na Constituição Americana, que possui apenas 7 artigos e teve 26 emendas em 200 anos, como nas mais prolixas constituições do mundo, inclusive na atual Constituição Brasileira que possui 302 artigos, alguns deles exteriorizados em diversas páginas das publicações já em circulação.

À evidência, se as duas vertentes são comuns à ordem constitucional de todo o mundo e a mais importante delas é aquela vertente voltada ao destinatário da ordem constitucional, qualquer que seja o povo, não se podem colocar princípios de segunda ordem, superando os de primeira, a título de se admitir o da recepção, como instrumental de convivência do Direito intertemporal.

Em outras palavras, sempre que um Direito não sofra qualquer espécie de restrição no Direito atual, o Direito anterior, que a impunha, não pode ser recepcionado e deve ser afastado.

É que a inexistência de restrições oferta campo que somente pode ser reduzido por uma nova ordem. Não pode, porém, a velha ordem restritiva ser hospedada pelo conteúdo destituído de limitações, exposto pela que lhe sucedeu" (*A Constituição Aplicada*, Edições CEJUP, 1989, p. 31/32/33).

15 Os artigos 106, 108 § 1º e 112 do CTN têm a seguinte dicação:

"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

Ora, qualquer interpretação que implique, na ausência de texto expreso, restrição de direitos, é uma interpretação contra o texto constitucional razão pela qual maculada do vício maior, que é a falta de lastro na lei máxima.

Um último ponto — para que passe a responder às questões formuladas — diz respeito ao princípio da recepção, pelo qual uma lei editada sob a égide de texto pretérito que não conflite com a nova ordem constitucional, é por ela recebida, pouco importando que a doutrina vacile sobre a forma como ganha eficácia na nova ordem, isto é, por ser recebida com a força do direito anterior, renovada pelo texto atual, ou por ter recebido eficácia exclusivamente da nova ordem, sem necessidade, todavia, de renovação do processo legislativo para sua edição. É que qualquer das duas correntes não afeta a eficácia futura, seja por ter, a passada, sido recepcionada, seja por ter a sua nova ordem ofertado nova eficácia ao texto anterior¹⁶.

Desta forma, qualquer que seja a corrente, o texto não-conflitante da ordem anterior é pela nova recepcionado, eliminando-se o caos que geraria a necessidade de reedição formal de todos os textos anteriores não em choque.

Isto posto, passo a responder às questões formuladas pelo eminente secretário, à luz dos alicerces que coloquei nas reflexões produzidas até aqui.

O novo texto constitucional alterou a dicção legislativa do anterior, mas não modificou, senão em parte, a escultura jurídica pretérita.

Com efeito, rezava o artigo 8º, inciso XV, letra a, que:

penalidade menos severa do que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática”;

“Art. 108. § 1º: o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”;

“Art. 112. A lei tributária que define infração, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: I. à capitulação legal do fato; II. a natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; III. à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; IV. à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação”.

16 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 do Direito*, vol. 63, p. 333) e lembra Kelsen: “Isso se explica pela tese da recepção, que é lembrada, 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, inextata, continuam a ser válidas, são, de um ponto de vista jurídico, leis novas, cujo significado coincide com o das velhas. Essas não são tão 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, p. 334/335, 1981).

“Art. 8º. Compete à União:

...

XV. explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão:
a) os serviços de telecomunicações”;

estando o artigo 8º, inciso XVII, letra *i*, assim redigido:

“Art. 8º. Compete à União:

....

XVII. legislar sobre:

...

i) águas, telecomunicações, serviço postal e energia (elétrica, térmica, nuclear ou qualquer outra)”¹⁷.

Reza, por outro lado, a Constituição atual, em seu artigo 21, inciso XI, que:

“Art. 21. Compete à União:

....

XI. explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de Direito Privado através de rede pública de telecomunicações explorada pela União”;

17 Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina:

“XV. explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: ...”.

Exploração. A Constituição reserva à União a exploração dos serviços e bens mencionados nas alíneas abaixo. Essa exploração pode ser direta, assumindo ela própria o encargo de fazê-los funcionar e auferindo assim o rendimento de tal empresa. Ou indiretamente, dando a outrem a incumbência, através de autorização ou concessão.

Concessão. Já se assinalaram mais acima os principais traços característicos de uma autorização (vide, supra, os comentários ao art. 8º, VII). Um dos instrumentos previstos pela Constituição para a exploração dos serviços e bens mencionados abaixo é exatamente a autorização.

Todavia, a autorização, sob forma pura, não é conveniente para o particular. De fato, a exploração exige grande capital, de modo que é preciso estabilidade de situação, para que o risco do empreendimento se reduza a níveis razoáveis. Por isso, torna-se imprescindível recorrer a outras modalidades, como a permissão, tomada esta como espécie mais estável de autorização, ou a concessão (cf. Reale, *Direito...*, cit, p.156).

Ao contrário da autorização que é sempre um ato unilateral, a concessão tem natureza contratual: é ato bilateral, portanto. Na verdade, pode ela ser definida como “um contrato de Direito Público, oneroso, sinalagmático e comutativo, pelo qual a Administração transfere à pessoa de Direito Privado a obrigação de fazer funcionar um serviço público” (cf. Mário Masagão, *Curso de Direito Administrativo*, t.II, nº 480).

“a) os serviços de telecomunicações;”.

Telecomunicações. Esse termo abrange todas as formas de comunicação à distância, seja pela transmissão de imagens, seja pela de sons, seja pela de sons e imagens. Compreende, portanto, telégrafo, rádio, televisão, telefone” (*Comentários à Constituição Brasileira*, 6ª ed., Saraiva, 1986, p. 79/80).

estando o inciso XII, letra a, com a seguinte dicção:

“Art. 21. Compete à União:

...

XII. explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações”.

O artigo 22, inciso IV, tem o seguinte discurso:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

....

IV. águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão”¹⁸.

Como se percebe, o constituinte fez menção, por duas vezes, aos serviços de telecomunicações, a primeira vez condicionando a concessão de tais serviços, sempre que a União não explorá-los diretamente, à empresa sob controle acionário estatal, e a segunda, admitindo a exploração, não só por concessão, mas também por permissão e autorização sem condicionamentos, podendo ser esta em favor de empresas estatais ou de empresas privadas.

18 Pinto Ferreira preleciona: “A União tem a competência de explorar, diretamente ou mediante concessão, as empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviço de informações por entidades de Direito Privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União (CF, art. 21, XI).

Tais atividades podem ser exploradas diretamente, ou executadas com exclusividade pela União. Existe monopólio quando a exploração é feita de modo direto e exclusivo pela União. Esta pode, porém, delegar a exploração a terceiros diretamente.

A transferência da execução das atividades referidas na Constituição Federal de 1988, no art. 21, XI, fica legitimada e legalizada pela União, pela delegação. A delegação é bilateral, através de concessões, ou unilateral, através de autorização e permissão. Esta última não é referida no texto atual, mas o era na Constituição Federal de 1969 (art. 8º, XV).

O conceito de telecomunicações é amplo e abrangente; compreende os sistemas de telegrafia, telefonia, radiodifusão e televisão. A União é detentora do monopólio estatal destes serviços, que pode executar diretamente, porém pode delegá-los mediante concessão, mas na hipótese de delegação continua exercendo o seu poder de fiscalização e controle.

A empresa que explorar os serviços públicos de telecomunicações é obrigada a divulgar a relação dos respectivos assinantes, periodicamente, conforme o seu regulamento, fazendo a edição de listas telefônicas (Lei Federal nº 6.874, de 4.12.1980)” (*Comentários à Constituição Brasileira*, 1º volume, Saraiva, 1989, p. 560/561).

O inciso XI, todavia, faz menção a serviços públicos de telecomunicações, enquanto o inciso XII, letra a, apenas a serviços de telecomunicações. Distingue, pois, o constituinte, os dois tipos de serviços, ou seja, os serviços públicos essenciais e aqueles apenas periféricos, que ficam numa zona cinzenta entre a exploração das atividades pelo segmento privado, e aquela pelo segmento público¹⁹.

Como homenagem à inteligência dos constituintes, não posso admitir que tenham eles tratado do mesmo tipo de serviço em dois comandos sucessivos, embora ambos sejam públicos, posto que apenas possíveis de serem prestados por exploração direta da União ou pelas formas previstas nos incisos XI e XII²⁰.

Ora, se o constituinte cuidou de dois tipos de serviços públicos, em um deles acrescentando a palavra pública e em outro não, e estabeleceu dois regimes distintos para sua exploração, à evidência, pretendeu recepcionar o regime jurídico já existente e que se revelava adequado, distinguindo o serviço público essencial, do periférico, e exigindo exploração direta ou indireta estatal para o primeiro e apenas concessão, autorização ou permissão para empresas estatais ou privadas, em se tratando do segundo²¹.

19 Pontes de Miranda sobre o Direito pretérito faz a curta observação: "Exploração, Autorização e Concessão de Telégrafos e Telefones e outras Atividades. À União compete explorar; permite-se-lhe autorizar ou conceder. Até onde pode ir a autorização ou a concessão o texto não diz, mas é de notar-se que não se admite ser data em tal extensão que possa constituir ameaça à defesa nacional" (*Comentários à Constituição de 1967*, Tomo II, Forense, 1987, p. 38).

20 Hely Lopes Meirelles esclarece: "Como o serviço, apesar de concedido, continua sendo público, o poder concedente - União, Estado-membro, Município- nunca se despoja do direito de explorá-lo direta ou indiretamente, por seus órgãos, suas autarquias e entidades paraestatais, desde que o interesse coletivo assim o exija.

Nessas condições, permanece com o poder concedente a faculdade de, a qualquer tempo, no curso da concessão, retomar o serviço concedido, mediante indenização, ao concessionário, dos lucros cessantes e danos emergentes resultantes da encampação.

As indenizações, em tal hipótese, serão as previstas no contrato ou, se omitidas, as que forem apuradas judicialmente.

A concessão pode ser conferida com exclusividade, ou sem ela, as pessoas jurídicas ou físicas, e como atividade particular será exercida, quer no tocante à prestação do serviço, quer no que entende com o seu pessoal. Somente para os fins expressamente consignados em lei, ou no contrato, é que equiparam os concessionários a autoridades públicas, sujeitando-se os seus atos a mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 1º, § 1º).

Nas relações com o público o concessionário fica adstrito à observância do regulamento e do contrato, que devem estabelecer direitos e deveres também para os usuários, para defesa dos quais dispõe o particular de todos os meios judiciais comuns, notadamente a via cominatória, para exigir a prestação do serviço nas condições em que o concessionário se comprometeu a prestá-lo aos interessados em geral" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 13ª ed., ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 318/319).

21 É, aliás, a postura também de Pinto Ferreira que admite ter sido recepcionado o Direito pretérito, ao dizer: "A União Federal tem a seguinte competência: a) legislar sobre serviços de radiodifusão (art. 22, IV); b) delegar, mediante autorização, concessão ou permissão, a execução de tais atividades

Ora, tal conformação é vislumbrada na lei 4.117/62, que explicita seis tipos definidos de serviços.

Com efeito, a lei 4.117/62 tem o seu artigo 6º assim redigido:

“Art. 6º. Quanto aos fins a que se destinam, as telecomunicações assim se classificam:

- a) serviço público, destinado ao uso do público em geral;
- b) serviço público restrito, facultado ao uso dos passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não-atendidas por serviço público de telecomunicações;
- c) serviço limitado e executado por estações não-abertas à correspondência pública e destinado ao uso de pessoas físicas ou jurídicas nacionais. Constituem serviço limitado entre outros: I. o de segurança, regularidade, orientação e administração dos transportes em geral; II. o de múltiplos destinos; III. o serviço rural; IV. o serviço privado;
- d) serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão;
- e) serviço de radio-amador destinado a treinamento próprio, intercomunicação e investigações técnicas, levadas a efeito por amadores, devidamente autorizados, interessados na radiotécnica unicamente a título pessoal e que não visem a qualquer objetivo pecuniário ou comercial;

(CF, art.21, XII, a); c) fiscalizá-las, de acordo com as obrigações contraídas, decorrentes do ato de delegação.

A União tem a prerrogativa de explorar diretamente com plena exclusividade os serviços de radiodifusão ou delegá-los.

Os serviços de radiodifusão compreendem a radiodifusão sonora (transmissão de sons) e a televisão (transmissão de sons e imagens). O Código Brasileiro de Telecomunicações, constante da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, *regula a matéria, juntamente com a presente Constituição Federal (arts. 220 a 224).*

A concessão efetiva-se mediante decreto; a autorização, por meio de portaria.

O Poder Executivo tem a competência de outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, cujo ato deverá ser apreciado pelo Congresso Nacional no prazo de quarenta e cinco dias a contar do recebimento da mensagem (CF, art. 64, §§ 2º e 4º, c/c o art. 223). A não-renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do congresso Nacional em votação nominal. O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial (CF, art. 223, § 4º)” (grifos meus) (*Comentários à Constituição Brasileira*, 1º volume, Saraiva, 1989, p. 564/556).

f) serviço especial, relativo a determinados serviços de interesse geral, não-aberto à correspondência pública e não-incluídos nas definições das alíneas anteriores, entre os quais: I. o de sinais honorários; II. o de frequência padrão; III. o de boletins meteorológicos; IV. o que se destine a fins científicos ou experimentais; V. o de música funcional; VI. o de radiodeterminação”²².

Destes serviços, à evidência, o primeiro deles é o serviço público a que fazia menção o Direito pretérito e a que faz menção à Constituição atual em seu inciso XI artigo 21. Somente empresas estatais concessionárias podem explorá-los ou a própria União.

São serviços essenciais e, portanto, por determinação constitucional, de exploração exclusiva pela União, por sua administração direta ou por empresa controlada por qualquer entidade da Federação²³.

Os demais serviços são serviços periféricos (públicos), mas não-essenciais, razão pela qual houve por bem, o constituinte, abrir um leque maior de alternativas para sua exploração, seja para não sobrecarregar a União ou empresas estatais em investimentos nesta área, seja para, com maior amplitude, utilizando-se de capitais privados, explorá-los.

22 Continua atual a lição de Ruy Cirne Lima ao dizer:

“A par das pessoas de dos bens, conhece o Direito Administrativo mais uma categoria jurídica, indecisa em seus caracteres, sorte de limbo em que se acumulam as pré-formas e as formas não-diferenciadas, ainda insuscetíveis de enquadrar-se com uma daquelas duas classificações fundamentais. Essa categoria jurídica é o serviço público.

1. A par das pessoas e dos bens, figura o serviço entre os padrões de individualização jurídica da realidade objetiva; mas, a sua importância nos quadros do Direito Administrativo quase, pelo confronto, lhe faz desaparecer as manifestações paralelas na esfera do Direito Privado.

A individualidade jurídica, a que se dá o nome de serviço público, é indecisa em seus caracteres: — ora denota a predominância dos sinais caracterizadores da individualidade — pessoa, ora a predominância dos da individualidade-coisa” (*Princípios de Direito Administrativo* 6ª ed., Revista dos Tribunais, 1987, p. 81).

23 Não confundir tal controle com Administração Indireta. É, aliás, José Cretella que alerta: “Assim, a expressão Administração Indireta significa “gestão de serviços públicos por qualquer tipo de entidade, pública ou privada, desde que diversa da pessoa jurídica pública política de existência necessária, sua matriz, criadora ou controladora”. Nunca, jamais, a União, nem os Estados, nem os Municípios, pessoas políticas, centros, serão, pela própria natureza das coisas, Administração Indireta. Exceto estas, as demais pessoas do mundo jurídico podem ser incluídas na classe da Administração Indireta, bastando, para isso, que preencham um só requisito — a prestação ou gestão de serviços públicos —, ao nascer, gestão originária, posteriormente, mediante transformação, gestão derivada, ao assumirem a responsabilidade do desempenho de serviços públicos, antes geridos por outra unidade, à qual sucederam, mediante outorga expressa.

Pode-se, apenas, para seguir a rotulação legal, empregar a expressão Administração Indireta para indicar as entidades assim designadas, pela lei, entendendo-se, porém, que o nome não reflete a natureza das coisas. É denominação contingente, que não resiste a nenhuma análise científica e que o tempo se encarregará de eliminar” (“A Constituição Brasileira 1988 — Interpretações”, *Forense Universitária*, 1988, p. 109).

O constituinte, portanto, em rigoroso tratamento jurídico, criou disciplina legal de Direito Público, impondo as licitações necessárias para a exploração indireta, recepcionou a lei 4.117/62, como já a recepcionara a Constituição de 1967, fazendo a dupla distinção e submetendo, tal tipo de serviço, ao regime jurídico próprio dos serviços públicos de densidade econômica e não de economia de mercado, na dupla forma de exploração de tais atividades.

O parecer que o dr. Mauro Fernando Pilar Porto para o antigo governo ofereceu, na mesma linha do presente, apresenta inclusive interessante forma de ver o problema. Sem falar em serviço público essencial e periférico, fala em *serviço público* e *serviço prestado ao público*, distinguindo-os pela relevância, embora não inclua estes últimos entre os serviços públicos²⁴.

A meu ver, pelas premissas que coloquei neste parecer, o regime jurídico de todos os serviços de telecomunicações é regime jurídico de serviço público (artigo 175) e não de atividade econômica de mercado (art. 173), mas o tratamento constitucional distinguiu os serviços essencialmente públicos por definição legal, dos serviços de radiodifusão e demais serviços de telecomunicações (art. 21, XII, a), com liberdade maior de contratação para a exploração indireta destes últimos.

Dentro desta linha, não há como não entender que, exceção feita à letra a do artigo 6º da Lei 4.117/62, que é serviço público de telecomunicação regido pelo comando supremo do artigo 21, inciso XI, em todos os demais (letra b a f) sua regência se faz pelo princípio do artigo 21, inciso XII, letra a, podendo, as empresas privadas, concorrerem à exploração indireta, por uma das três modalidades indicadas pelo constituinte²⁵.

24 "Não existe, a rigor, definição genérica aceitável do que deva ser entendido por "serviços públicos", dentre a diversidade das situações que englobam a prestação de serviços "ao público" em geral, a prestação de serviços por "órgãos públicos", por servidores do "serviço público", ou por empresas concessionárias de "serviço público".

É certo, no entanto, que não se pode confundir serviço prestado *ao público*, com *serviço público*, sob a pena de se incluir na categoria de serviço público todo o comércio e os mais diversos serviços, alguns indubitavelmente relevantes e essenciais, como a prestação de serviços médicos e de alimentação, mas nem por isso, necessariamente, "serviços públicos" (p. 1 do referido parecer).

25 Celso Ribeiro Bastos explica: "No mais das vezes, esta atividade tem até mesmo um cunho econômico, isto é, sujeita-se a uma exploração que a assemelha a uma atividade econômica qualquer. No entanto, são coisas bem diferentes. Desde há muito não se faz confusão entre o que seja exploração pelo Estado de atividade econômica e prestação de serviço público. É que neste último entra um ingrediente muito importante que não está presente na primeira, qual seja, o fato de o regime jurídico do serviço público não ser idêntico ao do exercício das atividades comerciais e industriais. É mesmo tido por derogador destas últimas, uma vez que instrumentam o prestador do serviço público com regalias e privilégios que não seriam concebíveis, fosse ele um comerciante ou industrial, regido, em consequência, pelo Direito Comum. E a razão disto é o fato de que o serviço público tem de corresponder a uma atividade que, pela sua própria natureza, só o Estado tem con-

Como a caracterização do regime de exploração de serviço público de densidade econômica, representa restrição de direitos à exploração ampla, que é a regra dos princípios que regem a ordem econômica na Constituição, à evidência, das premissas que apresentei para este parecer, não pode, a restrição à sociedade para explorá-lo, ser interpretada extensivamente, mas contraidamente, com o que, também por este ângulo, prevalece a exegese que oferto, de recepção da legislação anterior pela nova ordem²⁶.

Seja pelo regime jurídico, seja pelo tipo de serviço nitidamente público periférico, seja pelo princípio da recepção, seja pela técnica hermenêutica da exegese restritiva aos princípios que implicam redução de direitos, entendendo, pois, que todos os serviços compreendidos entre a letra *b* a *f* do artigo 6º da lei 4.117/62, são regidos pelo comando do artigo 21, inciso XII, letra *a* da Constituição Federal.

Ora, o serviço móvel celular, não só pela definição da lei, como pela própria conformação do regulamento:

dições de prestar. De fato, é muito flagrante que certas atividades jamais poderiam ficar relegadas à seara dos particulares. Tome-se como exemplo a distribuição de gás por canalização. É óbvio que, se no mesmo lugar fosse dado a duas ou mais empresas explorarem o mesmo serviço, resultaria uma redundância de esforços no mesmo sentido, com manifestos inconvenientes de ordem pública -af incluída a própria perfuração excessiva do solo urbano. Assim aconteceu com a eletricidade, com os telefones, com a distribuição de água, com os serviços de esgotos, que sempre evidenciaram as manifestas vantagens de serem prestados em caráter exclusivo no mesmo espaço geográfico e sob um regime jurídico que melhor aparelhasse o próprio prestador, propiciando, destarte, melhores condições para o atingimento do interesse coletivo'' (*Comentários à Constituição do Brasil*, ed. Saraiva, 1990, vol. 7º p. 129).

26 No projeto articulado preparado por Hely Lopes Meirelles, Celso Bastos, Hamilton Dias de Souza, Cássio de Mesquita Barros Júnior, Cláudio Antonio Mesquita Pereira e por mim e que levei à discussão na Constituinte, reduzíamos, no campo dos serviços públicos periféricos, consideravelmente, a intervenção do Estado na Economia. O artigo *d* do projeto tinha a seguinte redação:

''Art. D — A intervenção da União no domínio econômico é excepcional e, na medida do possível transitória. Será sempre antecedida de lei complementar e poderá assumir as seguintes modalidades: concorrencial, monopolística e regulamentar, cujos pressupostos serão julgados por Comissão apropriada do Congresso Nacional.

§ 1º A intervenção concorrencial só se dará para organizar setor que não esteja sendo desenvolvido com eficácia pela iniciativa privada ou que esta não se disponha a fazê-lo.

§ 2º A monopolística só ocorrerá quando, em termos da lei complementar, a empresa privada foi tida por nociva ao setor.

§ 3º A regulamentar somente será autorizada para atingir os fins previstos no art. B, inciso V. O tabelamento estará sempre condicionado à existência de situações anormais de mercado e ninguém será forçado a vender por preço abaixo do custo. Em caso de desapropriação de bem tabelado, o preço oficial não será necessariamente o justo para efeito de indenização.

§ 4º Em todas as hipóteses, a intervenção cessará assim que desaparecidas as razões que ditaram a sua deflagração. Qualquer interessado será parte legítima para obter judicialmente o reconhecimento dessa cessação.

§ 5º Para atender à intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições de natureza tributária, destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos ou à efetivação da própria intervenção, na forma que a lei estabelecer'' (texto aprovado por maioria'' (*Roteiro para uma Constituição*, ed. Forense, 1987, p. 116/117).

“82º) Serviço de Radiocomunicação Móvel Restrito — serviço de telecomunicações móvel terrestre, marítimo ou aeronáutico, na modalidade público-restrito, com acesso aos sistemas públicos de telecomunicações”, é um serviço público restrito, sujeito, portanto, ao regime do inciso XII, letra a e não do inciso XI do artigo 21 da Constituição Federal.

Acresce-se que o Decreto nº 96.618 de 31.8.88 aprovou o Regulamento dos Serviços Públicos — Restritos, sendo que a norma nº 04/88 do Ministério de Comunicações, publicada no D.O.U. de 20.1.89, declara:

“Norma 04/88 — Regulamento do serviço móvel celular

A. Objetivo

Este regulamento tem por objetivo instituir o Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Restrito Celular/Serviço Móvel Celular, e regular as condições gerais para sua prestação, dispondo além disso, sobre os direitos e obrigações da entidade prestadora, do assinante do Serviço Móvel Celular e do usuário em geral”.

Com efeito, tal serviço prestado a alguns e não a toda a comunidade, pode ser executado por empresas privadas, desde que, em concorrência pública, sejam habilitadas a tanto. Sua relevância é periférica em relação a essencialidade do serviço público de telecomunicações, cujo espectro resulta mais abrangente e, portanto, condicionado à presença direta ou indireta maior do Estado.

Esta interpretação é, de resto, aquela que se coaduna com a *intentio legis*, visto que a atual Constituição faz clara opção, em matéria econômica, para o Estado Mínimo, delegando à iniciativa privada o máximo de atribuições.

Por todo o exposto, tomo por correta a conclusão do parecer que me foi submetido, embora meus fundamentos sejam um pouco distintos, entendendo que o serviço móvel celular de telecomunicação é o serviço público restrito da lei recepcionada pela nova ordem, por não ser com ela conflitan-

te, podendo ser explorado, diretamente pela União ou sob regime de concessão, permissão ou autorização, por empresas privadas²⁷.

S.M.J.

São Paulo, 28 de junho de 1990

27 Antonio Chaves sobre a lei recepcionada relembra o seu perfil: "A Lei nº 4.117, de 27.8.1962, completada e modificada pelo Decreto-lei nº 236, de 28.2.1967, que institui o Código Brasileiro de Telecomunicações, teve o regulamento geral para sua execução aprovado pelo Decreto nº 52.026, de 20.5.1963, que em seu art. 4º classifica os serviços de telecomunicações, para os efeitos do Regulamento Geral dos Regulamentos Específicos e dos Especiais, compreendendo transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético" (*Enciclopédia Suruiva do Direito*, vol. 72, p. 173). De notar-se que tal decreto sofreu alteração com a edição do Decreto 97.057 de 10.11.88.

**O PERFIL JURÍDICO DOS *SHOPPING CENTERS* — O
PRINCÍPIO DA ISONOMIA EM DIREITO E OS LIMITES DO
PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL EM FACE DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL — PARECER**

CONSULTA

A consulente, que é o maior *shopping center* do Paraná, por sua eminente advogada dra. Hanelore Morbis Ozório, pergunta-me sobre a constitucionalidade de lei aprovada pela Câmara Municipal e ainda não-sancionada pelo exmo. sr. prefeito municipal, que permite a inúmeros estabelecimentos não se submeterem a um horário restrito de atendimento ao público, mas veda tal tratamento à consulente, a qual, sobre ser ponto turístico e de lazer da cidade, alberga 203 casas comerciais. Acresce-se que tal lei foi aprovada por diferença de 1 voto, em escrutínio secreto, apesar da Lei Orgânica do Município exigir votação pública. É de se lembrar que todos os *shopping centers* de todas as cidades brasileiras, que são, hoje, o mais eficaz instrumento de atração turística dos grandes municípios e de obtenção de recursos em negócios que geram empregos e tributos, não sofrem qualquer espécie de restrição, com o que o município de Curitiba, a ser sancionada a lei, estaria, sem motivo justificado, discriminando e inviabilizando o empreendimento, por tratamento desigual.

Em face do exposto, pergunta a consulente se tal lei violaria o princípio da isonomia, em seu aspecto material, assim como, no concernente ao processo legislativo, se não estaria maculado de insanável vício pela forma de sua veiculação.

RESPOSTA

Fenômeno indiscutível de atração turística e modernização nas relações comerciais de varejo, os *shopping centers*, em todo o mundo, transformaram-se no mais eficiente instrumento de ampliação das atividades econômicas dessa

natureza, sobre gerar tributos e empregos, sem precedente, sequer remoto, na concepção mercantil do século passado e da primeira metade deste século¹.

Em grande parte o surgimento dos *shopping centers* decorreu do crescimento dos grandes centros urbanos. Maurice Crouzet relembra que Luíz XIV sentia-se inferiorizado, no fim do século XVII, por ter Paris 40.000 habitantes e Londres 80.000. As duas principais cidades européias da época possuíam, pois, uma população de pequeno município brasileiro, visto que é considerado município médio, no Brasil, aquele que possua 100.000 habitantes pelo menos².

O duplo cenário de verticalização e horizontalização das cidades, que, simultaneamente, ocorreu, levando à criação das megalópolis, produziu sensível reformulação do perfil clássico do estabelecimento comercial, pois a distância, a agitação maior das grandes cidades, a multiplicação de problemas para os residentes da classe média nestes centros, reduziu sua disponibilidade de tempo para o lazer e para as compras, que não representavam, no passado, necessariamente, atividades congregadas³.

Quando coordenei o 2º Congresso Interamericano de Direito Tributário, dedicado ao tema "Fixação das linhas mestras de uma política tributária para o desenvolvimento urbano", em 1975, a alteração do tipo de desafio da classe média da primeira metade do século para a segunda, serviu de tema permanente nos estudos de todos os mestres latino-americanos, inclusive dos professores europeus, que dele participaram.

1 Rubens Requião ensina: "Mas a concentração urbana moderna, com a necessidade do deslocamento rápido pelos veículos automotores, modificou o aspecto antigo das cidades tradicionais. A trepidação da vida moderna, as novas técnicas de distribuição e venda das mais variadas mercadorias, o anseio de conforto coletivo e individual, tudo predispôs diretamente os empresários comerciais a idealizarem um centro, de sentido urbano, que concentrasse os mais variados artigos que o mercado proporciona, num ambiente funcional e estático. Nele os mais variados artigos são postos às mãos da freguesia, em condições de bom gosto, de qualidade, de higiene e de conforto. Surgiram, assim, os modernos centros comerciais, de inspiração norte-americana.

Para uma organização dessa natureza, segundo novos padrões de tecnologia comercial, impôs-se uma planificação inteligente e sofisticada, que se inicia com a escolha do local, tendo em vista as condições adequadas de densidade demográfica. A rede viária deve ser considerada, para afastar o desconforto e angústia do tráfego congestionado, oferecendo um local amplo para comportar um estacionamento de automóveis, uma das condições essenciais para o sucesso do "empreendimento" (*Shopping Centers — Aspectos Jurídicos*, Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 121/122, divs. auts.).

2 História Geral das Civilizações, 7ª volume, Ed. DIFEL — 1958.

3 Fabio Nusdeo em sua tese de doutoramento apresentada para a Faculdade de Economia da USP sob o título "Uma Contribuição para as Deseconomias Externas" e E.J. Mishan no estudo *Economic Growth: Some Pessimistic Reflections* (Ed. G.Ideas 1971 p. 52/72) apresentam os contornos fundamentais do desenvolvimento dos complexos industriais e a forma de equilíbrio difíceis de serem obtidos, nos aspectos das deseconomias urbanas, mormente pelos obstáculos na adoção de uma política harmônica para enfrentar tais problemas.

Os expositores publicaram, na ocasião, pela Asociación Interamericana de la Tributación, pelo Centro de Estudos de Extensão Universitária e pelo Conjunto Universitário Cândido Mendes, propostas para os legisladores municipais na percepção da mudança do fenômeno e de sua adaptação à nova realidade⁴.

Os *shopping centers* surgiram para atender estes novos desafios da urbanização. Em dois recentes seminários sobre aspectos jurídicos relacionados a tal forma de unir o comércio tradicional ao lazer e ao turismo (*Shopping Centers — Questões Jurídicas*, 1988-1989), que, como presidente da Academia Internacional de Direito e Economia, coordenei com o ilustre presidente do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro (dr. Marcus Faver), e aos quais compareceram a grande maioria dos eminentes Ministros do S.T.F., S.T.J., Desembargadores e Juízes de diversos Estados, além de renomados juristas, discutiu-se, em profundidade, a conformação jurídica que a pactuação privada, a imposição tributária e as relações com os poderes públicos deveriam ofertar, em face de as regras da hermenêutica tradicional serem insuficientes a deslindar o complexo de novas relações criadas⁵.

Exemplo significativo é o que diz respeito ao contrato de locação. Todos os conferencistas entenderam que o contrato implica duas pactuações di-

4 Foram eles Miguel Colasuonno, Nelson Gomes Teixeira, Jean Jacques Philippe, Roberto Casas, Carlos A. Mersan, Roberto O. Freytes, Adolfo Gabrielli, Elcio Couto, Annibal Fernandes, Fábio Leopoldo de Oliveira, Eros Grau, Edgard Neves da Silva, Walter Barbosa Corrêa, Manuel de Juano, José Carlos Graça Wagner, Sérgio Approbato Machado, Benedito Garcia Hilário, Ives Gandra da Silva Martins, Hamilton Dias de Souza, Paulo Celso Bergstron Bonilha, Marco Aurélio Greco, Alaôr Caffé Alves, Aires Ferdinando Barreto, Henrique Fingerman, M. A. Gondim e Silva, Sidney S. Apocalypse, Américo Vanini, Ylves J. de Miranda Guimarães, Kiyoshi Harada, José Augusto de Toledo, Francisco A. Fragata, Leonel de Andrade Velloso, J. Motta Maia, Luiz Salem Varella, Pérsio de Oliveira Lima, Miguel Rupo Correia, Paulo de Barros Carvalho, Puentes Mirta Beatriz, Duarte Ivo Cruz, Henry Tilbery, Edvaldo Brito, Fábio Nusdeo, José Souto Maior Borges, Sérgio Tostes, Victor Averbach, Fábio Fanucchi, Arthur Carlos Pereira Gomes.

5 Alfredo Buzaid em parecer não publicado escreve: "O empresário, que projeta a implantação de um *shopping center*, não se cinge a definir as linhas arquitetônicas do edifício, a demarcar as áreas onde se estabelecerão os comerciantes, a determinar a largura dos corredores, a funcionalidade da circulação, a distribuição racional das lojas, a contratar funcionários, a manter a ordem, o asseio e a segurança dentro e fora do edifício. A organização de um *shopping center* é uma atividade muito complexa, porque requer uma clara visão do empresário na escolha e seleção de unidades, no equilíbrio da competição, no esmero, na decoração e no estilo. O estabelecimento comercial, que nele se instala, há de estar em harmonia e correspondência com a alta clientela que freqüenta o *shopping center*.

Um *shopping center* é uma cidade em miniatura; nasce planejada pelo empresário, que cuida da sua localização em determinado ponto, da sua organização racional e do seu funcionamento regulado por princípios que são dispostos em regimento interno e aceitos previamente por todos os titulares de unidade que operam dentro do conjunto. Cada uma destas fases do planejamento merece uma análise especial, dadas as circunstâncias que as promovem, as ordenam e as qualificam" (p. 18 do texto que possuo).

versas, uma de natureza locacional e outra de cessão de direitos ou de fundo de comércio, com o que as Ações Renovatórias não poderiam desconhecer a segunda ordem de obrigações inerentes a qualquer contratação⁶.

O próprio contrato de reserva para a futura ocupação do espaço no *shopping* possui tratamento diferenciado para efeitos da incidência de imposto sobre a renda.

Não se deixou de examinar, exaustivamente, as questões inerentes ao fundo de comércio, tendo eu defendido, com aceitação dos juristas e magistrados presentes à minha palestra, que ao fundo de comércio normal do estabelecimento, que se integra à *longa manus* do *shopping*, une-se o fundo de comércio do próprio *shopping center*, formando uma espécie de “sobrefundo” em relação a este conceito tradicional⁷.

6 No relatório do acórdão do 2º T.A. Civil de São Paulo na Ap. Civil nº 159.864 (7ª Câmara) lê-se: “Referidas peculiaridades justificavam a inclusão de cláusulas especiais, além das regras de um contrato de locação típico. Daí a possibilidade de admissão das condições estabelecidas na escritura declaratória de Normas Gerais Regedoras das Locações do *Shopping Center* Morumbi entre as demais relações locatícias mantidas entre as partes, exatamente porque o objeto do contrato se relacionava à loja localizada no interior de *Shopping Center*.”

A propósito, a lição do prof. Alfredo Buzaid (*Da Ação Renovatória*, 2ª. ed., 1981, II/653 e segs) invocada pelos apelantes é esclarecedora a respeito das condições de um *Shopping Center*, provocadoras das particularidades existentes nos contratos de locação objetivando lojas localizadas em seu interior.

No mesmo sentido é o estudo do prof. Rubens Requião, publicado recentemente in RT 571/9 e segs. e do Des. Luís Antonio de Andrade (RT 572/p. 10 itens 2.3)” (9.8.83).

7 Robert Vladimir Hirschfeldt esclarece, em visão empresarial, uma das razões dessa projeção do “sobrefundo” dos *shopping* sobre as lojas-satélites: “A estratégia de localização de uma loja dentro de um S.C. é de grande interesse para os comerciantes e para os empreendedores. Um *mix* bem elaborado, como já foi enfatizado anteriormente, é uma das principais preocupações dos planejadores, sendo um dos fatores que diferenciam um S.C. de outras formas de agrupamentos varejistas. O *tenant mix* de S.C., que visa proporcionar ao lojista e aos consumidores um composto de lojas que satisfaça a ambos, tem seu arcabouço na “teoria da atração cumulativa”, desenvolvida por Richar L. Nelson. Diz a teoria que dado número de lojas, atuando em um mesmo campo de negócios, atrairá mais vendas se as lojas se localizarem perto umas das outras, do que se estiverem separadas. Compreende-se então a presença de várias lojas do mesmo ramo atuando dentro de um S.C., além da presença — em vários casos — de mais de uma loja de departamentos. Esta proximidade, ao invés de prejudicar, contribui para que haja uma compatibilidade em termos de política de preços, imagem do S.C., atividades promocionais etc.

O princípio da compatibilidade estabelece que “duas lojas de comércio compatíveis, localizadas próximas, terão um incremento de seus negócios diretamente proporcional à incidência de consumidores que elas atraem e inversamente proporcional à taxa de volume de negócios de uma grande loja, com relação a uma pequena, e diretamente proporcional à quantidade de dinheiro das taxas de intenção de compra para o total de compra em cada uma dessas duas lojas”. Isto quer dizer que, em duas lojas situadas uma ao lado da outra, um cliente em cada cem, comprando em ambas, proporcionaria 1% a mais de negócios a elas do que se se localizassem separadas por uma distância que restringisse esse intercâmbio; e se um cliente em cada dez comprar em ambas as lojas, o volume total de seus negócios irá crescer 10%.

Esse intercâmbio favorece a proximidade de localização de grandes e pequenas lojas, o que é uma característica do conjunto de lojas dentro de um S.C.” (*Shopping Center* — O tempo do consumo”, ob. cit., p. 56/57).

Quem vai a São Paulo, hoje o maior centro de compras da América Latina, objetivando ter acesso à mais variada gama de produtos e serviços, conhece, como um verdadeiro cartão de visitas da cidade, os *shopping centers* Eldorado, Iguatemi, Ibirapuera, Morumbi etc., mas seria incapaz de relacionar 20% dos estabelecimentos comerciais enquistados em cada uma destas verdadeiras cidades mercantis de varejo, em que os *shopping* se transformaram⁸.

O mesmo ocorre em Curitiba, em que o *shopping center* Müeller passou a ser um cartão de visitas da cidade, não havendo turista que, ao passar por lá, não o termine visitando.

E o fenômeno não é brasileiro. É mundial. O tratamento jurídico dispensado a tais conglomerados é comum em todas as partes do mundo, sendo notável a quase identidade dos regulamentos internos destes *shopping* no Brasil, Estados Unidos, Europa ou mesmo Índia⁹.

Esta é a razão pela qual a legislação municipal no Brasil inteiro cuida da figura maiúscula e multifacetada dos *shopping centers*, de forma diversa dos estabelecimentos mercantis tradicionais, não subordinado a estrutura da-

⁸ Carlos Geraldo Langoni escreve: "O planejamento prévio do *tenant mix* permite estabelecer uma convivência lucrativa entre grandes e pequenos empreendimentos e atividades de lazer com serviços econômicos. Nos *shopping centers* os grandes "magazins" funcionam como "lojas-âncora", isto é, elementos de atração para o grande público, transferindo, automaticamente, para as lojas menores ("lojas magnéticas") uma parcela significativa de seu *good will* e permitindo a socialização indireta de seus dispêndios em propaganda e promoção. Em nenhuma outra forma espontânea de aglomeração de unidades comerciais esta transferência pode-se dar de forma tão intensa como ocorre nos *shopping centers*. É interessante notar que, ao contrário das formas convencionais de distribuição especial de unidades comerciais, os limites físicos e legais do *shopping center* impedem a internalização excessiva de benefícios nas grandes unidades produtoras, que não podem crescer em tamanho além do que havia sido inicialmente planejado ou podem, quando muito, acompanhar a expansão do *shopping center* como um todo. Não se verifica, neste caso, o fenômeno de deslocamento ou expulsão das unidades menores de uma certa área geográfica do mercado" (*Shopping Centers — Aspectos Jurídicos*, Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 58, divs. auts).

⁹ Leia-se, na mesma linha, o modelo contratual do *East India Square Salem, Massachusetts*, sobre a forma de pagamento de locação de espaço e cessão do fundo que não difere dos contratos dos *shopping* brasileiros: "3.1.2. the percentage rent shall be determined and paid as follows: (i) Monthly, on or before the tenth (10th) day of each calendar month of each lease year and of the month following the expiration or sooner termination of this lease, Tenant shall submit to Landlord a statement in writing signed and verified by Tenant (but which need not be audited) setting forth Tenant's gross sales as herein-after defined for the calendar month immediately preceding the calendar month in which such statement is required to be submitted, except in the case of the first (1st) of such statements which shall be for the period from the commencement of the term of the lease to the of the first (1st) full calendar month of such term. (ii) Contemporaneously with the submission of each monthly statement referred to in Article 3.1.2. (i) Tenant shall pay to Landlord as percentage rent a sum equal to the amount by which percent (%) of Tenant's gross sales for the month covered by such statement shall exceed the minimum rent paid by Tenant to Landlord in respect of such month".

queles à mesma legislação que disciplina os demais estabelecimentos, cuja existência resta muito mais vinculada ao seu próprio fundo de comércio que à agregação maior daquele complexo de interesses e motivações variadas que conformam os *shopping centers*¹⁰.

Compreendem, os legisladores municipais de todas as grandes cidades do país, que a existência, com plenitude de funcionamento, dos *shopping centers* representa forma de atrair turistas, de gerar maior atividade mercantil, maior arrecadação tributária, maior nível de emprego e maior captação de recursos internos e divisas externas, com a amplificação de tais macrocatalizadores de potenciais clientes.

Esta a razão, também, pela qual a legislação de Curitiba, sabiamente, como aliás a de todos os grandes municípios do Brasil, não ofertava restrições ao horário de funcionamento, até porque para o turismo — principalmente o de fim de semana e aquele proveniente da realização de eventos culturais como Congressos e Seminários — os horários de que dispõem os visitantes da cidade são aqueles vinculados a seu tempo de lazer¹¹.

10 Luís Antonio de Andrade esclarece: "Crescentemente disseminados nas cidades de grande densidade demográfica, os centros comerciais, ou, como se denominam em linguagem consagrada pelo uso, os *shopping centers*, constituem fenômeno dotado de caracteres peculiares. Não se trata de um mero agrupamento de lojas destinadas à venda de mercadorias e à prestação de serviços.

Finalidade precípua e fundamental do *shopping center* é fazer com que nele encontre o indivíduo tudo aquilo de que necessite, ou de que possa precisar — "do alfinete ao avião", como já se disse. Daí a diversificação e a variedade das mercadorias colocadas à venda e dos serviços e facilidades postos à disposição dos consumidores, tais como agências bancárias, postos telefônicos, estacionamento para carros, *playgrounds*, jardins etc.

Todo esse complexo — verdadeira "cidade em miniatura", na expressão de Alfredo Buzaid — de antemão concebido e planejado de acordo com os mais modernos e sofisticados princípios de marketing, tem como objetivo fazer do local um verdadeiro ponto de atração, centro convidativo ao consumo de bens e serviços, habituando os clientes a frequentá-lo e dispensando-os de deslocarem-se para outros lugares com o propósito de atenderem às suas necessidades" (*Shopping Centers* — Aspectos jurídicos, ob. cit. p. 168) (os grifos são meus).

11 Caio Mário da Silva Pereira ensina: "O *shopping center* não é uma loja qualquer; não é um conjunto de lojas dispostas num centro comercial qualquer; não se confunde com uma loja de departamentos (*store magazine*), já inteiramente implantada em nossas práticas mercantis há algumas décadas de anos. Na sua aparência externa, é um edifício de grandes proporções, composto de confortáveis salões para instalação de numerosas lojas, arranjadas com gosto e até com certo luxo, distribuídas ao longo de vários andares, selecionadas em razão de ordenamento espacial que atende a estudos destinados a distribuir os ramos de atividade segundo uma preferência técnica (mix) e levando em consideração que é necessário fixar a atenção dos consumidores sobre certas marcas ou denominações de maior atração (lojas-âncora). A situação topográfica é da maior relevância, porque pretende livrar a clientela dos inconvenientes impostos pela concentração urbana em bairros de elevado índice demográfico. Levando, ainda, em consideração que a freguesia mais numerosa é composta de pessoas de classe média, que usam para sua locomoção o carro unipessoal ou unifamiliar, o *shopping center* tem de oferecer amplo estacionamento para veículos. Atendendo a que, além do cliente certo que vai à procura de determinado produto, o *shopping center* não descarta a clientela potencial, oferecendo atrativos (cinemas, *playground*, ringue de patinação, centro de diversões)

Por esta razão, sempre colocaram, os legisladores das principais cidades brasileiras, o interesse maior do município em atrair pessoas de outras cidades e facilitar a vida de seus próprios munícipes, sobre aquele, provincialesco e particular, deste ou daquele grupo, capaz de distritalizar a visão maior dos ideais da *polis*.

Mais do que isto, não cabe ao legislador municipal colocar obstáculos à competitividade dos agentes econômicos de seus municípios em relação aos dos demais municípios, a não ser que um perigo iminente ou um dano maior possa ocorrer na outorga de igualdade de condições aos agentes locais em face dos agentes externos¹².

O princípio não é apenas de teoria geral de direito, mas de direito posto. Reza o artigo 5º inciso I da Constituição Federal que:

“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:

.....

I. homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, rezando o artigo 30 inciso IX do mesmo diploma, o seguinte:

“Art. 30. Compete aos municípios:

.....

IX. promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”.

tendo, por fim, o artigo 170 o discurso que se segue:

distribuídos com tal arte que aliam o centro comercial a local de lazer. Esse complexo mercadológico exige, portanto, um conglomerado arquitetônico de alto custo, e o êxito comercial está na razão direta de uma constante presença publicitária, aliada à manutenção de um cultivado aspecto físico, que evite a obsolescência não apenas das mercadorias à venda como, também, das exposições” (*Shopping Centers — Aspectos Jurídicos*, ob. cit., p. 73).

12 Alfredo Buzaid ensina:

“A escolha do local onde será instalado o *shopping center* é a primeira providência do empresário. Ele deverá ficar num ponto privilegiado para onde possam convergir os interessados com facilidade e sem maiores ônus, grandemente facilitados pelos meios de transporte. A idéia de beneficiar os consumidores há de estar presente no espírito do empresário, que se preocupa em verificar qual a região que será contemplada pelos serviços que o *shopping center* pode prestar” (*A Constituição Aplicada nº 1*, CEJUP, 1989, p. 65).

“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 empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

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

Ora, pelo primeiro dispositivo não pode, no país, haver tratamento diferenciado entre brasileiros, a partir da ordem econômica¹³.

Um advogado, que exerce sua profissão em São Paulo, não pode ficar inviabilizado de atender seus clientes, se posturas municipais entenderem que está proibido de receber clientes em sua casa ou trabalhar aos sábados e domingos. Principalmente, se tal forma de impedimento colocá-lo em inequívoca inferioridade perante outros colegas de outros municípios¹⁴.

13 Celso Ribeiro Bastos ensina:

“Desde logo, a leitura da atual redação do artigo sob comentário, em confronto com a redação do direito imediatamente anterior aponta para o sintetismo da sua redação.

O artigo ganhou em brevidade. E com isto ganhou também em qualidade técnica.

De fato, a referência que se fazia no direito anterior aos critérios expressamente vedados tinha uma função praticamente nula. Visto que nem a doutrina nem a jurisprudência jamais consideraram aqueles *discrimens* como taxativos. Era evidente que discriminações com outros fundamentos também poderiam ser inconstitucionais.

De outra parte, mesmo aqueles elementos diferenciadores, em determinadas circunstâncias, eram acertados e tolerados.

Desta forma, a atual redação, ao não-especificar quais os critérios vedados, deixa certo que o caráter inconstitucional da discriminação não repousa tão-somente no critério escolhido, mas na falta de correlação lógica entre aquele critério e uma finalidade ou valor encampado quer expressa, ou implicitamente no ordenamento jurídico, quer ainda na consciência coletiva.

A expressão atual “sem distinção de qualquer natureza” é meramente reforçativa da parte inicial do artigo” (grifos meus) (Comentários à Constituição do Brasil, 2º volume, Saraiva, 1989, p. 12).

14 José Cretella Júnior explica:

“Embora, por um lado, todos os indivíduos se encontrem desniveledados, quando comparados com a Administração, cercada de uma série de privilégios e prerrogativas, que a favorecem de maneira especial nas relações jurídico-administrativas, por outro lado o cidadão se acha em absoluto pé de igualdade diante de outros cidadãos, quando exige alguma prestação do Estado.

Preenchendo a série de requisitos prescritos, o cidadão investe-se no direito subjetivo público de exigir, tanto quanto qualquer outro cidadão, o que as leis e os regulamentos oferecem ao público administrado, segundo o que preceitua o princípio ou regra da igualdade, de geral aplicação no âmbito dos serviços públicos.

Há, pois, um limite que diz respeito ao denominado peculiar interesse municipal. O artigo 30 inciso I da Constituição Federal do Brasil assim redigido:

“Art. 30. Compete aos municípios:
I. legislar sobre assunto de interesse local”,

diz respeito apenas àqueles assuntos de interesse local que não afetem os interesses maiores dos próprios cidadãos lá residentes e do país.

Por esta razão, há interesses aparentemente locais que se subordinam aos interesses da sociedade e nesta hipótese o interesse da sociedade deve prevalecer sobre os aparentes interesses locais. Se tais interesses, todavia, forem contra os interesses nacionais e os direitos fundamentais da sociedade, deixam de ser interesses e passam a ser obstáculos ao pleno desenvolvimento da sociedade e da própria cidade¹⁵.

Não é por outro motivo que o constituinte sujeitou a Lei Orgânica dos municípios aos princípios constitucionais federais e estaduais (art. 29), apenas permitindo a suplementação das legislações federais e estaduais sobre qualquer matéria de competência comum ou concorrente, tendo submetido a própria proteção do patrimônio histórico-cultural do município à normatividade da União e dos Estados (art. 30, inciso IX)¹⁶.

A clara vinculação de todos os dispositivos citados conforma aquilo que já escrevera em meu livro *Roteiro para uma Constituição* e demonstra que, de rigor, uma Constituição tem duas séries de comandos. Aqueles voltados a garantir a sociedade contra o Estado e contra a violação de seus direitos e aqueles outros voltados a ofertar mecanismos de atuação do Estado e do

Trata-se da aplicação, no setor do serviço público, dos princípios gerais estabelecidos, na França, pela *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, promulgada pela Assembléia Nacional, em 3 de setembro de 1791” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Vol. I, Forense Universitária, 1988, p. 184).

15 Wolgran Junqueira Ferreira reduz à mínima expressão as forças do artigo 30 inciso I, ao dizer: “As leis municipais devem tratar de assunto de interesse local. Dizem respeito às matérias que não são de competência da União e nem dos Estados-membros, mas que também não tenham qualquer reflexo fora das fronteiras do município, quer interesse direta ou indiretamente à generalidade dos cidadãos e à administração, criando, alterando ou extinguindo direitos, tributos, obrigações, cargos, funções, serviços ou atividades gerais do Poder Público ou da coletividade administrativa” (*Comentários à Constituição de 1988*, 1ª ed., 1989, Julex Livros, p. 429).

16 O artigo 29 *caput* da Constituição Federal tem a seguinte dicação:

“Art. 29. O município rege-se-á por Lei Orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de 10 dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: ...” (grifos meus).

controle da sociedade sobre o Estado. À evidência, os mecanismos voltados à proteção da sociedade contra o Poder Público têm maior relevância, visto que os governos estão a serviço da sociedade e não esta a serviço dos governos. Não pode haver deliberação legislativa contra a sociedade, a partir de uma interpretação gramatical e não-sistemática de um texto constitucional, que não esteja ferida de inconstitucionalidade, se os princípios gerais de garantias individuais forem, de alguma forma, arranhados¹⁷.

Por esta razão é que, de forma sábia, a Lei Orgânica do Município exige votação pública dos assuntos que lhe dizem respeito, fulminando a votação secreta que implicaria esconder, o representante do povo, sua opinião para não ser pelo povo julgado.

A votação pública, isto é, a votação aberta é condição de vinculação do representante popular a seu eleitor. Não pode dele escamotear sua posição sobre cada assunto de interesse da comunidade, principalmente quando tais matérias dizem diretamente respeito aos interesses de cada cidadão e do próprio município¹⁸.

O espectro de atuação dos legislativos municipais está evidentemente condicionado a este duplo enfoque, qual seja, de um lado, os interesses maiores da sociedade e da nação, razão pela qual os ditames constitucionais da Federação e dos Estados prevalecem sobre os locais, e de outro a limpidez e cristalinidade de sua atuação em nome da representação popular.

Agir às escuras, às escondidas, furtando ao conhecimento do eleitor sua postura, e tornando fechada votação, que se impõe aberta e pública, é, à evidência, não representar os interesses da cidade e da sociedade e violentar os princípios maiores do Direito e da própria Constituição Municipal. E,

17 "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*, Forense, 1987, p. 18/19).

18 Assim está veiculado o artigo 47 § 1º da Lei Orgânica de Curitiba:

"Art. 47 — A discussão e a votação da matéria constante da ordem do dia serão realizadas com a presença da maioria absoluta dos membros da Casa.

§ 1º — *O voto será público*, salvo as exceções previstas em regimento" (grifo meu).

no caso, em franca violação ao que dispõe o § 6º do artigo 183 do Regimento Interno da Câmara, que indica os casos (*numerus clausus*) para votação secreta¹⁹.

Em Direito, conformou-se a teoria de que toda a legislação que implique restrições de direito deve ser interpretada restritivamente. Não pode um representante popular, contra o texto expresso da Constituição, impor condições ao “livre exercício da atividade econômica”, assegurado pela Constituição, e pretender interpretar, extensivamente, a expressão “voto público”, como votação não-aberta, mas secreta, ferindo princípio basilar da hermenêutica jurídica.

Todas estas considerações são postas em face de lei aprovada, em votação secreta, impedir os *shopping centers* de Curitiba atuarem como atuam os demais, em todos os municípios do Brasil, sem qualquer justificação de interesse local. Torna, pois, desigual o tratamento imposto aos *shopping* deste município em relação aos *shopping centers* de todo o país e reduz um ponto de atração turística — e naturalmente cultural — para os residentes no município e seus visitantes, em evidente prejuízo à própria imagem da cidade²⁰.

O interessante, todavia, é que alguns estabelecimentos ficaram livres da restrição de horários, exatamente aqueles que preenchem, como os *shopping*, também finalidades extra mercantis, como são os hotéis, restaurantes, cinemas, postos de gasolina etc.²¹.

19 O artigo 183 § 6º do Regimento Interno da Câmara de Curitiba tem a seguinte dicção:

“§ 6º — O voto será secreto:

I — na eleição da Mesa;

II — na deliberação relativa à prestação de contas do município;

III — na deliberação de veto;

IV — na deliberação sobre a perda de mandato de vereador”.

E apenas nestes casos.

20 Carlos Maximiliano ensina:

“Em regra, as normas jurídicas aplicam-se aos casos que, embora não-designados pela expressão literal do texto, se acham no mesmo virtualmente compreendidos, por se enquadrarem no espírito das disposições: baseia-se neste postulado a exegese extensiva. Quando se dá o contrário, isto é, quando a letra de um artigo de repositório parece adaptar-se a uma hipótese determinada, porém se verifica estar esta em desacordo com o espírito do referido preceito legal, não se coadunar com o fim, nem com os motivos do mesmo, presume tratar-se de um fato da esfera do Direito Excepcional, interpretável de modo *estrito*.”

Estriba-se a regra numa razão geral, a exceção, numa particular; aquela baseia-se mais na justiça, esta, na utilidade social, local, ou particular. As duas proposições devem abranger coisas da mesma natureza; a que mais abarca, há de constituir a regra; a outra, a exceção” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Forense, 1979, p. 225).

21 O § 4º do artigo 2º da lei votada pela Câmara Municipal tem a seguinte dicção:

“§ 4º — O disposto no *caput* do presente artigo não se aplica aos seguintes estabelecimentos:

I — restaurantes, confeitarias, sorveterias, bares, cafés e similares;

II — mercearias, açougues, feiras e lojas de artesanato, bancas de jornais e revistas, floricultura, farmácias e drogarias, cabeleiros, barbeiros e funerárias;

Tais estabelecimentos estão voltados a uma atividade mercantil, mas são pontos de atração para o lazer e o turismo, como, de resto, a concentração de estabelecimentos nos *shopping*, com as promoções e atrações dessas entidades administradoras²².

Ora, se os *shopping centers*, segundo o perfil jurídico, econômico e social traçado pelos maiores especialistas na matéria no país, têm essa função semelhante àquela dos estabelecimentos excepcionados pela lei, à evidência, não há porque negar-lhe os mesmos benefícios, impondo-lhes restrições que inclusive não se encontram em nenhuma legislação de outros municípios e muito menos em relação à legislação ainda em vigor no município de Curitiba²³.

III — hotéis e similares;

IV — postos de gasolina e estacionamento de veículos;

V — cinemas, teatros e casas de diversões públicas;

VI — estabelecimentos cujo atendimento ao público é efetuado exclusivamente pelos sócios e seus familiares até segundo grau de parentesco”.

22 Os juristas Onurb Couto Bruno e Jayme Henrique Abreu, em parecer que me foi exibido, dizem: “A lei de luvas veio com uma finalidade específica e de cunho social: preservar o patrimônio do locatário, constituído pelo fundo de comércio por ele criado, onde sobressaem o ponto comercial e o direito à renovação do contrato. Valoriza ele o imóvel locado. Impede-se, portanto, que o locador proprietário se locuplete às custas do locatário comerciante. É este o destinatário da lei de luvas. Não se pode negar que, nos *shopping centers*, cada lojista, no exercício de suas atividades comerciais, crie um fundo de comércio particular.

Do mesmo modo, não se pode negar que há também um fundo de comércio próprio do *shopping center*, formado pela ação, iniciativa e criatividade do proprietário seu empreendedor ou administrador. A organização do *Shopping center*, freqüentado, em grande parte, por pessoas de classe média, que se servem de seus carros, exige um grande estacionamento. É importante a economia de “tempo” para o cliente. Para isto é necessário um planejamento na disposição das lojas, para que se possa explorar todo o mercado potencial. São necessárias agências bancárias ou associações de poupança, como suporte para os clientes efetivos. Além destes clientes certos, que vão à procura de um determinado produto, não se pode *descuidar do cliente potencial, as pessoas que ali vão por outros motivos. Em razão disto, as lanchonetes e restaurantes, cinemas, ringues de patinação, centro centro de diversões. Fazem-se campanhas promocionais, principalmente em datas especiais, como Natal, dia das mães, dos pais, dos namorados etc. Promove-se o shopping center, que é procurado pelo cliente. Tudo isto é feito pelo proprietário, formando-se assim o fundo de comércio do shopping center*” (grifos meus) (*A Constituição Aplicada n.1*, ob. cit. p. 62).

23 O saudoso e incomparável Orlando Gomes, ao negar seja um contrato singular de locação aquele entre os *shopping* e as lojas-satélites, escreve:

“Se temos como contrato atípico aquele para o qual o ordenamento jurídico não traçou uma disciplina jurídica especial, haveremos de assim qualificar o contrato que acabamos de estudar, revelando e salientando seu fim próprio. Privado de *nome juris*, tem, todavia, uma configuração que resulta de elementos que são estranhos ao tipo legal mais próximo.

Delimitada a sua figura, como a vejo, aplicam-se-lhe os princípios gerais que valem para todos os contratos e, *por analogia*, as regras do contrato com o qual tem maior afinidade, que é a *locação*, à exceção daquelas que rejeitam, ou, em termos bem mais expressivos, daquelas que matam o espírito da inovação” (“RT 576”, out/83, p. 25). Na sua concepção, o inesquecível mestre baiano relembra que não podem as leis singelas matar “o espírito da inovação”.

Há, pois — já agora passando a responder à consulta formulada — uma dupla violação ao princípio da isonomia. A primeira violação, ao artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, diz respeito a tratar, a lei em questão, os *shopping centers* curitibanos de forma restritiva, apenadora e desigual em relação aos *shopping centers* de todos os outros municípios, impedindo-os de se promoverem como centro de atração e de visita e atingindo, por serem tais estabelecimentos mais procurados nas horas de lazer, não só os direitos dos curitibanos, mas também o interesse do turismo, que é fonte de receita do próprio município.

A segunda violação ao princípio da isonomia, decorre de dispensar aos estabelecimentos mercantis mais voltados ao turismo e lazer, como hotéis e restaurantes, tratamento diverso do dispensado a todo o complexo representado pelos *shopping centers*, cuja finalidade maior é idêntica a dos primeiros.

Parace-me, pois, que a equiparação dos *shopping centers* aos estabelecimentos mercantis tradicionais — que nem o Direito, nem a jurisprudência aceitam — e não àqueles a que efetivamente estão equiparados pela finalidade para que foram criados, constitui violação inequívoca ao princípio da isonomia²⁴.

24 É ainda Orlando Gomes que, sobre outro enfoque, demonstra a dissemelhança entre os contratos típicos dos estabelecimentos mercantis tradicionais e aqueles dos *shopping centers*:

“Seja, portanto, qual for a posição que se tome na análise da estrutura de um contrato que tenha por fim a cessão do uso de uma loja contra retribuição variável e calculada percentualmente sobre o seu faturamento, a interpretação dessa cláusula há de ser feita, como ensina Piraino Letto, através da investigação e valoração de todos os elementos hermenêuticos dedutíveis da natureza do contrato, da disciplina contratual global e também das cláusulas que regulam hipóteses análogas, identificando, afinal, o *intento negocial das partes*.

Se entender que a cláusula não desfigura o contrato, porque não lhe empresta uma configuração diferente, nem exerce influência na sua *causa*, terá de interpretá-lo como um *contrato típico* com *cláusula atípica*. Neste caso, é importante identificar a *relação funcional* que existe entre a cláusula e o contrato. A *relação* é de *indiferença* ou de *influência*; de *indiferença* se a cláusula não tiver sido o motivo determinante do contrato; de *influência* se foi a cláusula que motivou a vontade de celebrá-lo. No negócio jurídico figurado, a *cláusula atípica* do chamado “aluguel percentual” é cláusula de *influência*, por evidente que o contrato não se faria sem a sua aceitação — necessária, como é sabido, à própria vida do *shopping center*. Minha opinião é que, nesses casos, não se deve reconduzir ao paradigma legal a cláusula *anômala* fim de submetê-la a seu regime, porquanto é indubitável sua influência na *causa* do contrato. Na linha desse raciocínio, uma locação com *retribuição* constituída por uma cota de ganhos sujeita-se, na aplicação dessa cláusula relativa a um dos seus elementos essenciais, às regras não dela mesma mas, sim, dos *contratos associativos* ou dos *parcários*.

A questão já foi objeto de sentença da Corte de Cassação da Itália, na qual admitiu *l'atipicità di un contratto di locazione in cui il corrispettivo sia costituito da una quota degli utili* e declarou inaplicável o *regime vincolistico (ius cogens)* da locação se o desvio da sua disciplina normal for tal que se deva excluir a *permanência* do fim da legislação imperativa” (RT 576, out/1983, p. 15/16).

Há, portanto, uma violação ao princípio da isonomia *lato sensu* (desigualdade no tratamento municipal dos *shopping centers* de Curitiba em relação a todos os *shopping centers* do Brasil) e uma violação *stricto sensu* (desigualdade em relação a estabelecimentos mercantis dedicados ao lazer e ao turismo, no próprio município)²⁵.

As inconstitucionalidades, todavia, não se reduzem ao duplo agravo ao princípio da isonomia.

Fere, a lei não-sancionada, o princípio da liberdade de exploração de atividade econômica, na medida em que a lei impõe condições não de capacitação — única permitida pelo § único do artigo 170 da Constituição Federal — mas de restrição de atuação.

Com efeito, o § único dispõe sobre a mesma condição de capacitação que o § 23 do artigo 153 da E.C. n.º 1/69. O “salvo disposição de lei” diz respeito à capacitação do profissional. Não se pode permitir, por exemplo, que um contador assine um balanço sem estar formado por uma escola especializada²⁶.

À evidência, o § único do artigo 170 é de espectro mais abrangente que a norma do direito anterior, não podendo a lei municipal estabelecer a necessidade de uma autorização a que não estão sujeitos os *shopping centers*, por força do novo dispositivo constitucional²⁷.

25 São ainda atuais as palavras de Pontes de Miranda: “Se a liberdade fôsse o branco que não é regulado pelas leis cogentes (impositivas e proibitivas, ou imperativas positivas ou negativas) confundir-se-ia com a autonomia da vontade mais o que não interessa à vida jurídica. Definir a liberdade como o que o Estado deixa irregrado, é conhecer os limites dela como traçados pelos deveres e obrigações que o Estado impõe aos indivíduos. Certamente, é a sociedade que dá ao indivíduo o sentir a liberdade. Não porém, pelos limites que traça, mas pelo campo de relações interindividuais em que essa liberdade exerce, ou se pode exercer. O homem solitário, na sua ilha deserta, só desfruta a liberdade de indiferença, que é sem sabor. Robinson Crusó não era livre: era solto, solitário, sózinho. O étimo é o mesmo, se, negativo, de sem (sine). Só se sente a liberdade quando se tem algo que fazer, ou que dizer, ou não-fazer, ou não-dizer, que dela precise. De modo que a liberdade não é conceito negativo; é conceito positivo, e exige conteúdo positivo, para que exista, assim subjetiva como objetivamente. *Os poderes públicos, no fazerem a lei, no executarem e administrarem, no julgarem, ferem, invadem, violam essa liberdade, se ultrapassam os limites; de modo que a autonomia da vontade e o que as leis cogentes deixam, traçam outros limites, que não são os da liberdade*” (grifos meus) (*Comentários à Constituição de 1967*, Tomo IV, Forense, 1987, p. 649).

26 O § 23 do artigo 153 da Emenda Constitucional n. 1/69 tem a seguinte dicção: “§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”, de resto, dispositivo reproduzido no art. 5º inciso XIII, assim redigido: “XIII — é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, e ampliado no § único do art. 170.

27 Celso Ribeiro Bastos escreve:

“É evidente, no entanto, que ela quis enunciar que também à lei é dado criar restrições, visto que a tanto equivale a dizer que depende de autorização. Mas aqui não de ser respeitados os limites impostos pela Constituição ao Estado no campo econômico (arts. 173 e 174). Não é lícito à lei fazer depender de autorização de órgãos públicos atividades não-sujeitas à exploração pelo Estado

A esta inconstitucionalidade se soma a de que são, hoje, os *shopping centers*, exteriorização de uma forma de cultura, sobre cujo patrimônio não cabe à lei municipal dispor, sem estar subordinada aos princípios maiores delineados pela União e pelos Estados, conforme determinado pelo inciso XI do artigo 30.

O espírito de tal inciso é não considerar apenas de interesse local tal preservação. E não se restringe ao patrimônio histórico, mas ao cultural, sinonimando a palavra cultura à civilização e integrando esta aos valores de uma época.

O ministro Moreira Alves e o ex-ministro Cordeiro Guerra, o primeiro ao votar pela imunidade das listas telefônicas e o segundo em parecer neste sentido, entendem que a edição de listas telefônicas é uma forma de atuação cultural. O que dizer da modernização das soluções representadas pelos *shopping centers*²⁸?

Tal colocação, à nitidez, demonstra que certos assuntos, aparentemente de interesse local, transcendem as fronteiras do município, fazendo com que a competência para discipliná-los se subordine a interesses nacionais maiores. Não pode a lei municipal destruir, por tratar os *shopping curitibanos*

nem a uma especial regulação por parte do poder de polícia. É aceitável, pois, que dependam de autorização certas atividades sobre as quais o Estado tenha necessidade de exercer uma tutela, quanto ao seu desempenho no atinente à segurança, à salubridade pública etc. Traduzir-se-á em inconstitucionalidade se a lei extravasar estes limites e passar, ao seu talante, a fazer depender de autorização legislativa as mais diversas atividades econômicas. Isto equivaleria sem dúvida a uma manifesta negação do princípio da livre iniciativa inserido na cabeça desse artigo" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 7^o volume, Saraiva, 1990, p.39).

28 O voto e o parecer dos eminentes juristas encontram-se nos autos do recurso em que sustentei oralmente perante o Supremo Tribunal Federal a tese da interpretação extensiva, à luz da cultura dos povos preservada pela imunidade, e foi hospedada conforme se lê da ementa abaixo:

"RE 101.441-5-RG — Recorrente: G.T. do Brasil Ltda. — Recorrida: Prefeitura Municipal de Porto Alegre.

Ementa: Imunidade tributária (art. 19, III, *d*, da Constituição Federal). ISS — Listas Telefônicas. A edição de listas telefônicas (catálogos ou guias) é imune ao ISS (art. 19, III, *d*, da CF), mesmo que nelas haja publicidade paga.

Se a norma constitucional visou facilitar a confecção, edição e distribuição do livro, do jornal e dos periódicos, imunizando-os ao tributo, assim como o próprio papel destinado à sua impressão, é de se entender que não estão excluídos da imunidade os periódicos que cuidam apenas e tão-somente de informações genéricas ou específicas, sem caráter noticioso, discursivo, literário, poético ou filosófico, mas de inegável utilidade pública, como é o caso das listas telefônicas.

Recurso extraordinário conhecido, por unanimidade de votos, pela letra *d* do permissivo constitucional, e provido, por maioria, para deferimento do Mandado de Segurança.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do STF, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, e, por maioria de votos, dar-lhe provimento.

Brasília, 4.11.87".

de forma diversa dos demais *shopping* brasileiros, um patrimônio cultural criado, a duras penas, por meio de legislação não-adequada aos interesses da cidade e do país. De rigor, os vereadores decidiram contra a cidade, pela adoção da votação fechada e não pública (o público deixa de saber quem votou em que), quando a Lei Orgânica exige votação pública, ou seja, aberta. Foi evidentemente maculada, de forma insanável, a tramitação normativa, razão pela qual a lei decorrente, à falta de processo legislativo pertinente, é manifestamente inconstitucional. Principalmente por interpretar a Câmara dos Vereadores, de forma extensiva, princípios que só poderiam ser examinados de forma estrita²⁹.

Esta outra inconstitucionalidade reside, pois, em considerar de plena competência legislativa da cidade, matéria subordinada a uma escala hierárquica de legislação informadora da União e dos Estados.

Um outro direito é também atingido, embora de forma mais sutil. À evidência, se os construtores dos *shopping centers* soubessem que o tratamento legislativo municipal seria extremamente apenador em relação ao dispensado aos *shopping centers* de outros municípios e que, apesar dos ônus maiores para sua manutenção do que aqueles incorridos por outros estabelecimentos mercantis, não teriam a contrapartida de exploração fora dos horários comerciais, certamente não se lançariam à empreitada.

Ora, o pressuposto de fato para a instalação do empreendimento na região residia na justa expectativa de tratamento isonômico em relação aos demais *shopping centers*, com o que um direito adquirido à igualdade e à legislação garantidora de tais benefícios, passou a compor uma espécie de reserva de direitos de tais conglomerados³⁰.

29 Em estudo meu publicado na Revista da Universidade de Coimbra, edição especial em homenagem aos 50 anos de magistério do Magnífico Reitor, dr. Ferrer Correia (1989), esclareci que as leis dedicadas à produção de leis são *inelásticas e inflexíveis*. Não se pode admitir, por exemplo, que uma emenda constitucional seja aprovada por maioria simples, mesmo que a emenda seja muito melhor que o texto em vigor.

30 José Cretella Júnior 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, por que 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 do 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, Forense, v. V., p.101)" (Comentários à Constituição de 1988, ob. cit. p. 456).

Retirar tal benefício — que seria impeditivo da construção, à época — é, de certa forma, trair a iniciativa dos *shopping* curitibanos, pela imposição de ônus que, se conhecidos, levariam seus idealizadores a não construí-los. A legislação restritiva atinge, pois, por via inversa, o direito adquirido³¹.

Por fim, em assunto de interesse local, afastá-lo do conhecimento dos residentes do município, é violentar a hermenêutica e os instrumentos exegéticos do Direito. Não se pode considerar pública a votação, quando o público apenas a assiste. Só pode ser considerada pública, a votação sempre que o povo, além de a assistir, sabe quais os votos de cada um de seus representantes e conhece os que votaram a favor ou contra. Só a interpretação mais favorável aos indivíduos, que sofrem restrição de direitos, pode ser adotada e, neste caso, a única interpretação possível é a de que a votação pública é aquela que permite ao povo o amplo conhecimento do aspecto objetivo (a matéria votada) e subjetivo (quem votou a favor ou contra a matéria). Por mais este aspecto não se sustenta a lei votada³².

31 Celso Bastos preleciona:

"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, Saraiva, 1989, p. 192/193).

32 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional* 4, ed. Coimbra, Almedina, p. 118: "Já houve oportunidade de se afirmar que o sentido útil assinalado ao princípio da unidade da Constituição é o de unidade hierárquico-normativa. Afasta-se qualquer idéia de plenitude lógica do ordenamento constitucional e qualquer idéia valorativo-integracionista, conducente à idéia de Constituição como ordem de valores.

O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa Constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional). De acordo com esta premissa, só o legislador constituinte tem competência para estabelecer exceções à unidade, hierárquico-normativa dos preceitos constitucionais (ex. normas de revisão concebidas como normas superconstitucionais).

Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do Direito Constitucional: a tese das antinomias alternativas; a tese das normas constitucionais inconstitucionais.

Argumentar-se-á que, reduzido o princípio da unidade da Constituição a uma simples exigência de unidade normativa, todos os problemas pretendidamente solucionados com o recurso a tal princípio podem ser resolvidos a partir da própria especificidade da positividade normativo-constitucional. Mas não é assim. Sendo a Constituição uma estrutura de tensão e não se podendo transformar uma lei Constitucional em "código" exaustivo da vida política, o princípio da unidade da Constituição é igualmente um princípio de interpretação: exige tarefa de concordância prática entre normas apa-

Por qualquer aspecto que se examine a lei é ela inconstitucional, razão pela qual o exmo. sr. prefeito municipal não a deve sancionar, risco de se transformar em parte conivente, na maculação da lei suprema.

Resta, todavia, um último aspecto, a *latere*, a ser refletido. O § 3º do artigo 2º da lei está assim redigido:

“§ 3º. O Executivo Municipal poderá conceder licença especial para funcionamento dos estabelecimentos comerciais e de serviços fora dos horários já definidos, desde que haja convenção coletiva de trabalho celebrada entre os sindicatos representativos das categorias econômicas e profissionais do comércio”.

Parece-me claro que a lei faz menção à existência de “convenção coletiva”, mas não necessariamente a uma nova convenção coletiva. Se pretendesse, o legislador municipal, excluir as anteriores convenções e exigir novas, teria acrescentado à dicção legislativa o seguinte discurso:

“desde que sejam formalizadas convenções coletivas ... a partir da publicação desta lei” ou “ neste sentido”³³.

Ora, a restrição normativa refere-se a “convenções coletivas” já existentes, posto que o tempo do subjuntivo utilizado não é o do futuro (“vierem a ser formalizadas a partir desta data”), mas do presente (haja). Desta forma, os *shopping centers* de Curitiba que já tenham celebrado convenções coletivas, poderão delas se utilizar para continuar a trabalhar nos horários anteriores, pela dicção legislativa.

rentemente em conflito ou em tensão (ex. entre princípio democrático e princípio do Estado de Direito); exige tarefa de interpretação conforme a Constituição das leis que aplicam ou concretizam as normas constitucionais (cfr., no plano jurisprudencial, a inovação deste princípio no Ac. TC nº 31/84, DR, I, 17.4.84)” (grifos meus).

33 Em Gilberto Carlos (Novo Dicionário de Latim Forense, LEUD, 1984, p. 262) lê-se:

Ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere.

Onde a lei não distingue não pode o intérprete fazê-lo.

“E isso quer dizer: *ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere*, pois é regra fundamental de boa lógica que se vejam as palavras subordinadas às próprias épocas em que foram empregadas, a fim de ser exposto e compreendido o texto tal qual ele é, e não tal qual o queremos ver”. História e Prática do *Habeas-Corpus*, Pontes de Miranda, 1ª ed., p. 184”.

Não cabe ao intérprete distinguir o que a lei não distingue, nem criar espaços não constantes da lei. No dizer de Ferrara, o intérprete não pode dar inteligência a um artigo de acordo com suas preferências pessoais, colocando no texto palavras e idéias que lá não constam, ou de lá retirando aquelas que lhe desagradam³⁴.

O texto, se for sancionado como está, não atingirá os *shopping centers* que já possuem convenção coletiva, criando discriminação odiosa e violadora do princípio da isonomia em relação àqueles que ainda não possuam tal convenção.

Em conclusão, entendo que por ferir variada gama de dispositivos constitucionais enunciados no curso do presente parecer, é a Lei nº 82/90, ainda não-sancionada, inconstitucional³⁵.

S.M.J.

São Paulo, 10 de julho de 1990

34 Francesco Ferrara, *Interpretação e aplicação das leis*, 2ª. edição, Coimbra, 1963, p. 129.

35 Celso Bastos, ao falar sobre inconstitucionalidade, ensina:

“A inconstitucionalidade nutre estreita semelhança com a ilegalidade. Em ambas as hipóteses, está-se a apontar para a existência de um *vício formal* ou *material* que vitima o ato subordinado. O que distingue uma da outra é a qualidade do ato imediatamente ofendido. Se se tratar da Constituição, temos a inconstitucionalidade. Se se tratar da lei, temos a ilegalidade.

Um outro caso poderá tornar-se duvidoso, em razão de ser ele parcialmente determinado pela Constituição e parcialmente pela lei. Mas ainda assim é sempre possível identificar qual o elemento viciado, se foi a competência ou se foi a forma ou mesmo o conteúdo e vinculá-lo à lei ou à Constituição, conforme for o caso. Mesmo aqueles que não se apegam a uma concepção normativista do Direito aceitam que a ordem Jurídica não é um conglomerado caótico de normas, mas um sistema estruturado fundamentalmente, à base de vínculo hierárquico” (grifos meus) (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 1, Saraiva, 1988, p. 371).

No caso em exame, o elenco de violação foi de natureza formal e material.

**A TEORIA DA IMPREVISÃO EM FACE DO PLANO COLLOR —
CONTRATOS INDEXADOS PELO IPC, QUE REFLETE, NO
PERÍODO, INFLAÇÃO CONSIDERAVELMENTE SUPERIOR AO
BTN, DESEQUILIBRANDO CONDIÇÕES PACTUADAS À
ÉPOCA EM QUE OS ÍNDICES SE EQUIPARAVAM —
AGRAVANTE DE SER O BNDES BENEFICIÁRIO DA
CONDIÇÃO DESCOMPASSADORA IMPOSTA PELO GOVERNO
FEDERAL, QUE O CONTROLA — PARECER.**

CONSULTA

“Duas empresas da consulente celebraram, em 1989 e 1990, após o chamado Plano Verão e anteriormente à posse do novo governo, contratos (duas escrituras de emissão de debêntures e um contrato de compra e venda) em que são devedoras de dinheiro, contendo cláusulas de correção monetária vinculada ao IPC. As operações são as seguintes:

1. 5ª Emissão de Debêntures, por uma companhia do grupo, aprovada em AGE de 29.11.89: trata-se de operação ajustada com o BNDES par substituição de dívida decorrente da aquisição de ativos de propriedade de empresa controlada pelo banco, objeto de processo de privatização. A emissão foi totalmente subscrita pela instituição financeira;

2. 6ª Emissão de Debêntures, pela mesma companhia, aprovada em AGE de 22.1.90: trata-se, também, de operação ajustada com o BNDES, para financiamento de investimentos da emissora. As debêntures em circulação encontram-se quase que totalmente subscritas pela instituição financeira (15.000 debêntures), contando com a participação de poucos outros subscritores (52 debêntures), habilitados em função do exercício do respectivo direito de preferência;

3. Contrato de compra e venda de ações, celebrado por outra companhia do grupo, com a SIDERBRÁS, em 5.10.89, para privatização do controle acionário da empresa Usina Siderúrgica da Bahia S.A. — USIBA. Esse processo de privatização foi coordenado pelo BNDES, credor da SIBERBRÁS, a quem, segundo foi informado extraoficialmente à consulente, os direitos creditórios do contrato seriam cedidos, mediante compensação de dívidas. Segundo se sabe, tal cessão ainda não teria acontecido, por motivos desconhecidos.

Cabe esclarecer que a cláusula de reajuste pelo IPC, em todas as hipóteses, foi fixada por determinação do BNDES, tendo em vista que os recursos que haviam dado origem aos financiamentos eram oriundos dos fundos PIS/PASEP (Circular da FINAME, de nº 01/89, havia estabelecido que deveriam gerar remuneração conforme a variação do IPC e juros de 5% ao ano). Nenhum efeito teve essa disposição na oportunidade, pois, até o advento da Lei nº 7.799, o IPC era o indexador oficial e, posteriormente, embora substituído pelo BTN, foi mantido como indexador deste.

O Plano Brasil Novo, ou Plano Collor, alterou substancialmente a matéria. Desatrelou o BTN do IPC, criando uma nova sistemática para o seu cálculo; provocou um enorme “enxugamento” de liquidez na economia e o conseqüente e oficialmente negado processo recessivo em que estamos atualmente, com redução generalizada da produção industrial e aumento do nível de desemprego. Anuncia o governo uma nova fase, um novo patamar de inflação e o desprezo das perdas inflacionárias anteriores. Porém, concomitantemente, à exceção de algumas situações especiais (poupança, casa própria, salários), mantém inalterados os contratos anteriormente celebrados, que trazem em seu bojo uma inflação residual, com reflexo direto no caixa das empresas e na disponibilidade das pessoas. Assim, também os contratos celebrados no âmbito dos agentes econômico/financeiros da União, como esses que são objeto da consulta”.

Isto posto, consulta-me, por intermédio de seu eminente advogado, dr. Expedito Luz, autor da exposição acima.

a) justifica-se a revisão do critério de reajuste dos mencionados contratos, tendo em vista as modificações ocorridas recentemente na economia brasileira?

b) em caso positivo, qual o novo critério e quais os procedimentos a serem adotados pela consulente, considerando as peculiaridades dos contratos celebrados?

RESPOSTA

A evolução da doutrina sobre a teoria geral dos contratos tem revelado interesse cada vez maior dos estudiosos pelas relações pactuadas, que se tornam desequilibradas, a partir da ocorrência posterior de fatos ou atos imprevisíveis e inevitáveis.

Desde o Código de Shulgi, passando pelo de Hammurabi, pelas leis de Manu, a legislação dos Hititas, as fórmulas clássicas do direito grego conformadas por Licurgo, Dracon e Solon até a consolidação do *jus civile ro-*

manorum, a relação jurídica contratual regia-se pela cláusula *pacta sunt servanda*, ou seja, o que fora contratado deveria ser respeitado. Os contratantes eram escravos do contratado. A própria prisão por dívida, permitida no início do direito romano, que levava inclusive o devedor a poder ser vendido como escravo *trans Tiberim* (além do Tibre), demonstrava a força das cláusulas pactuadas nos contratos e a obrigatoriedade do seu cumprimento, independentemente dos fatos supervenientes¹.

Encontra-se, todavia, no Código de Hammurabi dispositivo colocado na coluna nº XIV § 48 das leis, na versão de Federico Lara Peinado, com o seguinte comando:

“§ 48. Si un señor tiene una deuda y (si) el dios Adad ha inundado su campo y ha destrozado la cosecha, o bien (si) a causa de la sequía, el campo no produce grano, en ese año no entregará grano a su acreedor; cancelará su tablilla (de contrato) y no pagará el interés de ese año”².

É interessante notar que dois Códigos da época, o de Urnammu (2112-2095 A.C.) e o de Lipit-Ishtar (1934-1924 A.C.), se não têm cláusula tão expressa, como a do Código de Hammurabi, mencionam que o rei tinha “vontade de criar Justiça” em clara alusão a que o poder de julgar a pactuação civil (todos eles cuidam de disposições de Direito Privado) objetivava a manutenção de relações equilibradas entre as partes³.

1 “Según un principio tradicional, un ciudadano no podía hacerse esclavo dentro de la misma Roma. En la más antigua ejecución de la manus iniecio, si se vendía *al deudor* como esclavo, debía hacerse en el extranjero (trans Tiberim: cuando el río Tiber todavía era el límite de la Urbe)” (grifo meu) (*Derecho Privado Romano*, D’ORS, EUNSA, Pamplona, 1983, p. 279).

2 “La segunda parte del Código (Anv. V, 25-Rev. XXIII, 102) la forma un cuerpo de normas jurídicas que caen básicamente dentro del Derecho civil y de contenido más o menos variado que regulan determinadas materias (muy bien aisladas y estructuradas en la admirable edición de G.R. Driver e J.C. Miles). La estela, en realidad, sólo nos aporta un cuadro incompleto del Derecho paleobabilónico, dejando a la jurisprudencia de la época que supliera las normas que no se recogían y que hubieron de ser muchísimas más. El propio Hammurabi remite en los artículos 51 y 89 de su Código a las “ordenanzas reales” para unos casos concretos, demostrando con ello que el Derecho anterior, costumbres y leyes, subsistían en la medida en que el Código no las rechazaba o contradecía. Dicho cuerpo de leyes paleobabilónicas (descritas en el texto original como “leyes justas” o “juicios de equidad”, *dinat misharim*) toman como modelo ordenaciones anteriores, cuyas leyes más o menos modificadas o adaptadas a las nuevas necesidades se verán enriquecidas con las específicamente semitas” (Código de Hammurabi, Ed. Nacional, Madrid, 1982, p. 49).

3 “El Código de Lipit-Ishtar, de base netamente sumeria, si se compara con los de Urukagina y Urnammu, presenta su prólogo bajo ropajes hímnicos (en el Museo del Louvre se conserva una copia del mismo considerada hasta 1948 como un Himno dedicado a Lipit-Ishtar), en donde se declara la elección divina del rey tanto para gobernar como para establecer en el país la equidad y la justicia, gracias a las nuevas medidas que supo adoptar.

Assim é que, apesar da rigidez das fórmulas que, no passado, comprometiam os contratantes a partir do pactuado, já, há 3.000 anos, o direito sinalizava o abrandamento de tal rigidez, a partir de fatos supervenientes, inesperados e inevitáveis.

E foi, em face da constatação de que os contratos poderiam se desequilibrar perante acontecimentos não-previstos à época de sua formalização que, em plena idade média, a chamada teoria da cláusula *rebus sic stantibus* passou a ser objeto de estudos mais aprofundados, em clara demonstração de que os contratos valem e obrigam, enquanto as condições forem as mesmas. A própria expressão *rebus sic stantibus*, em uma versão livre, reflete o princípio da obrigação contratual enquanto “as coisas forem estáveis”⁴.

A teoria, que hoje é estudada com o batismo “da imprevisão”, todavia, por implicar revisão objetivando reequilibrar o contrato desequilibrado por fatores supervenientes, apenas pode ser aplicada se for demonstrado que tais fatores supervenientes eram imprevisíveis pelas contratantes à época do acordo e inevitáveis, quando de seu cumprimento.

De início, à luz da própria lição hammurabiana, os fatores imprevisíveis e inevitáveis vinculavam-se mais à ocorrência dos denominados *acts of God*, ou seja, de cataclismos naturais. O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1058, orientou-se por esta linha, estando este dispositivo assim redigido:

El cuerpo legal, redactado también bajo fórmulas condicionales, contempla los siguientes temas: alquiler de barcas, bienes raíces (especialmente huertos), esclavos, impuestos, daños, falsa acusación, fundos, sucesión, matrimonio y alquiler de bueyes. El epílogo vuelve a reiterar la voluntad del rey de crear justicia, recordando la erección de la estela en que figuraba el Código (estela no localizada), bendice a quien lo respete y lanza maldiciones contra quienes hagan lo contrario, todo ello en un formalismo que será copiado más tarde por Hammurabi e incorporado en su famoso Código” (grifos meus) (Código de Hammurabi, ob. cit. p. 17/18).

4 Em nota de rodapé de estudo publicado em meu livro *Advocacia Empresarial* (Ed. OAB-SP, 1988, p. 64) relembro alguns autores que se manifestaram a respeito:

“(1) “Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur”.

(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.

(4) “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, qu'il n'était guère possible de raisonnablement les prévoir” (Henri de Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Tome 2^{ème}, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 3^{ème} Édition, 1964, p. 559).

(3) “Altro requisito per la risoluzione è che l'eccessiva onerosità, conseguente alla nuova situazione, superi i limiti di incidenza della normale incertezza che ciascuno contraente deve affrontare circa i vantaggi e gli oneri dell'atto. 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).

“Art. 1058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou de força maior, se, expressamente, não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos artigos 955, 956 e 957.

§ único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujo efeitos não era possível evitar ou impedir”⁵.

A intervenção, cada vez maior do Estado nas pactuações privadas, levou a doutrina sobre a matéria a entender que aqueles atos públicos, inevitáveis e imprevisíveis à época da pactuação, possibilitariam, pelo desequilíbrio imposto aos contratos, sua revisão, a fim de que o equilíbrio desaparecido fosse restabelecido. E, hoje, a doutrina e jurisprudência se orientam para a interpretação de que os contratos, sempre que atingidos por fatores imprevisíveis, quaisquer que sejam, à época da pactuação, e inevitáveis, à época da execução, necessitam ser revistos para que o equilíbrio contratual seja restabelecido⁶.

5 Clóvis Bevilacqua assim comenta o dispositivo: “Conceitualmente o caso fortuito e a força maior se distinguem. O primeiro, segundo a definição de Huc, é “o acidente produzido por força física ininteligente, em condições, que não podiam ser previstas pelas partes”. A segunda é “o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer”.

Não é, porém, a imprevisibilidade que deve, principalmente, caracterizar o caso fortuito, e, sim, a inevitabilidade. E, porque a força maior também é inevitável, juridicamente, se assimilam estas duas causas de irresponsabilidade. Uma seca extraordinária, um incêndio, uma tempestade, uma inundação produzem danos inevitáveis. Um embargo da autoridade pública impede a saída do navio do porto, de onde ia partir, e esse impedimento tem por consequência a impossibilidade de levar a carga ao porto do destino. Os gêneros que se acham armazenados para ser entregues ao comprador são requisitados por necessidade da guerra.

Nesses e em outros casos, é indiferente indagar se a impossibilidade de o devedor cumprir a obrigação procede de força maior ou de caso fortuito. Por isso, o Código Civil reuniu os dois fatos na mesma definição: o caso fortuito ou de força maior é o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

O essencial é, pois, que do fato resulte a impossibilidade, em que se acha o devedor, de cumprir a obrigação. E assim é que o ilustre Chironi, observando que a lei italiana compreende no caso fortuito a força maior, depois de acentuar que, na força maior a razão determinante da excusa é objetiva, ao passo que, no caso fortuito, se atende à diligência do obrigado, desenvolve a sua construção sobre o caso fortuito, em sentido amplo, e destaca os dois elementos, que concorrem no seu conceito: a) Fato estranho ao devedor, que não lhe é imputável; b) Impossibilidade de cumprir a obrigação” (grifos meus) (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. IV, Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1955, p. 173/174).

6 Clóvis Bevilacqua chega a falar inclusive em extinção do contrato:

“O efeito do caso fortuito e da força maior é isentar o devedor da responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação. Este efeito, porém, pode ser mais ou menos extenso. Se a impossibilidade de cumprir a obrigação é completa, o devedor fica inteiramente livre; a obrigação se resolve. Se, porém, o impedimento é parcial, o credor poderá obter, segunda a natureza e o fim do contrato, o cumprimento do que lhe for útil.

Pode ainda acontecer que o caso fortuito ou de força maior apenas retarde o cumprimento da obrigação. O efeito liberatório refere-se então, exclusivamente, à mora” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, ob. cit. p. 174).

É que pela teoria da imprevisão não se pode admitir que fatores estranhos, imprevisíveis e inevitáveis, venham a impor ônus exagerado a uma das partes e lucro injustificado à outra, posto que o desequilíbrio ocorrido transformaria o Direito em instrumento da injustiça, de enriquecimentos ilegítimos e de empobrecimentos imerecidos.

Não há, pois, atualmente, na doutrina nacional, quem defenda a não-aplicação da teoria da imprevisão aos contratos desequilibrados, o que obriga, em ocorrendo a hipótese, a uma revisão, por mútuo acordo ou judicial, dos termos pactuados, para que reconquistem o nível de estabilidade existente antes da superveniência de tais fatores⁷.

Tal introdução relativamente longa ao presente parecer, eu a faço em face da consulta formulada versar sobre desequilíbrio contratual, envolven-

7 J. M. Othon Sidou escreve:

“Na ordem de conceitos favoráveis, é de enfileirar em toda referência bibliográfica a contribuição notável de Epitácio Pessoa, *Aplicação das cláusulas rebus sic stantibus* no Direito brasileiro datada de 1934; de Eduardo Espínola, intitulada *A cláusula rebus sic stantibus* no Direito contemporâneo, e, guardada a ordem desejavelmente cronológica, de Jorge Americano, Décio Ferraz Alvim, Osvaldo Bandeira de Melo, na década dos trinta; de Caio Tácito, Sá Viana, Pereira de Vasconcellos, Ademar de Sousa Monteiro, Caio Mario da Silva Pereira, Carlos Medeiros Silva, na década dos quarenta; de Alfredo de Almeida Paiva, Geraldo Serrano Neves, Paulo Carneiro Maia, Arnold Wald, Regina Gondim, na década dos cinqüenta; Wilson Melo da Silva e Anísio José de Oliveira na década dos sessenta; e finalmente Roberto Rosas e Maria Tatiana da Gama Barandier, nos anos setenta. Permitimo-nos trasladar para esta página três conceitos de jurista insignes que, retratando com exatidão a realidade moderna, falam com eloqüência do imperativo da teoria revisionista dos contratos. Começemos com Arnoldo Medeiros da Fonseca, cuja obra sempre festejada e preferida não autoriza a inclusão do mestre, senão nos termos, no rol dos adeptos da cláusula e por isto será objeto de exame ao tratarmos das opiniões moderadas. Eis um trecho de seu ensinamento: “O contrato, na sua atual fase, deixou de ser um ato exclusivamente privado e individual, para constituir também um fenômeno social cuja existência e cujos efeitos interessam, assim, não só às partes que o pactuam, mas também à coletividade do Estado, pelos reflexos sociais que tem e pode ter”. Outro, emitiu-o Caio Tácito, considerando necessária a aplicação da teoria ante “o advento de condições econômicas imprevisíveis que, tornando infusa e ruinosa a prestação, importem lucro exorbitante e injusto do credor, traduzindo insuportável gravame para o devedor. Caracterizada essa situação excepcional e inesperada, o contrato deverá ser reajustado ao novo e imprevisível estado de fato, restabelecendo-se o equilíbrio das obrigações extremamente desproporcionadas”. E outro é de Roberto Rosas: “Preservar o princípio de intocabilidade dos contratos numa economia debilitada como a nossa será uma injustiça ignorando a realidade. A revisão judicial legalmente autorizada parece ser a solução mais viável para certos contratos. No fundo o que se busca é a segurança, no contrato, no império da justiça”.

É de reconhecer, portanto, que, malgrado as opiniões que lhe são infensas e sustentadas por mestres também notáveis, a teoria da imprevisão, da base negocial ou qualquer outro nome que tenha — sintetizadas em três palavras que dizem tudo e todas as situações correlatas cobrem: *rebus sic stantibus* — conta em seu favor o beneplácito dos melhores cultores do moderno Direito brasileiro, coincidentes sem dúvida com o mesmo sentimento de Aguiar Dias, notável Juiz, ao escrever que “posta na fábula para que mais penetrasse nos espíritos a parábola do homem que matou a galinha dos ovos de ouro, nem assim se convencem os romanistas ferrenhos de que não é útil, mas pernicioso à coletividade, impor o cumprimento do contrato que arruine o devedor” (A Revisão Judicial dos Contratos e outras Figuras Jurídicas, 2ª ed., Forense, 1984, p. 80/81/82).

do cláusulas indexatórias no lançamento de debêntures, provocado pela superveniência do Plano Collor, cuja magnitude e imprevisibilidade são tão inequívocas, que nenhum dos agentes econômicos de um país que possui o 8º PIB do mundo ocidental, preparou-se para evitar seus efeitos, tal o grau de novidade que continua⁸.

À evidência, poder-se-á dizer que a inflação no país é endêmica e que todos os governos objetivam reduzi-la por técnicas mais ou menos ortodoxas. O certo, todavia, é que se, de um lado, os brasileiros tinham a certeza de que o presidente Collor a combateria, desde o início, por outro lado, ninguém poderia imaginar que este combate viesse a ser deflagrado exatamente pelo método que o próprio presidente atribuíra ao candidato que com ele se digladiara no 2º turno, ou seja, pelo bloqueio dos ativos financeiros, confisco de parcela substancial da correção monetária e vigoroso processo recessivo, objetivando evitar o consumismo que, todavia, renasceu pela descrença provocada na classe média de que não mais valeria a pena poupar neste país⁹.

8 No livro *Plano Collor — Avaliações e Perspectivas* (Ed. Fundação Getúlio Vargas/LTC Ed., 1990), todos os autores, a saber: A. C. Porto Gonçalves, A. Salazar P. Brandão, Afonso C. Pastore, Antonio B. de Castro, Antonio C. Lemgruber, C.I. Simonsen Leal, Carlos Alberto Longo, Celso L. Martone, César Maia, Cid H. de Queiroz, Clóvis de Faro, Dionísio D. Carneiro, Edward J. Amadeo, Eliseu Alves, Eustáquio J. Reis, F. de Holanda Barbosa, Francisco Dornelles, Geraldo S. de C. Barros, Ilan Goldfajn, Ives Gandra da Silva Martins, J. C. dos Reis Carvalho, J. Márcio Camargo, Joaquim P. de Andrade, José J. Senna, José L. Carvalho, José Serra, Julian M. Chacel, Luiz Carlos Bresser Pereira, Luciano Martins, Luiz Zottmann, M. de L. Rollemberg Mollo, M.L. Falcão Silva, Márcio Ronci, Marco A. C. Martins, Marcos C. C. de Albuquerque, Mário Henrique Simonsen, Paulo Paiva, Paulo Rabello de Castro, P. R. Costa Souza, Ricardo A. Markwald, R. Z. Vilela, Roberto Macedo, Sérgio R. da C. Werlang, Wilson Suzigan, Winston Fritsch e Yoshiaki Nakano realçam a novidade de tal planejamento.

9 No meu estudo para o livro *Plano Collor — Avaliações e Perspectivas* (ob. cit. p. 12/13/14) escrevi: "De início, parece-me que o plano, à luz do Direito Econômico e da economia, deve vencer alguns desafios, que não são pequenos, a saber:

a) corte mais acentuado nas despesas públicas, vinculando-se ao pagamento dos servidores da administração direta e indireta até o limite de 65% das receitas tributárias líquidas (art. 38 das Disposições Transitórias da Lei Maior), assim como a exigência de Estados e Municípios pagarem suas dívidas com a União, via compensação de transferências (art. 160 da C.F.). A desestatização ou privatização não precisaria ser encaminhada ao Congresso, que apenas deve manifestar-se obrigatoriamente na criação de estatais, mas reduzido à sua expressão nenhuma o papel legislativo para a extinção (art. 37 inc. XIX). Sem tal corte, fatalmente a inflação voltará de forma mais virulenta, em face do sucateamento do grande parte do parque industrial, paralisado em seu crescimento pelo bloqueio de reservas, queda de produção na indústria pesada e abertura de importações;

b) restabelecimento de confiança na poupança, a fim de que a impaciência de gastar, inata ao ser humano, não supere a oportunidade de poupar, em virtude da falta de credibilidade do presidente Collor que, tendo prometido não suprimir unilateralmente a dívida interna, atingiu-a com violência. Uma das formas poderia ser a adoção de "operação casada" para novas cadernetas abertas, objetivando liberar cruzados novos antes do prazo, desde que o poupador entrasse em um "jogo de azar" colocando na mesma proporção cruzeiros. Sua dívida atual se transformaria em certeza, se após o prazo carencial visse seus cruzados novos liberados;

c) garantia de entrada de fluxo de cruzeiros suficiente para evitar uma depressão ou forte recessão sem que tal entrada de recursos pressione o nível de preços e gere desabastecimento, mercado parcelado, quebra de qualidade dos produtos e, por fim, inflação;

A imprevisibilidade absoluta — jamais um segredo de política econômica foi tão guardado como o do Plano Collor — e a inevitabilidade de sua aplicação, até por força dos instrumentos de coação amplificados de que se utilizou o presidente, foram elementos estruturais do plano, razão pela qual a consulente, no momento da formalização das escrituras de emissão de debêntures ou da compra e venda de ações, não poderia imaginar pudesse ocorrer tal violência contra o patrimônio das sociedades.

Estou convencido de que se para um caso, no Direito brasileiro, seria possível a aplicação da teoria da imprevisão sobre atos governamentais inesperados e inevitáveis, os contratos, pactuados à luz do Direito anterior e desequilibrados à luz do Direito atual, seriam aqueles a que, com maior lógica, se aplicaria a referida teoria¹⁰.

Ora, à época em que foram assinadas as escrituras públicas de emissão de debêntures ou o contrato de compra e venda, não só o BTN correspondia ao IPC, como se tinha tal indicador como aquele que não permitiria o desequilíbrio contratual, por corresponder à inflação do período. O indexador oficial correspondia, em nível da inflação apurada, à reposição do valor da moeda para o contrato, de modo que as partes estavam preparadas para cumprir o pactuado, em face das disponibilidades financeiras e da remuneração no mercado que tais disponibilidades recebiam, em percentual suficiente para a adimplência contratual¹¹.

d) eliminação de mecanismos policiaescos de controle de preços, cuja desnecessidade é evidente, à luz de um combate à inflação pela técnica de redução da expansão monetária, e cujos impactos psicológicos são negativos, na medida em que mantém uma permanente sensação de que vale mais a pena comprar agora do que esperar por amanhã, visto que o congelamento um dia acabará, com o retorno da alta de preços. Nem os fornecedores baixam substancialmente os preços, com receio de um recongelamento posterior, nem o consumidor deixa de comprar, em tendo recursos, porque teme o oposto (alta) no futuro. Pior é a eliminação do congelamento para alguns produtos e não para outros, que sofrem a pressão do aumento de custo em face da liberação dos preços dos utilizados em sua fabricação" (*Plano Collor — Avaliações e Perspectivas*, Editora LTC, 1990, p. 12/13/14).

10 Paulo Carneiro Maia, citando Jair Lins, explica o fundamento maior da necessidade do reequilíbrio contratual, ao dizer:

"O primeiro adepto, no campo do Direito Privado, entre nós, reconhecem-no todos, foi Jair Lins. Em conhecido parecer, dado em 1923, o ilustre jurista mineiro, sob motivação mais benévola, relacionada com a ausência de consentimento, apelando para o velho adágio *voluntas non extenditur ad incognitum* fixou, assim, sua opinião como vanguardeiro. A súmula de suas conclusões, nas quais se encerram aplicações práticas da mesma teoria — o que já ficou estimado — reflete, por si só, o sentido dos fundamentos em que se apoiou: "Existe, no Direito, a cláusula *rebus sic stantibus*, que opera quando as condições do mercado se tenham tão profundamente alterado que, se essa alteração fosse prevista, a parte não teria, certamente, se obrigado ou teria celebrado o contrato sob outras condições".

Daf por diante o problema passou a merecer a atenção de outros juristas. E os adeptos da teoria da imprevisão foram aumentando de tal forma que, na quadra atual, seria difícil relacioná-los sem receio de lacuna" (Da Cláusula *Rebus sic stantibus*, Saraiva, 1959, p. 253/254).

11 Geraldo de Camargo Vidigal ensina:

"Nas descrições da teoria keynesiana, três dados fundamentais reclamam ainda referência: somen-

O Plano Collor — e não analisarei as suas inconstitucionalidades que se encontram apontadas no meu livro *O Plano Collor e a Constituição* editado pela Forense Universitária e em outro estudo menor publicado pela FGV no livro *O Plano Collor* — de rigor, retirou da consulente:

a) disponibilidade imediata dos ativos financeiros bloqueados; impôs:

b) tributação inesperada sobre os mesmos:

c) sua indexação pelo BTN e não pelo IPC;

e confiscou:

d) a correção monetária, com base no IPC, dos referidos ativos à que tinha direito,

eliminando, por decorrência, da consulente, os elementos de adimplência possível, em face da violenta intervenção em suas disponibilidades, nível de atividade e formulação da política de preços¹².

Mais do que isto, ao reduzir, numa primeira etapa o volume das transações no país e ao atingir fundamentalmente o setor das indústrias de base

te o adequado encontro entre a procura agregada e a capacidade social de produzir permite o desenvolvimento harmonioso da economia; o pleno emprego dos fatores de produção só é possível de alcançar-se e de se manter quando aquela harmoniosa composição é preservada; e somente por intermédio da graduação dos atos de procura, pelo próprio Estado, e da organização estatal do volume e da velocidade dos meios de pagamentos à disposição da população — somente por essas duas formas pode o Estado atuar eficientemente sobre o mercado, no curto prazo, pois os demais termos da equação econômica nascem, no longo prazo, dos elementos do comportamento e da disposição psicológica da população, historicamente determinados.

E eis-nos aqui chegados ao mais profundo e recôndito inferno dos problemas da política monetária: a quantidade de moeda e sua velocidade de circulação determinam o patamar de seu poder de compra e fazem flutuar os patamares, infirmando a moeda como reserva de valor e como padrão de valor; as variações conseqüentes no poder de compra da moeda se registram, como num espelho, nos níveis gerais de preços; o funcionamento equilibrado da economia depende de preços estáveis; e quer o desenvolvimento econômico a médio e longo prazo, quer os níveis de emprego e os comportamentos sociais desejáveis, condições para o desenvolvimento, no curto e no curtíssimo prazo, dependem do equilíbrio econômico" (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, Saraiva, 1983, p. 288).

12 No referido livro sobre o Plano Collor, César Maia aponta a necessidade de reversão por parte do governo de suas metas, ao dizer:

"Finalmente, cumpre lembrar que o programa de estabilização terá que se apoiar em uma política econômica em direção ao médio prazo para que a confiança das empresas e da população seja construída em bases sólidas. Essa transição entre o curto e o médio prazo dependerá primeiro da eficiência no manejo da política monetária, deixando claro que a estabilização sempre terá preferência; em segundo lugar, dependerá de um segundo ajuste fiscal que garanta ainda, até o prazo final de devolução dos ativos financeiros bloqueados, o superávit fiscal; em terceiro lugar, uma renegociação da dívida externa para o longo prazo que compatibilize as exigências de estabilização com as de crescimento; em quarto lugar, a estruturação de uma linha de pontos indutores de política industrial, comercial e agrícola; e, por último, que a integração econômica torne explícita a doutrina do governo em relação ao Estado" (*Plano Collor — Avaliações e Perspectivas*, ob. cit. p. 63).

— as mais afetadas pelo Plano — exigiu uma reprogramação para o futuro, com nítida necessidade de redimensionamento para menos dos negócios e investimentos, por falta de recursos disponíveis.

Desta forma, os pactos realizados em época na qual possível seria sua adimplência, apenas por estes motivos — mais do que suficientes — mereceriam uma revisão, à luz da teoria da imprevisão, para que o desequilíbrio imposto pelo governo fosse eliminado, restabelecendo-se condições capazes de permitir sua adimplência¹³.

Há, todavia, outros elementos a serem examinados.

O governo se desatrelou o BTN — para efeitos de remuneração dos ativos bloqueados — do IPC, cortando-o pela metade e, por um passe de mágica — absorvendo parcela da inflação do período — impôs a correção completa para o IPC, de tal forma que obrigou a consulente a ser remunerada e a trabalhar com índices inferiores e a ter que remunerar o próprio governo com índices superiores, correspondentes à inflação, pela manutenção do IPC como indexador oficial nos contratos em que, de devedor, passava o Estado a ser credor.

À nitidez, tal esdrúxula fórmula de enfrentar a inflação, desequilibrando contratos e impondo regras contra os princípios constitucionais, tornou necessária a revisão do contratos anteriormente indexados pelo IPC, à luz da jurisprudência e doutrina¹⁴.

13 Em nota de rodapé de estudo publicado no livro *Advocacia Empresarial* (ob. cit.) elenco alguns acórdãos hospedando a teoria da imprevisão: "Enfim, parece certo afirmar que, a partir de então (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 convencionado, 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).

Outros Tribunais:

"Embora as partes devam prever, ao contratar, os naturais acontecimentos do 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)".

14 José Cretella Jr. ensina:

"A teoria da imprevisão apenas cogita da "aléa econômica extraordinária", que, pela impossibilidade de imprevisão e pelo excessivo peso de sua incidência, deve ser dividida entre os contratantes. O prejuízo tolerado, embora inesperado, não configura a hipótese, nem tampouco aquele que pudesse razoavelmente ser previsto. Para a boa aplicação da teoria da imprevisão, três elementos essenciais precisam estar presentes: a prova de que o contrato foi feito de boa-fé e que suas bases econômicas correspondiam à situação na época em que foi efetuado; que o aumento do preço dos materiais e mão-de-obra tenha sido tão grande que haja produzido prejuízo a empreiteiro; que o dono da obra se tenha beneficiado com a sua valorização (Brandão Cavalcante, *Tratado*, 3ª ed., 1955, v. 1, p. 302) (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, Saraiva, 1977, p. 4).

Por esta razão, a todos eles se aplica a teoria da imprevisão, tornando cabível a revisão contratual, por via de comum acordo ou judicial.

Assim, apenas pelos aspectos até aqui apontados, não está mais a consulente, após o Plano Collor, à luz da teoria da imprevisão, obrigada a cumprir as obrigações pactuadas sob condições e termos diversos dos que, imprevisível e inconstitucionalmente, foram lhe impostos em decorrência desse Plano¹⁵.

Mas não apenas por isto os termos contratuais não se sustentam.

Se, por um lado, a teoria da imprevisão é aplicável à consulente porque fatores inevitáveis e imprevisíveis afetaram o equilíbrio pactuado, à evidência, por outro, ela não se aplica ao BNDES ou a qualquer uma de suas controladas.

O presidente do BNDES participou diretamente na formulação da política do governo, razão pela qual a entidade por ele presidida não poderia alegar, em nenhum momento, a imprevisibilidade e a inevitabilidade dos fatores que alteraram o equilíbrio do contrato para se defender, se estivesse no lado oposto¹⁶.

Pelas novas regras econômicas, o BNDES passou a ser o beneficiário de uma correção monetária acima daquela permitida para toda a sociedade, ao mesmo tempo em que a consulente passou a ser a grande atingida pela política montada pelo governo federal, inclusive pelo presidente da outra parte contratante¹⁷.

15 As sucessivas derrotas que o governo vem sofrendo nas discussões judiciais ofertam bom a medida do nível de inconstitucionalidade do plano.

16 Sobre o Plano Cruzado, para situação semelhante, escrevi:

“Ora, no momento em que o governo federal e os estaduais — beneficiários do plano cruzado, posto que ficaram assegurados no recebimento de tributos não-deflacionáveis e no pagamento de suas dívidas com deflator — incentivaram uma política de investimentos, financiando tais investimentos por suas instituições bancárias, passaram a ter a obrigação de assegurar aquelas condições que prometeram, ou seja, de um lado, a *inflação zero* e, de outro, preço lucrativo para que o setor cafeicultor fosse capaz de gerar a produção que as autoridades governamentais desejavam.

A partir do instante, entretanto, em que o governo federal não cumpriu a sua promessa nos dois pólos (inflação zero e preço compensatório), à evidência, alterou as condições a que se subordinavam os contratos, deixando estes de ter valor, porque feridas as suas bases de sustentação.

Exigir o cumprimento de um contrato à luz do que foi estipulado, embora diversas as condições atuais, não-previstas e inevitáveis, provocadas pelo governo federal — de resto principal acionista do Banco do Brasil —, e sustentá-lo dos Bancos Estaduais através do Banco Central —, é atingir o direito de propriedade, fazendo com que os cafeicultores que não tiveram culpa e nem têm condições de alterar uma cláusula política de preço *imposta e manipulada* pelo Estado, transfiram sua propriedade, sem justa e prévia indenização, para o setor público, via Administração Indireta, sobre estarem impossibilitados de exercer suas atividades e perderem a liberdade de iniciativa econômica” (*Advocacia Empresarial — Pareceres*, Ed. OAB/SP, 1988, p. 61).

17 No já citado estudo escrevi:

“Num quadro, em que aqueles que causaram os males porque passa a cafeicultura nacional, passaram a ser os beneficiários únicos e exclusivos dos males causados, outro princípio fere a legalidade dos próprios contratos. É o princípio segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza e os bancos oficiais são a *longa manus* do governo federal, principalmente, o Banco do Brasil de que é o acionista majoritário” (*Advocacia Empresarial — Pareceres*, Ed. OAB/SP, 1988, p. 61).

De rigor, tal fato agrava o desequilíbrio contratual e fere um outro princípio geral de Direito, qual seja, o de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (*Nemo auditur turpitudinem propriam alegans*). Assim está disposto o Código Civil em seu artigo 104:

“Art. 104. Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceitos de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em Juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros”.

Em verdade, à teoria da imprevisão se acrescentaria, no caso concreto da consulente, tal aspecto pelo qual quem pretende receber o benefício inesperado e imerecido é exatamente a entidade que formulou a política para desequilibrar o contrato e provocar perdas sensíveis à consulente.

Por esta razão, não vejo como o contrato possa ser cumprido, após ter o governo desequilibrado o pactuado e desequilibrado com benefício indiscutível para seu Banco de Desenvolvimento, por manter indexação real, mas vedando à consulente o acesso a seus ativos e à correção de seus ativos pelos mesmos índices¹⁸.

Ressalte-se que a Constituição em vigor consagra, de forma expressa, o princípio da moralidade administrativa no *caput* do artigo 37, que reza:

“Art. 37. *A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também ao seguinte: . . .*” (grifos meus),

com o qual não se harmoniza o desequilíbrio contratual imposto pelo governo.

Dentro desta linha de raciocínio, o contrato necessita ser reequilibrado ou através de composição amigável ou através de revisão judicial.

¹⁸ Em livro que Gilberto de Ulhôa Canto e eu editamos com J. Van Hoorn Jr. na Holanda *Monetary Indexation in Brazil* (Ed. International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1983, p. 16), Gilberto escreveu:

“Laws which assure the legal tender of the Cruzeiro serve the purpose of preserving the observance of one of the most important attributes of sovereignty: the complete control over the official currency. Monetary correction was instituted in Brazil to serve the purpose of adjusting the nominal value of the Cruzeiro to the effect of inflation. In fact, by adjusting the prices of goods, rights, and liabilities through the multiplication of the respective amounts at a certain date by official indices established by the Federal Government, the system attained its objectives of preserving the monetary standard but not necessarily its nominal value, which in fact is not the object of laws on the legal tender”.

Antes de analisar, todavia, o caminho jurídico para que se obtenha o reequilíbrio contratual, mister se faz rápida consideração sobre a responsabilidade civil das autoridades que provocaram prejuízo, por culpa ou dolo, às pessoas jurídicas ou físicas neste país.

Reza o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal que:

“ 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”,

alargando o elenco de pessoas responsabilizáveis que conformava o artigo 107 do direito pretérito, cuja dicção era a seguinte:

“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”¹⁹.

Ora, à evidência, se o dano causado for evidente, afetando princípios constitucionais — e, no caso, o princípio da isonomia é atingido, a partir de um tratamento diferencial das correções dependendo de o governo ocupar

¹⁹ Hely Lopes Meirelles sobre a matéria escreve:

“O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos. Em edições anteriores, influenciados pela letra da norma constitucional, entendemos excluídas da aplicação desse princípio as pessoas físicas e as pessoas jurídicas, que exerçam funções públicas delegadas, sob a forma de entidades paraestatais, ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Todavia, evoluímos no sentido de que também estas respondem objetivamente pelos danos que seus empregados, nessa qualidade, causarem a terceiros, pois, como dissemos precedentemente (Cap. II, item I), não é justo e jurídico que só a transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize a sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado.

A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo agente, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa” (*Curso Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., Revista dos Tribunais, 1990, p. 551).

a posição de credor ou devedor — não só a União é responsável pelos prejuízos que virá a causar, como tem o poder-dever de se ressarcir junto às autoridades causadoras do prejuízo²⁰.

Tal aspecto leva-me a considerar agora os caminhos jurídicos para o restabelecimento do equilíbrio contratual.

De início, parece-me que o equilíbrio só poderá ser obtido a partir do próprio índice oficializado pelo governo.

Com efeito, se, ao separar o BTN do IPC, o governo, controlador do BNDES, impôs tal índice para a remuneração dos ativos da consulente, apenas esse índice poderá continuar a reger os contratos pactuados antes do Plano Collor²¹.

20 É ainda Hely Lopes Meirelles que escreve:

"O abuso no exercício das funções, por parte do servidor, não exclui a responsabilidade objetiva da Administração. Antes, a agrava, porque tal abuso traz insita a presunção de má escolha do agente público para a missão que lhe fora atribuída. Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor, pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço porque esta falta está, precisamente, na área de riscos assumidos pela Administração, para a consecução de seus fins" (*Direito Administrativo Brasileiro*, ob. cit. p. 551/552).

21 Em estudo que publiqui no livro *A Constituição Aplicada* nº 1, a título de mostrar que não há possibilidade de se definir o que sejam juros reais, mostrei ser impossível também determinar uma correção exata em relação à inflação, dizendo:

"Não há conceito jurídico de juros reais. A matéria deve ser investigada na economia, que doutrinariamente também não oferta um contexto definitivo sobre a matéria.

Em 1982, fui relator nacional pelo Brasil no XXXVI Congresso da *International Fiscal Association*, em Montreal no Canadá, tendo o meu trabalho, redigido com a colaboração de Henry Tilbery, sido apresentado ao lado daqueles dos demais relatores nacionais, a saber: Peter Laube (Alemanha), Carlos A. Prada (Argentina), Ian Langford-Brown/David F. Libling (Austrália), Kurt Neuner (Áustria), Paul Sibille (Bélgica), Brian A. Felesky/Marc Noel (Canadá), Carlos A. Ramírez Guerrero (Colômbia), Jaime Basanta de la Peña (Espanha), Jay M. Gonzales/Gary Clyde Hufbauer/Jerome B. Libin (Estados Unidos), Edward Andersson (Finlândia), N. Mouillan-Hogberg (França), Panos Mantzouranis/Costas Mingas (Grécia), Patrick B. Paul (Hong Kong), Josef Pick/Ben-Ami Zuckermann (Israel), Massimo Alderighi (Itália), Susumu Hijikata (Japão), André Elvinger/Jean Kaufmann (Luxemburgo), Arnold Rorholt (Noruega), A. Valabh (Nova Zelândia), C.A.M. Rasenberg (HOLANDA), Eric J. Hembrey (Reino Unido), Hans-Georg Fornback/Lars Jaktling (Suécia) e Alfons R. Schmid (Suíça). O tema único para todos os autores poderia ser traduzido por "O tratamento fiscal dos juros nas relações econômicas internacionais". Foi relator-geral o professor E. Hohn, que pediu a todos os autores que conceituassem, de início, os juros, para que se discutisse a seguir seu tratamento legal (*IFA 1938-1988 International Fiscal Association — Resolutions Book*, Ed. International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1988).

O interessante a notar é que, se dúvida inexistia a respeito de ser o juro rendimento de capital, cada relator apresentou variantes sobre a conformação final do seu conceito, inclusive, à falta de indicador absoluto para medir a inflação. Os trabalhos foram publicados em quatro línguas (francês, inglês, alemão e espanhol) nos *Cahiers de Droit Fiscal International* — volume LXVII editados simultaneamente em Boston, Antuérpia, Londres e Frankfurt com 660 páginas.

As conclusões finais do debate terminaram por espelhar a falta de um desenho definitivo sobre os juros, tendo em alguns dos tópicos tal aspecto sido realçado. A primeira proposta, inclusive, men-

O IPC está, definitivamente, afastado, à luz da teoria da imprevisão como índice regente da pactuação.

ciona o perfil conjuntural dos mesmos ao dizer: "*Les intérêts conformes aux conditions du marché qui sont versés à des créanciers non résidents devraient, en vertu du principe de non discrimination, être déductibles auprès du débiteur de la même façon que les intérêts versés à des créanciers résidents*" ("IFA 1938-1988-International Fiscal Association — Resolutions Book", ob. cit. p. 303) (grifos meus).

O fenômeno inflacionário, cuja virulência tornou-se maior neste século, tem obrigado os especialistas à reflexão mais profunda sobre a composição dessa espécie de rendimento de capital. O International Bureau of Fiscal Documentation, em decorrência do Congresso de Montreal, encomendou-me — e a Gilberto de Ulhôa Canto — a preparação de um livro para ser editado na Holanda sobre o mecanismo de neutralização da inflação adotado pelo Brasil, livro que saiu em 1983 sob o título de *Monetary Indexation in Brazil* (Ed. International Bureau of Fiscal Documentation, 1983, Amsterdam, coordenação: Gilberto de Ulhôa Canto, Ives Gandra da Silva Martins e J. Van Hoorn, Jr) com estudos 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, Cássio Mesquita Barros, Jr., Ada Pellegrini Grinover e Mauro Brandão Lopes. Em 1984, voltou o tema a ser objeto de meditação, tendo a IFA dedicado o principal painel do Congresso de Buenos Aires ao tema "Adjustments for Tax Purposes in Highly Inflationary Economies" com participação minha e de Guillermo Balzarotti (Argentina), Milka Casanegra de Jantscher (Chile), Aharon Yoran (Israel), Walter Rossi Bayardo (Uruguay) (IFA- Proceedings of a Seminar held in Buenos Aires in 1984 during the 38th Congress of the International Fiscal Association, Ed. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer — The Netherlands, 1985).

O livro com nossos estudos foi publicado simultaneamente em Antuérpia Boston-Frankfurt-Londres e New York sob o mesmo título (136 páginas) e levantou mais dúvidas do que apresentou soluções. É interessante notar que, no mais clássico livro sobre a matéria, estudo parcial para formulação de uma teoria geral dos 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 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 a área do círculo (R_2) para medição da inflação ($P = MV/T + M_1 V_1/T$).

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, aliás, o que defende Mauro Brandão Lopes (*A Atualização de Obrigações Pecuniárias não-Indexadas in A correção Monetária no Direito Brasileiro*, coordenação de Gilberto Ulhôa Canto e minha, Ed. Saraiva, 1983).

Não há forma fiel e absoluta para se medir a inflação, de tal maneira que são inúmeros os indexadores capazes de, setorialmente, apresentar soluções parciais, convivendo o país com inúmeros indexadores relativos, como o IPC, INVV, INPC, OTN, FGV, URJ etc.

A doutrina clássica, sem o instrumental brasileiro de medição da inflação setorial e parcial, falava em juros positivos e negativos, reconhecendo, todavia, a impossibilidade de se definir o nível real pelo qual os juros passariam, quando nominalmente recebidos, a perder para a inflação.

A matéria foi, também, longamente debatida nas "Primeiras Jornadas sobre Indexação no Direito Argentino e Comparado", a que os organizadores da Associação Argentina de Direito Comparado deram-me a honra de vice-presidir, assim como de proferir a palestra inaugural, em 1976, em Rosário. O abastado volume, com todos os estudos — mais de uma trintena — e conclusões, também hospedou mais dúvidas que soluções, tendo sido editado em 1979 pela referida entidade (632 páginas)" (*A Constituição Aplicada n.º 1*, CEJUP, 1989, p. 14/15/16/17).

O caminho natural, portanto, seria, de imediato, uma notificação à instituição financeira e aos debenturistas da forma pela qual pretende a consulente remunerar as debêntures, assim como reajustá-las.

Na impossibilidade de um acordo, deveria a consulente ingressar em Juízo com medida cautelar para garantir o pagamento pelo BTN e não pelo IPC, seguida de ação ordinária de preceito declaratório e condenatório para que a Justiça, reconhecendo a aplicabilidade da teoria da imprevisão, componha o índice de reequilíbrio contratual, que entendo ser o do BTN²².

Haveria também a possibilidade da utilização de ação consignatória, porém essa via apresenta alguma dificuldade em face de parte da jurisprudência considerá-la incabível quando haja discussão acerca do valor da dívida.

Na espécie, não haveria propriamente discussão sobre valor, pois o que se pretende é manter o reequilíbrio nos moldes pactuados. Mas a correção pelo BTN — que visa ensejar esse reequilíbrio-constitui, de qualquer forma, uma aparente mudança de critério, o que poderá levar, numa visão mais formalista, à inadequação da ação consignatória.

Apesar de as escrituras públicas dizerem respeito à emissão de debêntures, à evidência, a teoria geral dos contratos é que rege as pactuações firmadas com as características próprias do Direito Comercial e societário para recebimento de tal tipo de títulos.

Assim sendo, as peculiaridades dos contratos firmados não afetaram sua submissão ao direito obrigacional e especificamente à teoria geral dos contratos e, nesta, à teoria da imprevisão.

Isto posto, passo a responder às duas questões:

1) Justifica-se a revisão dos critérios indexatórios, por evidente desequilíbrio contratual provocado pelo Plano Collor, imprevisível à época de sua assinatura e inevitável a de sua execução;

²² Os artigos do Código de Processo Civil que permitem as ações são os abaixo transcritos:

“*Art. 798.* Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o Juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”;

“*Art. 799.* No caso do artigo anterior, poderá o Juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósitos de bens e impor a prestação de caução”;

“*Art. 800.* As medidas cautelares serão requeridas ao Juiz da causa; e, quando preparatórias, ao Juiz competente para conhecer da ação principal”;

“*Art. 4.º.* O interesse do autor pode limitar-se à declaração;

I. da existência ou da inexistência de relação jurídica;

...

§ único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito”, além do artigo 282 e seguintes.

- 2a) O único índice possível é o do BTN;
- 2b) Os procedimentos a serem adotados, são a saber:

a) — um contacto para a tentativa de uma solução amigável, já usando o presente parecer para demonstrar a insustentabilidade da posição do BNDES;

b) — ação consignatória com depósito do BTN (com os riscos atrás apontados);

c) medida cautelar inominada para garantir o pagamento em BTN, seguida de ação ordinária de preceito declaratório e condenatório.

S.M.J.

São Paulo, 20 de julho de 1990

**A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA SANTA CASA DE
MISERICÓRDIA DE SÃO PAULO — LEI COMPLEMENTAR
NÃO PODE IMPOR CONDIÇÕES ONEROSAS ÀS ENTIDADES
DELA BENEFICIÁRIAS — PARECER**

CONSULTA

A Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, por seu provedor, prof. dr. Waldemar de Carvalho Pinto Filho, e por seu procurador jurídico, Desembargador Adriano Marey, consulta-me sobre o seguinte:

“Nos termos dos respectivos estatutos, ou compromisso, “é uma sociedade civil beneficente de fins não-lucrativos, que se propõe ao exercício da caridade, abrigando e socorrendo enfermos, velhos, inválidos e desamparados” (art. 1.º)”.

Para a realização de suas finalidades, de acendrado interesse público, mantém ainda a irmandade, há mais de 80 anos, o Colégio São José, nesta capital, no qual são admitidos, com bolsas de estudos, gratuitas, filhos de seus servidores, além de outros alunos estranhos, a todos ministrando instrução eficiente, a par de ensinamentos de princípios morais e, mais, de ordem cívica.

Em atenção à relevante contribuição de tais instituições, em prol dos interesses sociais, as várias Constituições da República lhes têm outorgado o benefício da imunidade fiscal, tal como agora se acha expresso no art. 150, inciso VI, letra c, da mais recente Carta Política do país.

O Código Tributário Nacional, como lei complementar, tem apenas discriminado os requisitos para a fruição do benefício constitucional.

No entanto, houve por bem, ultimamente, um grupo de deputados federais, inculcando-se como “líderes partidários”, de encaminhar à Câmara dos Deputados um Projeto de Lei Complementar,

que tomou o n.º 175/89, no qual se propõe sejam introduzidas no aludido Código Tributário alterações de relevo.

Almejam, porém, os subscritores do projeto, que se modifique, entre outros, o texto do art. 14, do Código Tributário, a fim de que o respectivo § 1.º venha a vigorar com a seguinte redação: “Art. 14. O disposto no inciso VI, c, do art. 150 da Constituição Federal é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

...

§ 1.º Além dos requisitos fixados nos incisos I a III deste artigo ficam, ainda, as instituições de educação e assistência social obrigadas a colocar o percentual de 20% de seus serviços à disposição do município onde estão estabelecidas, que os distribuirá, gratuitamente e segundo seus próprios critérios, à população em geral”.

Sentem-se, as instituições de educação e, especialmente as mais integradas à comunidade, pela prestação a esta de serviços de assistência social, em regra, inteiramente gratuitos, tais como as Santas Casas de Misericórdia, ameaçadas por semelhante pretensão, a qual resulta no alvar confisco de 20% dos serviços que prestam à sua própria custa, transferindo gratuitamente, aos municípios (que, diga-se, em nada contribuem para a sua manutenção), a livre disponibilidade daqueles serviços.

Além de afetar cruamente o direito de propriedade, invadindo a esta, e dela dispondo gratuitamente em favor dos municípios, o texto incriminado do Projeto de Lei n.º 175/89 importa em ilegítima desapropriação dos serviços particulares, em benefício dos municípios, atropelando, simultaneamente, o preceito do art. 5.º, inciso XXV da própria Constituição Federal de 1988, pela qual se esclarece que somente “em caso de iminente perigo público”, poderá a autoridade pública servir-se da propriedade particular, ficando, todavia, obrigada a indenizar o proprietário.

Ora, de acordo com o projeto de lei referido, os municípios disporão gratuitamente, e permanentemente dos serviços das instituições de ensino e de assistência social, sem embargos dos prejuízos que lhes possa infligir — de trabalhar sem remuneração apenas para atender às pessoas eleitas pelos prefeitos municipais, para receber os benefícios de ensino e de atendimento médico ...

O que se vislumbra no projeto de lei complementar em apreço é o propósito de retribuir — politicamente — aos municípios, mais diretamente, aos seus dirigentes partidários, o favor que a Constituição Federal outorgou às entidades de ensino e, em especial, às beneméritas Santas Casas de Misericórdia, de todo o país, conferindo-lhes imunidade tributária, que priva os municípios de recolher os impostos prediais que sobre elas certamente lançaria. Contudo, essa manobra olvida-se que o art. 150, inciso IV, da vigente Carta Magna, veda — expressamente — que se “utilize tributo com efeito de confisco”.

No balanço de benefícios, apenas por haver a Constituição da República dispensado as instituições de ensino e as entidades de assistência social, do ônus do imposto, visto que muito servem à comunidade e suprem a precária, ainda que obrigatória, atuação do Estado, nessa mesma atividade, — os autores do projeto de lei complementar incriminado pensam ser-lhes lícito propor o confisco de 20% dos serviços de ensino e de saúde pública mantidos pelos particulares, para compensar os municípios, dos impostos que não podem cobrar-lhes ...

E moral, e jurídico, semelhante propósito?”

Em vista do exposto, consulta-me se o texto, proposto e retrotranscrito, do projeto de lei complementar n.º 175/89, no que diz respeito à pretendida aplicação do art. 14, & 1.º do CTN, se coaduna aos preceitos da Constituição da República, especialmente aos já invocados artigos 5.º (inciso XXII, XXIV e XXV) e 150 (incisos IV e VI).

Após ter-me enviado o texto acima, a consulente acrescentou a seguinte indagação:

“O projeto de lei n.º 175/89, que visa alterar dispositivos do vigente CTN, dispõe que o respectivo art. 14 contenha a seguinte redação:

“Art. 14

§ 1.º (já transcrito acima)

§ 2.º Para os fins do disposto no § anterior, lei municipal definirá os tipos de serviços a serem exigidos das entidades, bem como a forma e os critérios pelos quais serão administrados e distribuídos.

§ 4.º Só se consideram abrangidos pela imunidade, para os fins

de incidência de imposto que tenham como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, os imóveis efetivamente ocupados pelas entidades referidas neste artigo, para as suas finalidades institucionais previstas nos respectivos estatutos ou atos constitutivos”.

Indaga-se: da mesma forma que o projeto, o novo § 1º do CTN, é compatível com o teor da Constituição Federal, art. 150, VI, letra c?

Pretende-se que lei municipal defina os tipos de serviços a serem exigidos das entidades referidas no projeto. Conseqüentemente, e ao que tudo indica, o texto proposto não implica em ficarem elas submissas ao arbítrio do legislador municipal?

E, quanto ao § 2º do art. 14 (segundo o projeto), não conflita o mesmo com o texto constitucional, VI, letra c, onde se confere imunidade que abrange “patrimônio, renda ou serviços” das instituições de ensino e de assistência social? Os bens que produzem renda até agora se consideraram também imunes, pois, concorrem para a manutenção dos serviços de ensino e de assistência social”.

RESPOSTA

O projeto de lei complementar n.º 175/89, no que concerne aos dispositivos mencionados na consulta, é manifestamente inconstitucional. Desnaturaliza o instituto da imunidade constitucional, afronta o direito de propriedade, cria imposto em espécie com base de cálculo e fato gerador idênticos ao imposto sobre serviços de qualquer natureza e delega competência impositiva ao município em matéria que a Lei Suprema reserva apenas à lei complementar.

A própria consulta, nos bem colocados termos em que foi versada, já indica algumas das evidentes violações da norma máxima, pouco havendo a acrescentar aos fundamentos jurídicos que protegem o direito da consulente e desguarnecem a pretensão dos 11 líderes subscritores do referido texto¹.

1 A Associação Brasileira de Direito Financeiro está, no momento, preparando um outro anteprojeto de CTN para ofertar ao Congresso Nacional, a partir de correções do texto atual, naquilo que os 24 anos de sua vigência demonstraram de aplicação conflituosa, assim como de adaptação da parte que provou ser adequada aos termos da nova Constituição. A ABDF foi a entidade que preparou o anteprojeto do diploma ora em vigor. Preside a atual Comissão o dr. Gilberto de Ulhôa Canto, estando eu como seu coordenador-geral.

Mister se faz, todavia, rápida consideração a respeito do instituto da imunidade. A imunidade constitucional é uma vedação absoluta ao poder de tributar. O constituinte, ao detectar que determinadas situações, operações ou pessoas refletem um perfil da sociedade que deve ser valorizado por seus objetivos, institui uma barreira intransponível ao poder de tributar outorgado às diversas entidades federativas, proibindo sua penetração naquelas áreas preservadas da imposição fiscal. Cria uma reserva constitucional a não-tributação².

A relevância que o constituinte atribui, na outorga da imunidade tributária, é de tal monta que o Supremo Tribunal Federal tem sistematicamente entendido que a interpretação da Lei Maior, nesta matéria, deve ser sempre extensiva, ao contrário das demais formas desonerativas de tributação, em que a interpretação do texto legal é restrita, por força do artigo 111 do CTN (isenção, não-incidência, alíquota zero, anistia, remissão), houve por bem a Suprema Corte plasmar sua jurisprudência entendendo que a imunidade é — e deve ser — interpretada sempre de forma extensiva para evitar distorções na *intentiono legis*³.

A Suprema Corte, com inteira procedência, hospeda a tese de que se se outorgasse ao poder tributante o direito de determinar os limites da imunidade, à evidência, tais limites seriam reduzidos aquém da intenção do contribuinte e da conformação constitucional, em face da inata tendência — bem diagnosticada por Adolfo Wagner — de busca incessante pelos entes impo-

2 Escrevi: "A imunidade é o mais relevante dos institutos desonerativos. Corresponde vedação total ao poder de tributar. A imunidade cria área colocada, constitucionalmente, fora do alcance impositivo, por intenção do constituinte, área necessariamente de salvaguarda absoluta para os contribuintes nela hospedados. A relevância é de tal ordem que a jurisprudência tem entendido ser impossível a adoção de interpretação restritiva a seus comandos legais, sendo, obrigatoriamente, a exegese de seus dispositivos ampla.

Compreende-se o desenho pretoriano, visto que os crônicos *deficits* públicos, cujo mérito não nos cabe examinar na área específica do Direito Tributário, eis que de reflexo jurídico apenas no campo do Direito Financeiro e Econômico, terminam por gerar tentações ao poder tributante de reduzir o espectro de atuação da norma vedatória. A fim de fulminar tais conveniências exegéticas, o Supremo tem, reiteradamente, insistido que a imunidade só se pode interpretar extensivamente. A publicidade obtida pelos próprios jornais, apesar de não constar expressamente do art. 19 inc. III letra d da E.C. n.º 1/69 nele foi incluída por força de decisões da mais alta Corte.

Na imunidade, não há nem o nascimento da obrigação fiscal, nem do conseqüente crédito, em face de sua substância fática estar colocada fora do campo de atuação dos poderes tributantes, por imposição constitucional. Independe, portanto, das vontades legislativas das competências outorgadas pela Lei Maior" (*Direito Empresarial — Pareceres*, 2.ª ed., Forense, 1986, p. 298/299).

3 Na linha da interpretação ampla das imunidades, leia-se a ementa do REO n.º 80.603-SP, DJU de 24.5.79, p. 4090: "Papel de imprensa — ato inexistente — interpretação literal.

Não são as dimensões (variáveis segundo o método industrial adotado) que caracterizam o papel para impressão. Ao contrário da isenção tributária, "cujas regras se interpretam literalmente, a imunidade tributária admite ampla inteligência" (os grifos são nossos).

sitivos, de receitas tributárias aumentadas em face da distensão permanente das despesas públicas⁴.

É certo que a interpretação teleológica não é a única — e nem a mais importante — no que diz respeito aos diversos ramos do Direito, mas ganha especial relevo no Direito Constitucional, que é o primeiro campo da normatização social, após a apreensão dos elementos fornecidos pelas outras ciências, no conformar a ordem jurídica de uma nação. E é fundamental que respeite, o intérprete, o que a sociedade desejou, por seus representantes, ao escolher este ou aquele perfil para suas instituições⁵.

Nesta linha de raciocínio, compreende-se porque o S.T.F. — para preservar o intuito constitucional — tem interpretado a imunidade tributária de forma extensiva, objetivando preservar as áreas — consideradas de relevância para os interesses nacionais — das tentações dos poderes tributantes, preocupados com seus crônicos *deficits* públicos, de invadirem-nas, sempre que não exibam titulação constitucional, nem força ou competência impositiva.

Assim é que apesar de o texto constitucional não fazer referência à publicidade dos jornais, houve por bem o Pretório Excelso considerá-la imune

4 O Ministro Thompson Flores, ao aderir também à interpretação extensiva da imunidade sobre jornais, livros e periódicos, justifica a inclusão de serviços não-discriminados expressamente na Magna Carta, dizendo: "Embora arrimado em bons fundamentos, peço venia ao eminente Relator para acompanhar o voto do eminente Ministro Cunha Peixoto.

Como S. Exa. considero que a Constituição, em seu art. 19, III, *d*, instituiu ampla imunidade tributária em prol dos jornais e periódicos, assim propugnando por sua mais ampla circulação e por óbvias razões.

Tal desiderato, por certo, só seria alcançado reduzindo o preço de aquisição, e para isso também tornou imune o papel destinado à impressão.

O anúncio constitui base segura para a redução dos custos, o que importa na mitigação dos preços. Tributá-los não poderia estar na cogitação do princípio.

Com isto certamente não se está aliviando as empresas de publicidade, as quais estarão sujeitas à tributação normal.

É a conclusão que extraio do sistema adotado pela Magna Carta (RTJ 87, vol. II, p. 612).

5 Celso Bastos e eu escrevemos:

"Conscientes de que a realidade fenomênica constitucional difere, nas técnicas exegéticas, das demais realidades dela decorrentes, entendemos fosse necessária uma amplitude maior em seu exame, posto que sua conformação jurídica surge pela apreensão de todos os elementos sociais que pertinem às demais ciências relacionadas ao homem vivendo em sociedade, sendo, pois, o perfil técnico o último estágio desta interação de realidades não-jurídicas e o primeiro estágio de toda a realidade mandamental que dela decorrerá.

Não se pode estudar o Direito Constitucional sem que se estude filosofia, política, economia, sociologia, história, geografia, estudos antecipatórios, psicologia e outras ciências correlatas, visto que todas elas esculpem seu desenho final no texto que ordenará a vida de um determinado povo, com território e poder soberano para conduzi-lo" (*Comentários à Constituição do Brasil*, apresentação do 1º volume, Saraiva. 1988).

das incidências circulatórias, posto que inútil seria a imunidade dos jornais, se imune também não fosse a captação de recursos para produzi-los⁶.

Recentemente, em processo que sustentei perante o Pleno do S.T.F., houve por bem aquela Máxima Corte considerar as listas telefônicas, livros e periódicos e, por isto, imunes da incidência de impostos circulatórios, posto que sua finalidade as assemelha àquelas dos livros e dos periódicos⁷.

Por esta linha, há de se compreender que a jurisprudência — que tem conformado o texto constitucional na parte que trata das imunidades, com dicção idêntica, no essencial, seja no Direito pretérito, seja no atual — não permita veleidades exegéticas a favor dos entes tributantes, mas apenas a favor das situações, operações e pessoas imunes.

Compreende-se também porque houveram por bem, o Tribunal Federal de Recursos, hoje S.T.J., e o S.T.F., em determinar que a lei estabelecadora dos requisitos, a que se refere o artigo 150 inciso VI letra c, só poderia ser a lei complementar. Nunca legislação ordinária, visto que se se outorgasse ao poder ordinário a criação de requisitos, tal criação poderia inviabilizar a imunidade. Somente a lei complementar, que é lei da Federação e não da União, quando cuidando de normas gerais — visto que a União empresta seu aparelho legislativo à Federação para legislar — pode impô-los⁸.

6 O Ministro Moreira Alves, ao estudar a imunidade dos jornais em relação à prestação de serviços de anúncios, não prevista expressamente, na Constituição Federal, em interpretação extensiva, fundamentou seu voto vencedor da seguinte forma (RTJ/87, vol. 2, p. 611): "Se o objetivo da norma constitucional é inequivocamente o de, com um meio de natureza econômica — a imunidade de imposto —, facilitar a circulação dos jornais, dentro dele se insere o da imunidade de tributo sobre prestação de serviço que integra a natureza desse veículo de comunicação" (RE nº 87.049-SP).

7 "RE 101.441-5-RS — Recorrente: Guias Telefônicas do Brasil Ltda. — Recorrida: Prefeitura Municipal de Porto Alegre.

Ementa: Imunidade tributária (art. 19, III, d, da Constituição Federal). ISS — Listas Telefônicas. A edição de listas telefônicas (catálogos ou guias) é imune ao ISS, (art. 19, III, d, da C.F.), mesmo que nelas haja publicidade paga.

Se a norma constitucional visou facilitar a confecção, edição e distribuição do livro, do jornal e dos *periódicos*, imunizando-os ao tributo, assim como o próprio papel destinado à sua impressão, é de se entender que não estão excluídos da imunidade os *periódicos* que cuidam apenas e tão somente de informações genéricas ou específicas, sem caráter noticioso, discursivo, literário, poético ou filosófico, mas de inegável *utilidade pública*, como é o caso das listas telefônicas.

Recurso extraordinário conhecido, por unanimidade de votos, pela letra d do permissivo constitucional, e provido, por maioria, para deferimento do Mandado de Segurança.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do STF, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, e, por maioria de votos, dar-lhe provimento.

Brasília, 4.11.87".

8 "Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível Nº 101.394 — Paraná — Registro Nº 7.174.675. Rel. Sr. Min. Ilmar Galvão — Rementente: Juízo Federal da 3ª Vara — Apelante: União Federal — Apelada: fundação COPEL de Previdência e Assistência Social — Suscitante do Incidente: Egrégia 4ª Turma do TFR.

Ementa: Tributário. Entidades Privadas de Previdência Social Fechada. Instituições Complemen-

Desta forma, nenhuma lei ordinária pode instituir condições para o gozo de imunidade.

Um último ponto nesta introdução, já longa ao parecer, é de que se a lei complementar pode criar requisitos concernentes ao atendimento do desiderato constitucional, não pode gerar ônus de qualquer espécie às entidades imunes. Por esta razão, o art. 14 do CTN, que os colocou, com eficácia de lei complementar, apenas exteriorizou aquelas condições que conformam uma entidade beneficiária da imunidade, sem lhes impor ônus de qualquer espécie que pudessem inviabilizar a imunidade⁹.

A luz deste aspecto, é evidentemente inconstitucional a pretendida delegação de competência impositiva constante do artigo 14 § 1º do Projeto de Lei Complementar nº 175/89, que oferta ao legislador ordinário municipal competência legislativa para condicionar imunidade que o constituinte apenas outorgou ao legislador complementar¹⁰.

tares do Sistema Oficial de Previdência e Assistência Social (Art. 35 da Lei nº 6.435/77). Inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do art. 6º, do D.L. 2.065/83, que consideraram sujeitos ao imposto de renda os rendimentos de capital auferidos pelos entes da espécie. A assistência social, hodiernamente, não se resume à caridade pública, podendo também realizar-se por meio da previdência, que corresponde à assistência preventiva, destinada aos impossibilitados de continuarem trabalhando e à família dos que sucumbem.

As entidades em tela, por isso são beneficiárias da imunidade prevista no art. 19, III, c, da CF, regulamentado pelo art. 9º, IV, c, c/c o art. 14, do CTN, que não condiciona o benefício à gratuidade dos serviços prestados, nem exige que sejam acessíveis a todas as pessoas indistintamente (RE 70.834-RS, RE 89.012-SP, RE 108.796-SP e RE 115.970-RS).

Arguição procedente.

Acórdão: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide o TFR, em Seção Plena, por maioria, declarar a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do art. 6º, do DL 2.065/83, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, DF, 30.6.88 (data julgamento)" (DJ 31.10.88).

9 O artigo 14 do CTN tem a seguinte dicção:

"Art. 14 — O disposto na alínea c do inciso IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I — não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado;

II — aplicarem integralmente, no país, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III — manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º. Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do art. 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º. Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do art. 9º são, exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos".

10 De se lembrar a lição de Aliomar Baleeiro:

"Ainda nesses casos, insistimos em que a interpretação deverá repousar no estudo do alcance econômico do imposto em questão, nas circunstâncias do caso, e não no puro sentido literal das cláusulas

Não se sustenta, pois, tal aspecto, mormente após a decisão do TFR e do STF sobre as entidades fechadas de previdência privada, instituições sem fins lucrativos, que preenchem os requisitos do CTN, nada obstante pretender a Sub-Procuradoria Geral da República, à época da decisão (nota 8), hospedar a tese da competência dos legisladores ordinários para impor condições¹¹.

Ao sustentar oralmente perante o Pleno do TFR aquele caso (nota 8), rebati a exegese oficial, mostrando que apenas a lei complementar poderia impor requisitos, interpretação esta que terminou predominando no TFR e no STF¹².

sulas constitucionais. A Constituição quer imunes instituições desinteressadas e nascidas do espírito de cooperação com os poderes públicos, em suas atividades específicas. Ilude-a o intérprete que procura dissociar o fato econômico e o negócio jurídico, para sustentar que o dispositivo não se refere a este, de sorte que se justificaria imposto de transmissão *inter vivos* sobre o ato da compra de imóveis por um partido ou Santa Casa de Misericórdia. Economicamente, é o imóvel que se encarece pelo efeito do tributo e a instituição que desfalca patrimônio voltado integralmente a fim de interesse público no país" (*Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed., Florense, 1981, p. 109/110).

11 Sacha Calmon Navarro Coelho explicita:

"A palavra instituição não tem a ver com tipos específicos de entes jurídicos, à luz de considerações estritamente formais. É preciso saber distinguir quando a distinção é fundamental e não distinguir quando tal se apresente desnecessário. Instituição é palavra destituída de conceito jurídico-fiscal. Inútil procurá-lo aqui ou alhures, no direito de outros povos. É um *functor* operacional. O que a caracteriza é exatamente a função e os fins que exercem e buscam, secundária a forma jurídica de sua organização, que tanto pode ser fundação, associação etc. O destaque deve ser para a função, os fins.

Irreprochável o acórdão do STF que deu desfecho ao caso do "serviço social da indústria do papel, papelão e cortiça do Estado de São Paulo", lavrado pelos Minis. Moreira alves, Djaci Falcão, Leite de Abreu e Cordeiro Guerra:

"Imunidade tributária, art. 19, III, letra c, da Emenda Constitucional. É instituição de assistência social, entidade mantida por empresas para prestar, gratuitamente, serviços de assistência a diretores, empregados e dependentes destes, uma vez que, além de preencherem os requisitos do art. 14 do Código Tributário Nacional, auxiliam o Estado na prestação de assistência social aos que necessitam dela, embora em área circunscrita" (RE 89.012, d 1978, Rel. Moreira Alves, Tribuna da Justiça, jurisprudência, p. 168, de 10.10.1979).

O critério da "generalidade" da prestação educacional ou assistencial, destarte, não encontra eco na Suprema Corte, como "nota" do "compósio" instituição. A Corte atua pragmaticamente. Vê os fins, as funções do ente assistencial ou educacional, ainda que restrito o seu raio de atuação. E, convenhamos, com grande senso de realidade e justiça" (*Comentários à Constituição de 1988 — Sistema Tributário*, Forense, 1990, p. 360).

12 É ainda Sacha Calmon Navarro Coelho quem escreve:

"A jurisprudência da Suprema Corte ao propósito é alentadora.

Vale a pena lembrar o acórdão que reconheceu imunidade à Fundação Rubem Berta da Varig, embora cobrasse de seus beneficiários e só "a eles atendessem" (RE 70.834-RTJ, vol. 65/145). *Brevitatis causa* tome-se de Aliomar Baleeiro o resumo jurisprudencial que se segue:

"No regime da CF de 1946, a Lei nº 3.193, de 4.7.1957, dispôs sobre o gozo das imunidades pelas instituições educacionais e assistenciais.

Embora ainda não tenha sido elaborada a lei nova a que se refere o art. 19, III, c, este dispositivo é executável, e até auto-executável, em face do art. 14 do CTN, parece-nos, suprimindo-se as dúvidas possíveis pelas decisões do Judiciário, nos termos do art. 153, § 4º da CF de 1969.

A jurisprudência, em prol dos valores humanos, vem repetindo as investidas fiscais baseadas em

Afastada esta primeira inconstitucionalidade que torna vulnerável o supracitado artigo, passo ao exame das demais, à luz dos elementos que atrás elenquei, permitindo-me fixar, de início, sobre as violências tributárias, visto que as demais já foram, com pertinência, esclarecidas no próprio texto da consulta, em síntese perfeita e intocável.

variadas distinções e discriminações, sobretudo em matéria educacional, e estabelecendo *standards*, para fixar o alcance da limitação.

...
A Fundação Antonio e Helena Zerrenner, detentora da maioria do capital da Antártica, venceu ação de repetição de imposto de renda, aliás proposta por esta que sofreu o desconto, e ainda obteve honorários de advogado (R. Ext. 53.917-SP, 29.3.66, V. Boas, RTJ, 37/222). Igualmente vitoriosa contra selo da União, depois da Emenda nº 3/61, e da Súmula 468, a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estatuto de SP, sob fundamento de imunidade recíproca, embora nos pareça que concorria o de seu caráter educacional (RMS 16.086 SP, 8.11.65, Hermes Lima, unân. RTJ, 36/14). Bem-sucedida a Helvetia em pleito contra o Município de SP, com fundamento no art. 31, V, b, a CF de 1946 (Ag. inst. 26.174-SP, 14.8.62, V. Boas, RTJ, 23/165).
— sobre a Fundação Zerrenner, ver ainda R. Extraordinário 75.838 de 12.3.74 e 70.396, RTJ, 55/214.

...
Mas o STF repete a imunidade quando a entidade, como a União Brasileira de Compositores, “se destina mais à proteção de interesses de uma classe ou categoria, à defesa de interesses econômicos, os direitos autorais de compositor”, revertendo o patrimônio aos sócios (RMS 8.252 — RJ, 11.7.62. P. Chaves, unân. RTJ, 24/367. A sociedade invocara os arts. 203 e 31, V, b, da CF DE 1946).

...
Em relação ao Clube Naval que pleiteava a imunidade, nos termos do art. 31, v, b, da CF de 1946 e Lei nº 3.193/47, para os imóveis com financiamento a seus associados, a decisão do STF foi negativa, porque aquela limitação “abrange as instituições de assistência social, entidades que colaboram com o Poder Público em atividade específica — jamais a entidade que se preocupa, apenas, com interesses particulares dos seus sócios”.

...
Tiveram bom êxito no STF a Real Sociedade Espanhola de Beneficência no R. Ext. 74.792, Falção, RTJ, 66/257, e a Província Carmelitana S. Elias, R. Ext. 66.926-SP, 30.3.73, Xavier, RTJ, 65/371, e R. Ext. 68.788-GB. E a Sociedade Beneficência Portuguesa de Niterói, R. Ext. 76.321 de 12.12.72 — Alekmin.

E, também, a imunidade foi reconhecida em favor da Fundação Ruben Berta, restrita aos empregados da “Varig” e seus familiares, uns e outros totalizando 50.000 pessoas (R. Ext. 60.824-RS, 25.10.71, RTJ, 65/145). Em meados de 1974, pendia de julgamento do STF o R. EXT. nº 78.619-RN, em que o Serviço Agro-rural, fundado pela Mitra de Fortaleza, obteve o TFR imunidade do IPI, para tipografia em que imprime material escolar para distribuição gratuita, custeando-a com obras gráficas cobradas de particulares. A imunidade concedida pelo TFR foi mantida pelo STF no ac. de 3.9.74, RTJ, 74/177” (*Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, Forense, 5ª ed., p. 184 e seguintes).

No mais, o STF reconhece que as entidades fechadas de previdência privada estão, por sua natureza orgânica e finalidades, dentro da *imunidade constitucional*, na qualidade que ostentam de “Instituições de Assistência Social” conforme expresso em lei.

Nesse sentido, o RE 58.961 publicado na RTJ/38, p. 183/184, que afastou a “gratuidade” como elemento caracterizador da instituição, como predicado pelo Min. Moreira Alves noutro *decisum*. À guisa de epílogo, importa, na espécie, frisar a *ratio* da imunidade: fim público e ausência de capacidade contributiva. De ver Baleeiro in *Direito Tributário Brasileiro* (10ª ed., Forense, p. 108): “As Instituições... de Assistência Social, como auxiliares de serviços públicos, não têm capacidade econômica para pagar impostos. Não visam os lucros ou a remuneração dos indivíduos que as promovem ou mantêm. A imunidade... deve abranger os impostos que por seus efeitos econômicos... desfalcariam o patrimônio, ou diminuiriam a eficácia dos serviços ou a integral aplicação das rendas aos objetivos específicos daquelas entidades” (*Comentários à Constituição de 1988 Sistema Tributário*, ob. cit. p. 372/373).

O primeiro aspecto a ser mencionado é que a imposição de uma oferta de 20% de seus serviços, sem remuneração, implica, na instituição em espécie, de um verdadeiro imposto às entidades imunes, o que a Lei Maior interdita.

Com efeito, reza o artigo 3º do CTN que:

“Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Tal definição continua atual e exterioriza a escultura jurídica do tributo, implícita na Lei Suprema. Como se percebe, a expressão “em moeda ou em valor que nela se possa exprimir” reflete que a satisfação da obrigação tributária não necessita ser necessariamente em dinheiro¹³.

Por outro lado, o artigo 16 do CTN, segundo a melhor doutrina nacional, traça os contornos jurídicos do imposto, a saber:

“Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”¹⁴.

13 Escrevi: “A legal definição brasileira de tributo, portanto, expressa no dispositivo acima nomeado, é composta de quatro idéias chaves, a saber:

1 — Trata-se de uma prestação pecuniária compulsória;

2 — não pode constituir sanção de ato ilícito;

3 — deve ser instituído por lei;

4 — só pode ser cobrado mediante atividade administrativa vinculada.

O nosso legislador, ao filiar-se entre os que dão ao tributo o caráter compulsório, eliminou as prestações de caráter contratual, num relacionamento de subordinação entre o Estado e os que a ele estão submetidos, teoria aliás, que representa a mais justa sobre a matéria (“Grizzotti” *Studdi di diritto tributario*; Vanoni: *Natureza e Interpretação das leis tributárias*).

Deu, por outro lado, à prestação pecuniária maior flexibilidade em relação à sua forma expressional, pois ela pode ser representada, em moeda ou em qualquer valor que nela se possa exprimir. Devendo o tributo necessariamente ser instituído por lei, três aspectos devem ser ressaltados de imediato, a saber:

a) nenhum diploma legal, que não a lei (atividade do legislativo), pode instituí-lo;

b) os tributos permissíveis, pela sua legislação, são os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria (artigo 5º do CTN);

c) a lei instituidora do tributo poderá ser posterior à lei orçamentária, mas deverá ser anterior ao início do exercício financeiro, exceção feita para as tarifas alfandegárias e de transporte, e os impostos de produtos industrializados, os lançados por motivo de guerra e de casos previstos na Constituição Federal (artigo 153 § 2º da Constituição Federal)” (*Direito Tributário*, Bushatsky, 1972, p. 74/75).

14 Rubens Gomes de Sousa e Geraldo Ataliba assim se manifestaram a respeito do referido texto: “prof. Rubens Gomes de Sousa — Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Ora, o § 1º do artigo 14 do projeto em questão cria imposto de serviços *in natura*, com alíquota de 20% incidente sobre as atividades das entidades imunes, tornando-as, pois, tributadas.

À evidência, a União poderia criar um novo tipo de imposto não existente no sistema, por força de sua competência residual, conforme determina o artigo 154, inciso I, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

“Art. 154. A União poderá instituir:

I. mediante lei complementar, impostos não-previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”¹⁵.

Ocorre que tal imposto teria base de cálculo e fato gerador idênticos ao do ISS, razão pela qual — se imunes não fossem as entidades — tal criação seria impossível, visto que a União não tem competência para instituir tributo que pertença àquela dos municípios. Assim, à inconstitucionalidade da instituição de imposto circulatório de serviços vedado pelo inciso VI, letra

15 Escrevi: “Por fim, tem a União a competência residual, que, como já se viu, aplica-se também às contribuições sociais novas, sendo que o texto restringe mais os poderes da União que o anterior, a saber os artigos 18 § 5º e 21 § 2º, assim redigidos: “§ 5º do art. 18. A União poderá, desde que não tenham base de cálculo e fato gerador idênticos aos dos previstos nesta Constituição, instituir outros impostos, além dos mencionados nos arts. 21 e 22 e que não sejam da competência tributária privativa dos Estados, do Distrito Federal ou dos municípios, assim como transferir-lhes o exercício da competência residual em relação a impostos, cuja incidência seja definida em lei federal”;

§ 2º do art. 21. A União pode instituir: I. contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social; e II. 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”.

Sobre ser necessária lei complementar, não podem tais impostos ser exigidos em havendo base de cálculo e fato gerador idênticos aos já existentes, assim como não podem ser cumulativos aos mesmos. Tal princípio, o do artigo 154 assim redigido:

“Art. 154. A União poderá instituir: I. mediante lei complementar, impostos não-previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição; II. na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação”, é extensivo às contribuições sociais criadas após dia 5 de outubro de 1988, nos termos do § 4º do artigo 195.

A competência residual, portanto, está a exigir lei complementar. Mesmo que o artigo 154 não existisse, o artigo 146 inciso III obrigaria a veiculação de um novo tributo, por lei complementar. Sua definição só pode decorrer de lei complementar” (*Sistema Tributário na Constituição de 1988*, Ed. Forense, 2ª ed., 1990, p. 300/201/202).

c do artigo 150, acrescentar-se-ia a impossibilidade de criação do tributo, pela competência residual da União, por ter o mesmo perfil de imposto já existente no sistema¹⁶.

Estas duas novas inconstitucionalidades, que introduzem uma incidência de 20% sobre todos os serviços das entidades elencadas no referido dispositivo, contaminam o desenho esculpido na Constituição.

Já agora posso, perfunctoriamente, cuidar dos demais aspectos enunciados pela consulente.

À nitidez, fere, o dispositivo examinado, a Constituição Federal em seus artigos 5º inciso XXII e XXIV, pois afeta o direito de propriedade, sobre já ter maculado o artigo 150 inciso VI, letra c, visto que a “doação compulsória” imposta às entidades beneficiadas, conflita com o disposto naqueles dois dispositivos¹⁷.

Não deve a Constituição ostentar dispositivos conflitantes. Quando isso ocorre — no que Canotilho denomina de relações de tensão — o caminho a seguir é, ou adotar a solução do Direito alemão, que admite a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, prevalecendo aquela norma constitucional de maior espectro, ou optar pela conciliação, com interpretação capaz de integrar os textos aparentemente conflitantes¹⁸.

16 Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre a Constituição pretérita, que hospedava idêntica competência, escreve:

“*Impostos Residuais*. Chamam-se impostos residuais todos aqueles que não se confundem com os que a Constituição distribui entre a União, os Estados e os Municípios. São, pois, os que, teoricamente, restam após essa distribuição. Tais impostos residuais não podem ter, para que realmente sejam distintos dos distribuídos, “base de cálculo e fato gerador idênticos aos previstos” para os impostos distribuídos” (*Comentários à Constituição Brasileira*, 6º ed., Saraiva, 1986, p. 148).

17 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 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.

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*, 2º volume, Saraiva, 1989, p. 118/119).

18 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional* (4ª ed., Coimbra, Almedina, p. 118), todavia, rejeita a experiência alemã: “Já houve oportunidade de se afirmar que o sentido útil assinalado

No Direito brasileiro, exceção feita a alguns julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, a tese das leis constitucionais inconstitucionais não tem prevalecido, razão pela qual, na busca de conciliação possível, se o § 1º do artigo 14 do projeto não fosse inconstitucional pelas razões já expostas, seria inconstitucional por violentar o direito de propriedade, além de não possuir sequer nível hierárquico legislativo para suscitar o problema do conflito, apenas possível entre normas constitucionais da mesma hierarquia.

Em outras palavras, a lei complementar não pode conflitar com a norma constitucional, pois a prevalência da norma maior pulveriza sua legalidade¹⁹.

Fere, pois, o dispositivo mencionado, o direito à propriedade e à justa indenização refletidos nos dois dispositivos atrás mencionados.

Constitui, por outro lado, autêntico confisco, também vedado pelo texto constitucional maior, posto que a capacidade contributiva (erroneamente

ao princípio da unidade da Constituição é o de unidade hierárquico-normativa. Afasta-se qualquer idéia de plenitude lógica do ordenamento constitucional e qualquer idéia valorativo-integracionista, conducente à idéia de constituição como ordem de valores.

O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional). De acordo com esta premissa, só o legislador constituinte tem competência para estabelecer exceções à unidade hierárquico-normativa dos preceitos constitucionais (ex.: normas de revisão concebidas como normas superconstitucionais).

Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do Direito Constitucional: a tese das antinomias alternativas; a tese das normas constitucionais inconstitucionais.

Argumentar-se-á que, reduzido o princípio da unidade da constituição a uma simples exigência de unidade normativa, todos os problemas pretendidamente solucionados com o recurso a tal princípio podem ser resolvidos a partir da própria especificidade da positividade normativo-constitucional. Mas não é assim. Sendo a constituição uma estrutura de tensão e não se podendo transformar uma lei constitucional em "código" exaustivo da vida política, o princípio da unidade da constituição é igualmente um princípio de interpretação; exige tarefa de concordância prática entre normas aparentemente em conflito ou em tensão (ex.: entre princípio democrático e princípio do Estado de Direito); exige tarefa de interpretação conforme a constituição das leis que aplicam ou concretizam as normas constitucionais (cfr. no plano jurisprudencial, a invocação deste princípio no AC. TC. nº 31/84, DR, I, 17.4.84").

19 Carlos Maximiliano, com sua reconhecida autoridade, ensina sobre os métodos de interpretação do Direito o seguinte: "Consiste o processo sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.

Por umas normas se conhece o espírito das outras.

Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.

Em toda ciência, o resultado do exame de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando conformato, contrastado pelo estudo de outros, pelo menos dos casos próximos, conexos; à análise sucede a síntese; do complexo de verdades particulares, descobertas, demonstradas, chega-se até à verdade geral. Possui todo corpo órgãos diversos; porém a autonomia das funções não importa em separação; operam-se coordenados, os movimentos, e é difícil, por isso mesmo, compreender bem um elemento sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à primeira vista pareça imperceptível. O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes" (*Hermênutica e Aplicação do Direito*, Ed. Forense, 1979, p. 128).

denominada de econômica) é duramente atingida pelo § 1º do artigo 14 do projeto²⁰.

Com efeito, se houve por bem considerar o constituinte imune às entidades elencadas no artigo 150 inciso VI letra c, sua capacidade contributiva é dimensionada pela imunidade. Ora, como admitir uma imposição tributária em espécie, da ordem 1/5 dos serviços prestados pelas referidas pessoas jurídicas²¹?

O constituinte exigiu vedação absoluta e o projeto de lei complementar confisca 20% da renda potencial dos serviços prestados, em clara violação ao artigo 150 inciso IV, criando imposto em espécie com efeito de confisco²².

20 Escrevi: "De início, mister se faz um esclarecimento. Capacidade contributiva e capacidade econômica não se confundem. Embora sejam ambas dimensões da capacidade de pagar tributos do contribuinte, têm a meu ver, conotação distinta. Capacidade contributiva é a capacidade do contribuinte relacionada com a imposição específica ou global, sendo, portanto, dimensão econômica particular de sua vinculação ao poder tributante, nos termos da lei. Capacidade econômica é a exteriorização da potencialidade econômica de alguém, independente de sua vinculação ao referido poder. Um cidadão que usufrui renda tem capacidade contributiva perante o país em que a recebeu, desde que nos limites adequados e vinculados à sua produção de renda, se a imposição for aquela do imposto sobre a renda.

...

Um cidadão rico, de passagem pelo país, tem capacidade econômica, mas não a tem contributiva, para efeitos dos tributos específicos exigidos dos cidadãos e residentes" (*Caderno de Pesquisas Tributárias N.º 14, Resenha Tributária, 1989, p. 34/35/36*).

21 Gustavo Míguez de Mello, ensina, na linha de Cláudio Pacheco que:

"Assim, tributo com efeito de confisco é tributo que, por ser excessivamente oneroso, seja sentido como penalidade. É este o entendimento de que se pode extrair da lição de Cláudio Pacheco, para quem. "Vigora um princípio básico em relação ao tributo e que é aquele pelo qual nunca se deve expandir ou crescer até afetar a atividade ou a produção da pessoa ou entidade tributada, quando esta atividade ou produção é de proveito ou de benefício coletivo. Assim o tributo não deve ser antieconômico ou anti-social, nem pela sua natureza, nem pelas bases de sua incidência, de seu lançamento ou de sua cobrança. Ele nunca deve ser criado, calculado ou cobrado de modo a prejudicar, tornando ineficiente, ainda menos paralisando ou obstruindo, a atividade produtiva do contribuinte, desde que esta atividade se possa reputar como benéfica à sociedade.

Esse princípio de moderação ou razoabilidade dos tributos deve ser encarado por outro aspecto e então, como o encarou Linares Quintana, referindo-se à antiga e reiterada jurisprudência da Corte Suprema da Argentina, pode ser denominado de princípio da não-confiscatoriedade dos tributos, o qual se funda principalmente na garantia do direito de propriedade. Sob este ponto de vista, referiu o mesmo autor que, para determinar o limite que separa um tributo confiscatório de outro não-confiscatório, a jurisprudência da Corte Suprema estabeleceu diversas fórmulas, inspiradas nos princípios da equidade e da razoabilidade, os quais devem ser ajustados às circunstâncias especiais de cada caso particular, sem que, entretanto, forneçam ao intérprete um critério de certeza bastante para eliminar todas as dúvidas.

Ainda segundo Linares Quintana, o eixo em torno do qual "gira todo o sistema jurisprudencial da Corte Suprema, no que respeita à confiscatoriedade das contribuições, é a regra de que um tributo é confiscatório quando o montante de sua taxa é desarrazoado", o que ocorre quando equivale a "uma parte substancial do valor do capital, ou de sua renda, ou da utilidade, ou quando ocasiona o aniquilamento do direito de propriedade em sua substância ou em qualquer dos seus atributos" (*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, tomo IV, 2.824/6*) (*Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 14, ob. cit. p. 133/134*).

22 O artigo 150 inciso IV tem a seguinte dicção:

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

...

IV. utilizar tributo com efeito de confisco".

De lembrar-se que a imunidade de que gozam as referidas entidades é de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços. E o patrimônio e a renda, quando voltados para os fins da instituição, gozam de idêntica proteção constitucional.

Resta o problema da requisição, apenas admissível em circunstâncias especiais (guerra, calamidade) e nunca a título permanente, razão pela qual o artigo 5º inciso XXV não justificaria a pretensão dos 11 líderes que assinaram o projeto²³.

Por todo o exposto, entendo seja o projeto de lei, no concernente à regulação da imunidade, notória e manifestante inconstitucional, razão pela qual deve ser rejeitado nesta parte pelo Plenário, visto que mais desserviço que serviço prestaria, sobre oferecer inadmissível exemplo de desrespeito à Lei Maior.

Mais do que isto, desincentiva a manutenção de entidades, que o constituinte objetivou fossem destinadas a completar a prestação de serviços pertinentes à vocação natural do Estado, suplementando, pois, sua ação pública. Considerou, assim, de tal relevância, que houve por bem afastar toda a imposição pela mais relevante espécie fiscal, que é o imposto.

Respondo, pois, à questão formulada pela consulente, que os dispositivos elencados do Projeto de Lei 175/89 são manifestamente inconstitucionais.

S.M.J.

São Paulo, 2 de agosto de 1990

²³ Tem o artigo citado o seguinte discurso:

“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:

...

XXV. no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

**AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PRINCÍPIO DA
PROGRESSIVIDADE PARA O IPTU — INSTITUCIONALIDADES
DA LEI MUNICIPAL 10.805/89 DE SÃO PAULO — OS EFEITOS
DE CONFISCO VEDADOS PELA CARTA MAGNA — PARECER**

CONSULTA

A consulente, por seu eminente procurador, dr. Armando Bernal Lopes, e por seu ilustre advogado, dr. Mário de Santi Neto, formula-me as seguintes questões:

“A consulente é proprietária da gleba situada nesta capital, na rua Doutor Cândido Motta Filho, s/n.º, inscrita na Prefeitura do Município de São Paulo com o número de contribuinte 160.195.0383-5, com 229.282 metros quadrados.

Aludida gleba, foi objeto dos inclusos lançamentos de IPTU (imposto predial e territorial urbano) nos exercícios de 1988, 1989 e 1990.

Nos três exercícios, o lançamento do imposto foi feito utilizando-se alíquotas progressivas em razão do valor venal, sendo que em 1988 e em 1989, a progressividade fundamentou-se na Lei Municipal 10.394, de 20.11.87 e em 1990 na Lei Municipal 10.805, de 27.12.89.

Ressalte-se, também, que a Prefeitura fixou o valor venal do imóvel, em 1990, 7.821,9% mais alto do que em 1989, enquanto a inflação no período de janeiro de 1989 a janeiro de 1990, alcançou 1.864%. Esclareça-se que a gleba não sofreu qualquer reclassificação pela Prefeitura, nem foram feitas por esta quaisquer melhorias no local onde ela se encontra. Por outro lado, o contribuinte não recebeu qualquer comunicação sobre a sub utilização do terreno ou sua utilização em desconformidade com o plano diretor da cidade.

Face ao acima exposto, solicita-se que V.Sa. emita parecer jurídico, esclarecendo os seguintes quesitos:

- 1) As alíquotas progressivas utilizadas nos lançamentos dos exercícios dos anos de 1988, 1989 e 1990 são constitucionais?
- 2) O aumento do valor venal do imóvel no exercício de 1990, adotado pela Prefeitura, guarda conformidade com a legislação e os princípios de Direito aplicáveis?"

RESPOSTA

O Sistema Constitucional Brasileiro, ao contrário dos sistemas constitucionais dos demais Estados desenvolvidos com idêntico perfil, oferta competência impositiva aos municípios, os quais, inclusive, — em nível de experiência inédita no Federalismo mundial — participam do concerto federativo¹.

As demais Federações desenvolvidas, sobre não outorgarem aos Municípios competência impositiva (quando a têm, têm-na por lei ordinária), são conformadas por Estados, Províncias ou Cantões, mas nunca pelos Municípios da Nação.

¹ Celso Ribeiro Bastos escreve:

“A verdade é que no protótipo federativo mundial não entra o município pela óbvia razão de que os países que o adotam também não dispensam ao município uma autonomia constitucionalmente assegurada. Desde o momento em que, no Brasil, preferiu-se compartilhar o exercício da soberania por três ordens jurídicas diferentes, com diversos graus de abrangência do espaço territorial de sua validade, mas com mesma dignidade e hierarquia constitucional, a conclusão inelutável seria a de reconhecer-se que a própria Federação brasileira assumira feições próprias. É certo que sempre poderá dizer-se que os municípios não participavam do pacto federativo. Bem, mas aí não procederia a inclusão no art. 1º do Distrito Federal e dos Territórios. E, de outra parte, não queremos crer que só o fato de os Estados-Membros terem direito a se representarem por senadores no seio da União fosse de molde tal a justificar a exclusão dos municípios do nosso modelo federativo. É matéria esta toda apegada a preconceitos responsáveis pela convicção até certo ponto generalizada de que os conceitos e as locuções jurídicas têm essências. Nessa linha de idéias, haveria uma essência federativa, da qual o município não faria parte. O certo é que existem apenas Estados que, em razão de certas afinidades e analogias, mas nunca de identidade, possuem alguns atributos a que se convencionou chamar Federação. O que existe, portanto, são Estados federativos concretos, todos, de resto, diferentes entre si em múltiplos aspectos. A conclusão que se tirou é que a omissão do art. 1º não nos deveria toldar o espírito, a ponto de quivocarmos-nos na tarefa de compreensão de exata inserção do município naquele quadro institucional: é ele entidade jurídica, de Direito Público com capacidade política, e exercente de uma autonomia na condução dos assuntos de sua alçada, a igual título que o fazem União e Estados na gestão dos seus. Em outras palavras, os municípios são unidades territoriais, com autonomia política, administrativa e financeira, tudo conforme lhes dita a Constituição da República, e, subordinadamente a esta, a própria Constituição do Estado e a Lei Orgânica dos Municípios, por eles mesmos votadas” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 1º vol, Saraiva, 1988, p. 232/233).

A força do municipalismo brasileiro, haurida no Brasil colônia, a partir do distanciamento da Metrópole, do isolamento de muitas regiões e de *uma conformação de poder não-federativa*, mas com valorização das localidades, fez com que, já no Brasil Império, o município gozasse de uma força invulgar num Estado centralizado².

A alteração da forma de governo (Presidencialismo) e da forma de Estado (Federação), que a Constituição de 1891 introduziu, não correspondeu à realidade de época, permanecendo o país num Federalismo formal e não-real, de rigor, imposto em todos os textos constitucionais que lhe sucederam.

Esta talvez seja a razão porque o constituinte de 1988 fortaleceu a estrutura municipal no ordenamento jurídico, integrando-a à Federação, apesar de os próprios Estados jamais terem tido a autonomia peculiar a um verdadeiro regime federativo³.

Não cabe neste parecer a discussão do modelo adotado em 1988, que objetivou reestruturar a Federação, fortalecendo Estados e Municípios e en-

2 Escrevi: "O centralismo político português, todavia, transforma-se em uma herança política para o Brasil, visto que à época do Brasil-Colônia (de descentralização administrativa com capitânias hereditárias, governadores gerais, bandeirantismo de apresamento, ciclo da cana, de pastoreio e de busca de metais e pedras preciosas), as diretrizes políticas vindas da metrópole não são desrespeitadas, tendo inclusive, Amador Bueno se negado a ser coroado rei, na restauração do poder português, em 1640, após sessenta anos de controle espanhol.

Tal centralismo político e descentralização administrativa fazem Portugal considerar suas colônias de forma diferente como eram consideradas as colônias espanholas, inglesas ou francesas, ou seja, meras extensões territoriais habitadas por povos inferiores.

O centralismo português não subordina os vencidos, nem considera inferiores os que vivem nas colônias, razão pela qual a mudança da família real para o Brasil não é senão a consequência desta união nacional incontestada, realidade irrepetível pelos contornos de formação histórica dos demais países europeus.

Compreende-se, pois, que a esta centralização de poder, no melhor estilo do centralismo romano, deve-se, de um lado, o fracasso do regime federativo do Brasil, mas, de outro lado, a unidade continental de seu território. A unidade nacional é, portanto, preservada na América, ao contrário da experiência espanhola, francesa e inglesa, sem rupturas e sem guerras de conquistas ou libertação, até porque a independência do Brasil é oferecida por um rei português, que nesta condição morre em Portugal, com o título de Pedro IV, após afastar seu irmão Miguel da Coroa" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 1º vol, Saraiva, 1988, p. 58/59).

3 Francisco de Assis Alves analisa a Constituição de 1891, dizendo:

"A plena autonomia dos municípios sempre fez parte dos programas dos republicanos. Por isso, de uma visualização apenas restrita de que foram tomados pela Carta Imperial, que sequer, lhes concedeu poder executivo, na República, foram dotados de total autonomia. Esta veio assegurada no artigo 68 da Constituição de 1891, que entendeu de impor aos Estados, quando da sua organização, o respeito pela autonomia dos municípios, em tudo quanto referisse ao seu peculiar interesse. Essa autonomia, que é calcada no interesse predominante, como prega a nova doutrina ao analisar a expressão constitucional *peculiar interesse*, aperfeiçoou-se ainda mais com a Constituição de 1946, que conferiu aos Municípios meios idôneos para se desenvolverem, incluindo a capacidade de autogoverno e auto-administração" (*Curso Modelo Político Brasileiro*, vol. I, ed. PrND/IASP, 1985, p. 23).

fraquecendo a União, mas necessário se faz a observação de que, em matéria tributária, as receitas próprias e transferidas de Estados, Distrito Federal e Municípios, restaram consideravelmente elevadas.

Sobre ter havido acréscimo do nível de percentual das rendas fiscais da União transferidos para os Municípios, o elenco impositivo à disposição destes últimos também experimentou considerável crescimento, tornando-se, de rigor, os maiores beneficiários do novo sistema⁴.

Apesar do adensamento do arsenal impositivo, no que diz respeito à espécie tributária *imposto*, relativamente ao IPTU foi mantido o mesmo perfil, salvo a reintrodução de alguns critérios novos para dimensionar sua exigência.

Com efeito, o artigo 24 inciso I da E.C. n.º 1/69 tinha a seguinte dicção:

“Art. 24. Compete aos Municípios instituir imposto sobre:
I. propriedade predial e territorial urbana”;

4 Na abertura do II Fórum Jurídico da Fundação Dom Cabral e Academia Internacional de Direito e Economia, denunciei os riscos de tal descompasso na partição das receitas tributárias, dizendo: “Hoje, a União Federal mantém desconfortável *déficit* público de 30% do PIB. Há dois conceitos de *déficit* público: o conceito operacional, que é aquele que os senhores estão acostumados a ler na imprensa; e o conceito nominal, que é o único que vale. Isto porque no operacional não entra a correção monetária e a variação cambial. A dívida nominal compõe-se de tudo o que representa receitas e saídas, sem exceção de nada, inclusive da correção monetária correspondente à dívida do governo. Hoje, a União detém um *déficit* público de 30% do seu PIB, com as receitas e com as atribuições que tem. O que acontecerá no futuro? A União perderá receitas. A União perderá cinco impostos, os três únicos, o Imposto sobre Transportes e o sobre Comunicações. E, dos principais impostos, o IPI e o IR, a União, que hoje transfere para Estados e Municípios 33%, transferirá 47% (de imediato 38%). Vale dizer, se com as receitas que tem atualmente e com a carga tributária descompassada, que é excessiva, sobre todos os brasileiros, a União não consegue enfrentar o problema de *déficit* público, o que acontecerá quando principiar a perder receitas em percentual de 14% quanto aos dois maiores impostos? Essa reforma do Imposto sobre a Renda que o secretário da Receita Federal está encaminhando ao Congresso, via ministro da Fazenda, acarretará acentuado aumento da carga tributária para as empresas. Sempre que aumentar tais impostos, a União precisará aumentar em dobro para ficar com metade. Ora, se a União perde receita, deveria em contrapartida perder atribuições. Nossos constituintes assim pensaram? Não. O Poder Legislativo Federal pela atual Constituição será consideravelmente maior do que o atual Poder Legislativo. Foram criados três novos Estados que serão representados no Congresso, tendo havido elevação do número de deputados, de tal maneira que São Paulo não mais terá 60, mas 70 deputados. Ter-se-á, portanto, uma representação no Congresso inmensuravelmente maior do que se tem atualmente. Para já não falar no Senado que, com a criação de três novos Estados, passou a ter mais senadores, representantes desses estados. A União, portanto, gastará mais com o Poder Legislativo. E o Poder Judiciário? A União também gastará mais com o Poder Judiciário, não obstante a outorga de independência financeira, porque serão criados novos Tribunais. Os Tribunais Federais de Recursos regionais. O Tribunal Superior de Justiça já que o Tribunal Federal de Recursos se transformará, será maior. Haverá, portanto, necessidade de mais recursos para o Poder Judiciário. E o Poder Executivo? O Poder Executivo ficará maior. A Previdência Social será maior. Ter-se-á um Executivo com mais áreas de monopólio, com mais áreas de reservas de mercado, com maiores áreas de intervenção no domínio econômico. E ter-se-á, portanto, não uma descentralização de atribuições, mas uma concentração de atribuições, apesar de perda substancial de receita” (*A Constituição Brasileira 1988 — Interpretações*, Forense, 1988, p. 5).

idêntica, pois, a do inciso I do artigo 156 da atual Constituição:

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
I. propriedade predial e territorial urbana”⁵.

A *novidade*, todavia, consiste na introdução do princípio punitivo da progressividade, exposto em seu § 1º, cuja leitura é a seguinte:

“§ 1º. O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos da lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade”.

O “princípio” da progressividade é clássico princípio ideológico que os economistas tentaram conformar como correspondente à justiça fiscal. Nas primeiras décadas deste século, raro o economista que, ao cuidar de matéria tributária, não tenha exaltado o sentido social da progressividade e sua adoção indiscriminada para todos os sistemas e, no sistema, quando possível, a todos os tributos⁶.

5 “Deve-se lembrar que a Constituição não cria impostos, muito menos o fazendo a lei complementar. A Lei Maior apenas outorga competências, explicitando a lei complementar seus fundamentos constitucionais. Somente a lei ordinária pode instituir impostos, dentro dos limites constantes dos dois textos superiores.

No sistema tributário brasileiro o IPTU é de competência municipal.

Há especial razão para que assim seja, eis que cabe ao município a criação dos principais serviços públicos que beneficiarão a propriedade predial e territorial urbana, lógica sendo, portanto, a outorga do imposto incidente sobre a mesma.

É evidente que o município hospeda também a propriedade territorial rural, cujo imposto é de competência da União. Sua instituição, portanto, é realizada pela União, que lhe dá a conformação pertinente aos limites constitucionais, explicitados pela lei complementar.

O constituinte, todavia, houve por bem entregar o produto de sua arrecadação aos municípios, no reconhecimento de que a propriedade territorial urbana e a rural têm idênticas características, justificando-se a formulação criterial de tributação pela União, a fim de que não haja diversidade no planejamento de uma coerente política fundiária no país.

O constituinte houve por bem, outrossim, colocar o IPTU como o primeiro dos impostos destinados ao município, pois o mais próprio de sua peculiar área de atuação. Quase todos os serviços públicos infra-estruturais limitam-se a direita ou indiretamente influir nos referidos bens imóveis. De se lembrar, por outro lado, que a história brasileira está ligada à sua origem comunal, tendo conhecido verdadeiros “Estados municipais”, à semelhança dos Estados gregos, à época do Brasil-Colônia, como a cidade de São Paulo ou, mesmo, em etapa posterior, a cidade de Ouro Preto” (Manual do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, Ives Gandra da Silva Martins e Aires Fernadino Barreto, Revista dos Tribunais, 1985, p. 23/24).

6 Gustavo Miguez de Mello refere-se a tais estudos, ao dizer o seguinte: “Para avaliar a tributação do ponto de vista da capacidade contributiva e portanto da justiça fiscal é necessária a realização de uma estimativa da distribuição dos encargos tributários globalmente considerados. Há, sobre a matéria, um estudo clássico de Richard Musgrave comentado por Frederico Julio Herschel e Joseph A. Pechman. No Brasil a matéria foi examinada por Fernando Antonio Rezende da Silva.

As ideologias, todavia, nem sempre correspondem às realidades e, poucas vezes, atendem às necessidades mercantis. Com o humor inteligente, que o caracteriza, o professor Roberto Campos, ao falar do fracasso das economias socialistas, disse que, nestas, os ideais são muito superiores aos resultados, ao contrário das capitalistas, em que os resultados são muito superiores aos ideais.

De rigor, do ponto de vista ideológico, as economias socialistas, por serem intensamente planejadas, não poderiam fracassar nunca, visto que todas as distorções de mercado não existiriam em face do controle permanente que o Estado exerce sobre o processo econômico⁷.

A prática demonstrou a falácia da proposição e a falência dos sistemas socialistas, visto que o planejamento de gabinete nada tem a ver com a natureza humana. A Economia, por ser uma ciência psicossocial — e não matemática ou ideológica — sempre que não se orienta a partir das tendências de seus agentes e das reações expansionistas ou protecionistas dos que nela atuam, por melhores que sejam as equações matemáticas ou as idéias criativas, termina por gerar resultados negativos e decepcionantes.

Por esta razão, quanto mais um princípio é exaltado, em economia, a partir de seu conteúdo ideológico, mais merece ser estudado com cautela, para se verificar sua aplicabilidade ou não à realidade econômica.

Como a tributação progressiva feita em termos de capacidade contributiva, grava mais contribuintes de maiores rendas, claro está que tal tributação também favorece a política de redistribuição da renda. Em termos de justiça fiscal a cobrança de tributos, a maior, que concentra em determinado contribuinte encargos de mais de um é mais nefasta do que a cobrança a menor. Este fato exige a atenção do legislador e do aplicador da Lei para evitar graves distorções nas cobranças de tributos com base de presunções e arbitramentos" (1º Congresso Brasileiro de Direito Financeiro, ed. Mapa Fiscal, 1979, p. 13).

7 José Carlos Graça Wagner justifica o fracasso das economias socialistas, como se pode ler neste comentário: "Ocorrerá, então, fatalmente a máxima exploração da sociedade dos homens pela máquina estatal burocrática e tecnocrática, conforme mostram Mikoyan Djillas, em a "Nova Classe", Michael S. Voslensky, em "A Nomenklatura" (Como vivem as classes privilegiadas na União Soviética). Quando isso ocorre, a capacidade do indivíduo de influenciar os acontecimentos sociais se reduz a nada, refugiando-se cada um apenas no seu interior, sem poder transmiti-lo aos demais, com a conseqüente incapacitação de servir ao próximo, senão em nível de rotina. De outro lado, mesmo os homens que dirigem o Estado passam a ser dirigidos pela máquina do Estado, sem forças para alterá-la. Tem que se conformar, mesmo quando na cúpula do poder, a só ser obedecido quando agir em absoluta conformidade com a indefinida vontade do Estado, já que tudo vai se reduzindo a um sistema de poder, sem rosto, sem perfil, sem objetivos definidos senão a manutenção, a qualquer preço, da máquina estatal, que se torna um fim em si mesmo, sem ninguém saber para que e sem ninguém possuir o mínimo de vontade de sequer se indagar ou indagar a outrem o porquê de tudo. A sociedade envelhece, tende à paralisia, à artéria-esclerose, sem qualquer dinamismo. O trabalho humano, quando explorado pelo Estado, é atingido no seu centro vital, incapaz de criatividade e de renovação social e torna o homem apático e conformista, incapaz de enfrentar o Patrão Absoluto" (Caderno de Direito Econômico N.º 1, ed. CEEU/Resenha Tributária, 1983, p. 294).

O princípio da progressividade se integra nesta linha dos princípios muito estudados e pouco eficazes. É que o princípio da progressividade é, por natureza, um princípio genericamente desestimulador, visto que pune a eficiência, desincentivando aqueles que começam a ser incididos pelas alíquotas mais elevadas a continuarem no processo produtivo⁸.

Logo após a 2.^a Guerra Mundial, os entusiasmados defensores da progressividade, incidente principalmente sobre impostos de renda e patrimônio, passaram a ter que conviver com a desagradável realidade de que quanto mais elevada a carga tributária, menos os capitais e investimentos permaneciam nos países que adotavam essa técnica, fugindo para outros países com carga tributária menor e com menos preconceitos ideológicos⁹.

O florescer do planejamento tributário internacional, com migração de grandes capitais e investimentos, levou o concerto das nações desenvolvidas a, gradativamente, reduzir o nível da progressividade dos impostos diretos para manter capitais e desenvolvimento, exaltando, assim, a prevalência do

8 Gilberto de Ulhôa Canto ensina:

“Desejo aproveitar a oportunidade para dizer que o dispositivo é infeliz, porque consagra o princípio da progressividade do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, numa época em que a validade do mesmo tem sido objeto de questionamento em vários países do mundo. Na Comunidade Econômica Européia e noutras partes do mundo sustenta-se que a progressividade satisfaz objetivos ideológicos anticapitalistas mas não atende aos reclamos do desenvolvimento, carecendo para o setor público recursos mais elevados colhidos no setor privado com desfalque das potencialidades deste, muito melhores do que as do Estado, como empresário. Não quero considerar o mérito das opiniões em ambos os sentidos, mas o simples fato da existência da controvérsia parece contraindicar uma tomada de posição em termos de norma constitucional. Nota-se uma tendência clara no sentido da redução das alíquotas do imposto de renda, nos Estados Unidos, no Canadá e na Europa, justamente para possibilitar maior intercâmbio financeiro internacional, de sorte que a Constituição estratificou no seu bojo um princípio cuja doação deve ser deixada aos artífices da política fiscal, e optou pela posição que se divorcia daquela que os países desenvolvidos estão assumindo, e na qual têm sido seguidos pelos países em desenvolvimento” (*Caderno de Pesquisas Tributárias Nº 14*, ed. CEEU/Resenha Tributária, 1989, p. 24/25).

9 Escrevi: “O fundamento ideológico de tal postura é que o tributo indireto é regressivo e injusto socialmente, e o direto é justo e distributivo. A tendência dos países em reverter tal concepção ideológica e idealística de utilizar-se da tributação indireta, prevalecendo sobre a direta, reside em constatações práticas. É que a tributação direta desestimula a poupança, o investimento, gerando menor desenvolvimento, menos emprego e, portanto, menor arrecadação. Por ser a tributação indireta neutra, a maior disponibilidade que a reduzida tributação direta produz, gera maiores estímulos aos investimentos e poupanças, portanto, progresso econômico e nível de volume arrecadatário superiores.

Por isto os ideais dos que defendem a predominância da tributação direta sobre a indireta são bem maiores do que os resultados. Já os resultados dos que defendem a predominância da tributação indireta sobre a direta são bem maiores que os ideais. Por isto, os países desenvolvidos têm deixado os ideais com os ideólogos e adotado as soluções práticas que lhes têm permitido, na década de 80, acentuada evolução, porque libertos de preconceitos teóricos e despoluídos do “envergonhamento” que lhes quiseram impingir, de que seriam interesseiros por terem-se voltado para o desenvolvimento, emprego, embora em busca do lucro” (*Caderno de Pesquisas Tributárias Nº 14*, CEEU/Resenha Tributária, 1989, p. 44/45/46).

princípio do interesse nacional sobre o da progressividade, na década de 1980, para que os países saíssem da crise provocada pelo 2.^o choque do petróleo, que resultara em recessão mundial e na volta ao protecionismo, no campo do comércio internacional.

A comunidade europeia, principalmente, comandou o esforço mundial para dissolver os mitos tributários.

Elevando o nível dos tributos sociais para gerar mercados, reduzindo o nível dos tributos diretos, sujeitos à progressividade, para atrair investimentos, e nivelando o nível dos tributos indiretos para facultar o comércio dentro da Europa, todos os países partiram para o maior esforço concentrado que a história humana conheceu, na busca de uma saída da crise econômica mundial, com êxito evidente¹⁰.

¹⁰ Sobre palestra que pronunciei em Lisboa, em Congresso que se discutia o papel de Portugal nas comunidades (21.1.88) e publicada no Boletim da Ordem dos Advogados Portugueses, como no jornal "O Globo" (p. 4, 7.2.88) escrevi: "Três dos quatro conferencistas magnos abordaram especificamente o problema da presença do Estado como elemento complicador, propondo soluções (Theóphilo de Azeredo Santos no exame das *joint-ventures*, Diogo Leite de Campos sobre as tendências da política tributária na Comunidade Económica Europeia e eu mesmo, no concernente à redução da carga fiscal como melhor caminho) para que investimentos possam ser feitos ofertando competitividade internacional real aos diversos segmentos empresariais.

As conclusões, todavia, mais relevantes, após as conferências, foram no sentido de a quase unanimidade dos participantes ter reconhecido que: — Quanto mais o Estado regula a economia, tanto menos agilidade ela adquire;

— Quanto maior a carga tributária, tanto menores os investimentos e o estímulo à produção;

— Quanto mais progressivos os tributos, tanto menores as poupanças;

— Quanto menores as poupanças, menores os investimentos;

— Quanto maior a presença do Estado como empresário, tanto menor competitividade externa tem o país;

— Quanto maior a presença do Estado na economia, tanto maior a burocracia;

— Quanto maior a burocracia, tanto maior a carga tributária e menores os serviços prestados à comunidade;

— Quanto maior a presença do Estado na economia, tanto menos democrático é o Estado.

Foi realçada no Congresso a tendência notável das economias europeias de principiarem, gradativamente, a substituir a tributação direta, sempre considerada socialmente mais justa, pela tributação indireta, tida por regressiva e anti-social pelos ideólogos da economia.

A consequência mais curiosa desta tendência é que os países que encetam a redução dos tributos diretos têm propiciado o aumento de investimentos e o aumento de investimentos é socialmente mais justo, porque gera desenvolvimento, gera empregos, gera melhores condições sociais, inclusive para o exercício de direitos trabalhistas.

Ao contrário, a tributação direta progressiva — eternamente decantada como a mais justa, por desestimular poupanças e investimentos — termina provocando recessão e inflação, com desemprego, salários baixos e menor capacidade de diálogo nas reivindicações da classe trabalhadora.

A Europa, em plena década de 80, decidiu, abertamente, partir para o abandono das teses ideológicas de justiça social, que são inibidoras do desenvolvimento, e principia a trilhar o caminho das teses práticas da competitividade e concorrência internacional, únicas que são efetivamente justas do ponto de vista comunitário. Esta é a razão pela qual a Comunidade Económica Europeia está se voltando para duas ordens de tributos, ou seja, os indiretos — comuns a todos os países — e os sociais, reduzindo paulatinamente os tributos diretos, entre eles o imposto sobre a renda".

Os economistas — aprendida a lição de que os mitos ideológicos são úteis nas campanhas políticas e desastrosos na prática administrativa — mais humildes e modestos, perceberam que os tributos progressivos terminam sempre fazendo “justiça social” nos outros países que não os adotam e que recebem os investimentos dos países que os adotam¹¹.

Esta é a razão pela qual os níveis da progressividade, nos países desenvolvidos, têm caído e, no Brasil, mesmo no imposto sobre a renda, em que eram mais acentuados, vêm tendo seu espectro reduzido, ao ponto de terem despencado de nove para duas alíquotas, na pessoa física, e não ter ainda o legislador adotado a progressividade em pessoas jurídicas, embora criasse alíquotas especiais.

Colocadas tais considerações, necessário se faz examinar agora a progressividade no Direito brasileiro, isto é, em que hipóteses o constituinte admitiu a sua adoção.

De rigor, entendo que isso ocorreu apenas para duas hipóteses, admitindo, todavia, possa se entender aplicável a uma terceira, se se interpretar extensivamente o conceito de progressividade¹².

A primeira delas é a do imposto sobre a renda. O § 2.º inciso I do artigo 153 tem a seguinte redação:

11 “Na linha de redução da tributação para manter investimentos — e a teoria da progressividade a aumenta — leia-se o que escreve Gérard Coulombe sobre o sistema tributário canadense, embora à luz da eliminação da bitributação: “Uma reforma fiscal maior no Canadá ocorreu em 1971; a tributação da renda derivada de fonte estrangeira foi uma das questões em que foi muito difícil obter a unanimidade. Por um lado, houve um entendimento geral para não permitir a canadenses ricos transferir o seu dinheiro para uma companhia estrangeira, a fim de evitar impostos canadenses e, por outro lado, houve um forte desejo de tornar as companhias canadenses mais competitivas nos mercados canadenses em relação a companhias sediadas em países estrangeiros. Na sua tentativa de alcançar este duplo objetivo, o governo canadense adotou ou manteve duas espécies de regras mitigadoras e certas medidas antielusão.

A primeira regra de alívio versando questões de bitributação é de aplicação geral e se conhece como o crédito do imposto estrangeiro” (*Princípios de tributação do Direito brasileiro e comparado*, Forense, 1988, p. 237).

12 Aires Fernandino Barreto entende que o imposto pode ser progressivo também para o ITR, sobre o que ainda reflito sem posição definitiva. Diz Aires: “Em nenhum outro caso pode haver progressão (ou regressão, que é a progressão vista de cima para baixo). As alíquotas, doravante, só poderão ser proporcionais.

Há mais, porém. Reforça esse entendimento o exame de dispositivo similar ao Imposto sobre a Renda; também a disposição que versa a progressividade relativamente ao Imposto Territorial Rural. Em relação ao Imposto sobre a Renda, diz o texto constitucional: o Imposto sobre a Renda será progressivo.

É compulsória a progressividade. Quando versa o Imposto Territorial Rural também é esta a expressão utilizada pelo texto constitucional. Ao dizer que suas alíquotas variarão de acordo com o aproveitamento, está a Constituição a impor, desde logo, a progressividade (e a regressividade) para desestimular a manutenção de terras improdutivas” (*A Constituição Brasileira 1988 — Interpretações*, ob. cit., p. 87).

“§ 2º. O imposto previsto no inciso III:

I. será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei”.

O princípio da progressividade é amplo. A Constituição não oferta, para tal tributo, qualquer limitação. A progressividade informa, como critério, a imposição da renda, tendo, o constituinte, deixado livre o legislador ordinário para assim atuar¹³.

No 14º Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Estudos de Extensão Universitário-CEEU, cujo tema central foi a capacidade contributiva, discutiu-se se o imposto sobre a renda deveria ser necessariamente informado pelo princípio da progressividade ou se caberia a faculdade de o legislador acatá-lo ou não. Prevaleceu a tese de que não há obrigatoriedade em sua adoção, podendo, assim, o legislador ordinário decidir-se ou não por essa sistemática. O regime das fontes, por exemplo, é de difícil informação pela progressividade, razão pela qual remanesce a sua não-adoção para a maior parte dos investimentos financeiros.

Os que propugnaram pela submissão compulsória da legislação ordinária à sistemática progressiva, entendiam que, à falta de qualquer restrição à sua hospedagem, era ela obrigatória e não-facultativa¹⁴.

Prevaleceu, todavia, a tese de que, se houvesse limitação imposta pelo constituinte à adoção dessa técnica, está só poderia ser instituída nos casos em que a Constituição permitisse. O legislador ordinário, se limitação houvesse, não poderia estendê-la a outras hipóteses de imposição, em face da inelasticidade do poder de tributar além dos limites constitucionais.

13 Ricardo Mariz de Oliveira ensina: “Já o art. 153, parágrafo 2º, inciso I, exige que o Imposto de Renda seja informado pelos princípios da generalidade, universalidade e progressividade.

Entenda-se generalidade como submissão de todos os gêneros e espécies de rendas e proventos à incidência do imposto, preceito este que se espraia por outros dispositivos constitucionais, assim como o da universalidade, que significa a abrangência do universo das pessoas adquirentes de rendas e proventos no campo de tributação.

Progressividade dispensa conceituação, valendo apenas lembrar que a forma de sua efetivação (duas ou mais classes ou classes e escalas, e lapso de tempo para sua aplicação) é deixada ao critério da lei ordinária” (*Caderno de Pesquisas Tributárias nº 14*, Ed. CEEU/Resenha Tributária, 1989, p. 177).

14 Wagner Balera adota postura distinta de Gilberto de Ulhôa Canto, ao dizer: “A nós parece que a incidência exclusiva na fonte, mediante alíquota fixa, por não levar em consideração toda uma série de dados que determinam o significado do valor auferido a título de renda para o indivíduo que deve o tributo, não é compatível com o caráter pessoal previsto no § 1º do art. 145 da CF. Entendemos, mais, que essa metodologia de arrecadação constitui manifesta afronta ao princípio da isonomia, pois redundaria em distribuição desigual da carga fiscal entre os contribuintes. As recentes alterações efetuadas na legislação do Imposto de Renda, em nosso país, ao reduzirem a quase nada a consideração sobre o caráter pessoal do tributo em questão, quando tais dados já poderiam ser apreciados segundo técnica fiscal conhecida, podem ser acoidadas de inconstitucionalidades” (*Caderno de Pesquisas Tributárias Nº 14*, ob. cit., p. 262).

Desta forma, apesar da divergência no concernente ao imposto sobre a renda, relativamente ao IPTU, as duas correntes se compuseram, por entender que a técnica da progressividade só poderia ser aplicada ao tributo nas expressas hipóteses constitucionais¹⁵.

A segunda hipótese constitucionalmente expressa é a do IPTU, limitando, o constituinte, sua utilização a assegurar a função social e a desestimular o uso abusivo ou negligente da propriedade.

Com efeito, o § 1º do artigo 156 está assim veiculado:

“§ 1º. O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade”.

Só poderá ser usado, portanto, se for para “assegurar o cumprimento da função social da propriedade”¹⁶.

Sempre que uma propriedade estiver preenchendo sua função social, à evidência, estará a salvo da imposição punitiva.

15 Curiosa é a observação de Gustavo Miguez de Mello, ao cuidar dos três princípios do § 2º, lembra que não são princípios auto-aplicáveis: “O imposto, por outro lado, pode ser regressivo em relação à renda, mesmo que cobrado sob alíquotas progressivas. Exemplo: 5% para rendas até 1 salário mínimo; não havendo piso de isenção, 8% para rendas de mais de dois até cinco salários mínimos; isenção para rendas superiores a cinco salários mínimos. Se um legislador praticasse a iniquidade de adotar as alíquotas progressivas, nos termos do exemplo acima, teria criado um imposto regressivo em relação à renda, embora com alíquotas progressivas (até certo ponto). Entendemos que o imposto de fonte sob alíquota fixa poderá infringir o inc. I do § 2º do art. 153 da Constituição.

O referido dispositivo constitucional não é, porém, auto-aplicável, em virtude da expressão “... na forma da lei”, que dele consta” (*Caderno de Pesquisas Tributárias N.º 14*, ob. cit., p. 116).

16 Aires Fernando Barreto escreve: “De harmônica e entrelaçada exegese, resulta, de um lado, que (a) esse imposto poderá ser progressivo, mas só (b) de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade, que, por sua vez, vem explicitada no art. 182 da nova Constituição. Segundo esse dispositivo, a propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (§ 2º). De conseguinte, sempre que a propriedade imobiliária cumpre sua função social, não cabe qualquer progressividade. Progressão do IPTU, na nova Constituição, só é possível nas hipóteses descritas no § 4º do art. 182, in verbis: “É facultado ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I — parcelamento ou edificações compulsórias;

II — imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana progressivo no tempo”.

Ora, se o imposto progressivo no tempo está autorizado apenas naquelas situações em que o imóvel é utilizado em desconformidade com a função social da propriedade, prevista no plano diretor, isto significa circunscrever a uma só aquelas alternativas de utilização do IPTU, com fins extrafiscais. Isso só já seria suficiente para demonstrar, cabal e cumpridamente, que, doravante, o IPTU só poderá ser progressivo (a) no tempo e (b) desde (e tão-só) que a propriedade não cumpra a função social prevista no plano diretor” (*A Constituição Brasileira 1988 — Interpretações*, ob. cit., 1988, p. 86/87).

O § 1º do artigo 156 oferta um expressivo caráter penal à imposição, na linha aliás, que anos atrás defendi em meu livro *Teoria da Imposição Tributária*, ou seja, de que o tributo pode ser utilizado de forma punitiva. Objetiva, a atual Constituição, que a propriedade urbana exerça sua função social e adota, no imposto que sobre ela incide, a potencialidade de torná-lo mais oneroso, pela progressividade, desde que não atenda sua função social¹⁷.

Pergunta-se, todavia, como definir tal função? Ofereceu o constituinte algum critério para que se conformasse o que seria função social?

O artigo 182 § 4º oferta, a meu ver, o critério para a imposição, estando assim redigido:

“§ 4º. É facultado ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não-edificado, subutilizado ou não-utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I — parcelamento ou edificação compulsórios;

II — imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III — desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”¹⁸.

17 Nas conclusões de meu livro escrevi:

“69. Duas são as categorias que interessam ao Direito Tributário, ou seja, aqueles atos que resultam na falta do recolhimento culposo ou doloso do tributo e aqueles outros atos considerados ilícitos para os demais ramos do Direito.

70. Em relação à primeira categoria, a sanção tributária estrutural pode ser veiculada pela técnica de imposição tributária ou sancionatória. Em relação à segunda, deve-se adotar apenas a técnica tributária.

71. Determinadas atividades ilícitas podem ser combatidas de forma mais efetiva pela imposição tributária do que pela mera vedação de sua concretização, ou seja, pela adoção de tributação desestimuladora.

72. Nem todas as atividades ilícitas devem ser combatidas pela tributação desestimuladora, pois admitir a imposição sobre elas seria subverter os princípios estruturais da sociedade.

73. Desta forma, não pode haver imposição tributária sobre o homicídio, os crimes contra o patrimônio, contra a honra etc.

74. Determinadas atividades de natureza mais contravençional podem ser melhor combatidas a partir da imposição tributária.

75. Neste campo se situam aquelas atividades de exploração da pornografia, do lenocínio disfarçado, dos jogos proibidos, dos meios de comunicações atentatórios aos valores morais etc.” (*Teoria da Imposição Tributária*, Ed. Saraiva, 1983, p. 400).

18 Marco Aurélio Greco ensina: “Se analisarmos o art. 182, vamos ver que a cobrança concreta do IPTU progressivo, a meu ver, vai demandar não só muito tempo, como uma série de medidas jurf-

Da leitura do dispositivo percebe-se que a tese da imposição punitiva fica absolutamente caracterizada. De início, a expressão “sob pena” demonstra que a progressividade é para o IPTU uma sanção. De segundo, a pena da progressividade é maior que a da edificação e parcelamento compulsórios, visto que fala o constituinte em “sob pena, *sucessivamente*”. De terceiro, para que a lei ordinária municipal possa adotar o mecanismo punitivo, mister se faz, antes, lei federal para conformar o que seja solo urbano não-edificado, subutilizado ou não-utilizado. De quarto, a progressividade, como punição, só perde para a desapropriação com pagamento, não em dinheiro, mas em títulos da dívida pública.

Como se verifica, pela união do § 1º do artigo 156 e § 4º do 182, a progressividade, no Direito pátrio, em relação ao IPTU, tem um pequeno espectro de atuação e de efeitos exclusivamente sancionatórios ao mau uso da propriedade ou ao não-atendimento da função social da propriedade¹⁹.

dicas sucessivas. Permitam fazer a leitura para estabelecer a seqüência do raciocínio. O parágrafo 4º do art. 182 diz que: “É facultado ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para área incluída no Plano Diretor...” Isso significa que o Poder Público terá a faculdade — depois vamos ver qual é essa faculdade —, mas terá essa faculdade desde que exista um Plano Diretor: Plano Diretor este que pelo parágrafo 1º é aprovado pela Câmara Municipal. Além da existência do Plano Diretor é preciso que exista lei específica — vale dizer, não é só Plano Diretor — é uma segunda lei que venha a circunscrever uma determinada área do território municipal abrangida pelo Plano Diretor. “É facultado exigir, nos termos da lei federal” — então vamos precisar do Plano Diretor, da lei específica e de uma lei federal.

Uma lei federal para quê? Porque alguns dos institutos que são previstos, como o parcelamento e a edificação compulsória, são institutos que afetam diretamente o direito de propriedade e, enquanto tal, correspondem a campo próprio de disciplina pelo Direito Civil, que é de competência federal. Haverá, portanto, necessidade de uma lei federal para disciplinar a forma e as condições destes institutos que são previstos logo a seguir. O Poder Público então poderá exigir de quem? “Do proprietário do solo urbano não-edificado”. Outra observação. Ao fazer menção a proprietário do solo urbano não-edificado, o que vai ser exigido mais adiante é apenas do proprietário da terra nua. Se o solo estiver edificado, não se aplica nenhuma das medidas subsequentes” (*A Constituição Brasileira 1988 — Interpretações*, ob. cit., 1988, p. 334).

19 É ainda Marco Aurélio Greco quem ensina: “Na seqüência de medidas, a primeira é a edificação compulsória, a segunda é o IPTU progressivo e a terceira qual é? É a desapropriação. Ora, se o próprio constituinte distingue o IPTU progressivo da desapropriação daquele imóvel, é porque o IPTU progressivo não pode ser em tal dimensão que implique o efeito equivalente à desapropriação. Portanto, a progressividade encontra limites na própria Constituição. Ou seja, o IPTU que se confunda ou que se transforme num confisco, o que equivaleria, quanto a seus efeitos, a uma desapropriação sem indenização, a meu ver não atenderá aos requisitos constitucionais. Concluindo esta parte do IPTU, entendo que não havia necessidade de se disciplinar tão estritamente a aplicação do IPTU progressivo. Alguns municípios já têm até buscado a implantação. A progressividade, a meu ver, já era constitucional. No regime da E.C. 1/69 pode o município estabelecer uma tributação progressiva, desde que não extravase a sua respectiva norma de competência. Ou seja, ele pode tributar a propriedade, só não pode tributar o patrimônio como um todo, pois neste caso iria extravasar a sua esfera de competência. Na Constituição de 1967 com a E.C. 1/69 já era possível instituir a progressividade. Na nova procurou-se talvez explicitar. “Mas ao explicitar restringiu-se o âmbito de aplicação desse instrumento de política urbana” (grifos meus) (*A Constituição Brasileira 1988 — Interpretação*, ob. cit., p. 337).

Embora, a Constituição submeta à lei federal a conformação da função social da propriedade urbana, há parâmetros que poderiam ser utilizados pelo legislador federal e retirados da Lei Suprema, quando esta dá o perfil da função social da propriedade rural.

O artigo 186 da Constituição Federal tem o seguinte discurso:

“Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I. aproveitamento racional e adequado;

II. utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservações do meio ambiente;

III. observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV. exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”²⁰.

Como se percebe, a prudência do constituinte foi de tal ordem que, para a propriedade rural, impôs os critérios para atendimento de sua função social, a fim de evitar conflitos e pressões, que se faziam notar, à época dos trabalhos constituintes. Já em relação à propriedade urbana, transferiu à lei federal — não-complementar — a indicação dos critérios para serem preenchidos, em face da menor carga emocional com que vinha e vem sendo tratado o problema da propriedade urbana. De qualquer forma, impôs, uma vez estabelecidos os critérios por lei federal, que a propriedade que não preencha sua função social seja apenas, inclusive com a adoção da progressividade.

20 Celso Ribeiro Bastos, ao comentar o artigo 186 da Constituição Federal ensina: “O cerne do nosso sistema jurídico-político repousa no fato de que não há uma oposição irrefragável entre o social e o individual ou mesmo de que o social avança na medida em que se sufocam os direitos individuais. A feição ainda predominantemente liberal da nossa Constituição acredita que há uma maximização do atingimento dos interesses sociais pelo exercício normal dos direitos individuais. O liberalismo não consagra a propriedade como privilégio de alguns, mas, sim, acredita ser a gestão individual do objeto do domínio a melhor forma de explorá-lo, gerando destarte o bem social. Este não é senão um subproduto natural e espontâneo da livre atuação humana que, motivada pela recompensa que pode advir da exploração do bem, sobre ela exerce uma criatividade e um trabalho sem equivalente nos países que a renegam. Portanto, há uma perfeita sintonia entre a fruição individual do bem e o atingimento da sua função social. Só esta harmonia e compatibilização podem explicar os países que mais se desenvolvem economicamente são os que o fazem sob a modalidade do capital privado” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 7^o vol, Saraiva, 1990, p. 284/285).

A punição, todavia, no momento em que a lei federal definir os critérios, não poderá ser superior à capacidade contributiva do pagador de tributos, nem poderá ter efeitos confiscatórios²¹.

O artigos 145 § 1º e 150 inciso IV da Constituição Federal têm a seguinte dicção:

“Art. 145. § 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”;

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

...

IV. utilizar tributo com efeito de confisco”,

realçando o constituinte a necessidade de a imposição tributária respeitar a capacidade contributiva e não ter efeitos de confisco.

A expressão “sempre que possível” vincula-se ao discurso dos tributos que não têm caráter pessoal (indiretos), visto que, nesta hipótese, as operações são tributadas e não as pessoas, sendo difícil ofertar caráter pessoal a tal tributação²².

21 É ainda Celso Ribeiro Bastos que ensina: “Na verdade esta é a única oportunidade em que a Constituição fala em progressividade no tempo. Em outros pontos, sem dúvida, o Texto Constitucional alude ao caráter progressivo do imposto. haja vista o art. 153, § 2º, I, que diz, referindo-se ao Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, que ele será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade. No texto sob comento, cuida-se de uma progressividade no tempo, é dizer, cada ano o imposto deverá ter uma alíquota maior. A velocidade dessa progressividade depende também da lei federal. De qualquer maneira, ainda que contemplada constitucionalmente, esta progressividade no tempo não pode conduzir a um imposto confiscatório. Trata-se de medida vedada pelo texto constitucional. O art. 150, IV, estipula que fica vedado utilizar tributo com efeito de confisco” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 7º volume, Saraiva, 1990, p. 225).

22 Hugo de Brito Machado ensina:

“Realmente, a expressão ‘sempre que possível’ diz respeito apenas à atribuição de caráter pessoal aos impostos. Não à graduação destes segundo a capacidade econômica dos contribuintes. Além do argumento de Silva Martins, que é, sem dúvida, de grande valia, pode-se dizer que o elemento sistemático realmente conduz a tal entendimento, pela razão, aliás muito simples, de que sempre é possível graduar os impostos segundo a capacidade econômica do contribuinte. Assim, e tendo em vista que nem sempre é possível atribuir-se caráter pessoal aos impostos, o entendimento da prescrição constitucional em exame outro não pode ser.

Desta forma, a punição pela progressividade não pode, de um lado, atingir a propriedade que cumpre sua função social e, de outro lado, ter efeitos confiscatórios, em face de vedação constitucional²³.

Colocadas essas premissas, que são fundamentais para responder as questões formuladas, passo a examiná-las, agora, subordinadas às retro-afirmações feitas sobre o sistema tributário na Constituição.

As perguntas da consulente vinculam-se, de rigor, aos dois princípios (progressividade punitiva e não-confiscatoriedade), que teriam sido violados nos lançamentos a que foi submetida.

Embora não houvesse no texto anterior disposição expressa a respeito nem da progressividade para os tributos municipais, nem da proibição do confisco, muitos autores tinham-se manifestado pela impossibilidade, seja

No sistema jurídico brasileiro, as leis que definem os fatos geradores do dever de pagar imposto têm o respectivo âmbito de incidência definido na Constituição Federal. O legislador complementar, por seu turno, está autorizado a definir os fatos geradores dos impostos discriminados na Constituição. Assim, o legislador ordinário, seja federal, estadual ou municipal, opera em campo inteiramente limitado. Por isto mesmo, nem sempre lhe é possível instituir impostos com caráter pessoal. O IPI, o ICMS, entre muitos outros impostos elencados pela Constituição Federal, são impostos reais. Não lhes pode o legislador atribuir caráter pessoal, sem lhes inviabilizar a cobrança. Pode, todavia, o legislador, mesmo em relação aos impostos reais, estabelecer alíquotas mais elevadas para aqueles produtos que geralmente são adquiridos por pessoas dotadas de maior capacidade econômica, e assim, estará observando o princípio da capacidade contributiva. Por isto não temos dúvidas em afirmar que o sentido da cláusula 'sempre que possível', contida no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, é o de permitir a existência de impostos sem caráter pessoal, e não o de permitir imposto que não seja graduado segundo a capacidade econômica do contribuinte'' (*Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 14*, ed. CEEU/Resenha Tributária, 1989, p. 124/125/126).

23 Marçal Justen Filho esclarece:

''Certamente, os efeitos confiscatórios podem variar conforme a espécie tributária de que se trate. Usualmente, associa-se o risco de confisco apenas aos impostos. Isso não é casual.

Tratando-se de tributos não-vinculados, o problema do confisco surge com mais elevado grau de visibilidade. Quando existe imposto, o Estado apropria-se da riqueza privada pela simples circunstância de sua exteriorização e existência. A grande pluralidade de figuras impositivas com natureza de imposto e a variação de alíquotas podem conduzir mais facilmente à caracterização de confisco. É inegável, dentro desse quadro, que o imposto é a espécie tributária que detém maior potencialidade confiscatória.

Utilizando distinção acima já efetivada, haveria de examinar os impostos. A simples afirmativa de que o imposto pode acarretar o confisco não esgota o assunto. Ademais, contém equívoco. Mesmo dentre os impostos, existem alguns mais propícios ao efeito confiscatório, pela natureza da riqueza sobre a qual incidem.

Assim, quando a hipótese de incidência do imposto contempla uma situação de riqueza não-renovável ou uma situação de riqueza renovável mas revestida de essencialidade, ter-se-á maior índice de potencialidade confiscatória. Já a tributação da riqueza renovável e não-essencial apresenta contornos menos lesivos, teoricamente. Os efeitos confiscatórios podem configurar-se, mas com potencialidade muito mais reduzida.

A potencialidade confiscatória da taxa e da contribuição de melhoria é mais reduzida, em decorrência da própria estrutura dessas espécies tributárias'' (*Caderno de Pesquisas Tributárias N.º 14*, ed. CEEU/Resenha Tributária, 1989, p. 382/383).

de se instituir a progressividade para o IPTU, seja de se criar tributo com caráter confiscatório²⁴.

Alguns autores, todavia, defendiam a tese de que o que proibido não está, está permitido, princípio válido para o Direito Privado, mas não para o Direito Público, principalmente no concernente às normas de rejeição social. A tese predominante, na atualidade, é a de que ao fisco, tudo lhe é proibido, a não ser o que a lei permite e, ao contribuinte, tudo lhe é permitido, a não ser o que a lei proíbe. Daí os princípios da tipicidade fechada, estrita legalidade e reserva absoluta da lei formal que inspiram a norma tributária.

A matéria, todavia, era menos polêmica, na medida em que a inconstitucionalidade eventual não era manifesta e em que as alíquotas elevadas cor-

24 Escrevi no passado: "Rezava o art. 153 § 11 da Constituição Federal que: 'Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica, adversa, ou revolucionária, ou subversiva, nos termos que a lei determinar. Essa disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública direta ou indireta.

A Emenda Constitucional nº 11/78 de 13.10.78 modificou, todavia, a redação, retirando a palavra confisco e dispondo de forma expressional diversa a sequência do dispositivo, assim apresentado: '§ 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação penal aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública'.

Não cremos, todavia, tenha alterado mais do que a forma. Não cremos tenha modificado o princípio, mas apenas conciliado a formulação sobre perdimento de bens, num contexto mais racional. Para evitar-se eventual divergência entre a caracterização mais subjetiva do confisco e os limites do perdimento dos bens por danos causados, houve por bem o legislador trazer o dispositivo para a implícita conceituação objetiva dos limites em que a lei poderia atuar, além de que em confisco a sua atuação se tornaria. E os limites já estavam delineados na redação anterior, quais sejam, as próprias forças dos danos causados ou do enriquecimento ilícito.

Desta forma, a vedação constitucional implícita continua, nos mesmos termos da expressa proibição anterior.

É evidente que tal colocação não se ateu a este ou aquele ramo do Direito, mas ao próprio Direito, como um todo, como o conjunto de normas jurídicas impostas à sociedade brasileira.

Assim sendo, o princípio deve ser estudado em cada ramo, dentro dos institutos e regras próprias que o norteiam, inspiram e lhe dão eficácia, mas sob o enfoque permanente do que seja confisco. Os dicionários definem confisco como o ato de apreender a favor do fisco. É o mesmo que confiscação, que se origina do latim *confiscatio, onis*. Não apreender por força de lei justa, mas de ato de força. A evolução da figura revelou, nos diversos Direitos nacionais, resultar em enorme resistência por parte dos sujeitos à penalidade, assim como passou a ter conotação mais ampla, onde o fisco, parte do Estado, foi substituído pelo próprio Estado e o exercício do poder de confiscar estendido a todas as áreas estatais e a outros sujeitos que não apenas os passivos da relação tributária.

Justificado, às vezes, como nos casos de guerra, de calamidade pública ou urgente necessidade nacional, na maior parte dos casos foi sempre rejeitado, por falta de sustentação jurídica ou fática, ao ponto de ter-se constituído, em quase todos os sistemas jurídicos das nações civilizadas, em figura interdita, como é o caso do Brasil.

Ora, na proibição da lei maior, é evidente que, à falta de lei explicitadora no campo tributário, necessita ser a mesma interpretada, em função de ser da categoria daquelas normas auto-aplicáveis, pela natureza proibitória" (*Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 4*, Ed. CEEU/Resenha Tributária, p. 284/285/286).

respondiam a uma base de cálculo baixa, retirando-se do IPTU o efeito de confisco que poderia ter, se tivesse alíquotas elevadas e base de cálculo (no caso, a denominada base calculada) elevada. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, para reduzir os efeitos de uma elevação excessiva da “base calculada” por expedientes administrativos, à luz de alíquotas pesadas, a título de aplicar o § 2º do artigo 97 do CTN, vedou a elevação do valor venal dos imóveis pelas plantas genéricas de valores acima da inflação, senão por força de lei²⁵.

Desta forma, embora, a meu ver, inconstitucional fosse a progressividade já à época, a imposição moderada afastava os contribuintes das demandas judiciais, com o que a tese não foi levantada perante os Tribunais.

A partir de 1988, todavia, exercício de 1989, a matéria passou a ter regulação expressa pela Constituição, não se aceitando, nem a progressividade de não-punitiva e indiscriminada, nem o confisco, mormente em face do aumento parcial das alíquotas e elevação brutal da base de cálculo, sem referencial adequado, no Município de São Paulo.

O Decreto nº 26.120 de 7.6.88 manteve essa progressividade, em tese inconstitucional. A partir da lei municipal nº 10.805/89, a inconstitucionalidade se tornou manifesta, seja pela adoção da progressividade genérica, seja pelo surpreendente aumento da base de cálculo e parcial das alíquotas para 1990, propiciando o “efeito confisco”, em face da nova Carta²⁶.

25 O § 2º do artigo 97 do CTN tem a seguinte dicção:

“§ 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”.

26 O artigo 1º da Lei 10.805/89 no que concerne à modificação do artigo 7º da Lei 6989/66 tem a seguinte dicção:

“Art. 1º — Os artigos 7º, 19, acrescido de 4 (quatro) parágrafos, 20 acrescido de 2 (dois) parágrafos, 21, 27, 39, acrescidos de 4 (quatro) parágrafos, 40 acrescidos de 2 (dois) parágrafos, 41, 87, 90, suprimido seu parágrafo único, 94 e 95, todos da Lei nº 6.989, de 29 de dezembro de 1966, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7º — O imposto calcula-se sobre o valor venal do imóvel, à razão de:

I — tratando-se de imóvel utilizado exclusivamente como residência:

Alíquotas (%)		Classes de VVI em UFM
0,20	até	200
0,30	acima de 200 até	450
0,40	acima de 450 até	550
0,50	acima de 550 até	700
0,60	acima de 700 até	1.400
0,80	acima de 1.400 até	2.800
1,00	acima de 2.800 até	4.600
1,20	acima de 4.600 até	8.300
1,40	acima de	8.300

A matéria foi amplamente debatida pelos juristas, poucos tendo sido os que apoiaram a pretensão municipal. A maioria da doutrina entendeu ser inconstitucional a adoção da progressividade, assim como o confisco decorrencial.

O Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, constituído pelos juristas João Batista Cordeiro Guerra, Celso Seixas Ribeiro Bastos, Cássio de Mesquita Barros, Hélio de Burgos Cabal, Roberto Rosas, Hamilton Dias de Souza, Cláudio Antonio Mesquita Pereira, Geraldo de Camargo Vidigal, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Leonardo Frankental, Antonio Nicácio, Álvaro Vilaça de Azevedo, Paulo de Barros Carvalho, Aires Fernandino Barreto, Paulo José da Costa Júnior, Cid Norberto Vieira de Souza, José de Castro Bigi, Oscar Dias Corrêa, Rubens Aprobatto Machado, Mário Sergio Duarte Garcia, salvo os votos de Rubens Aprobatto Machado e Cláudio Mesquita Pereira, assumiu postura científica pela inconstitucionalidade do projeto de que resultou a lei, a que se uniram as vozes de Marco Aurélio Greco, Fátima Fernandes de Souza Garcia, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Dejalma de Campos, na linha da manifesta inconstitucionalidade da Lei 10.805/89 quanto à progressividade de hoje²⁷.

II — Nos demais casos:

Alíquotas (%)		Classes de VVI em UFM
0,20	até	80
0,30	acima de 80 até	200
0,50	acima de 200 até	300
0,60	acima de 300 até	500
1,00	acima de 500 até	800
1,20	acima de 800 até	1.200
1,40	acima de 1.200 até	2.600
1,60	acima de 2.600 até	21.000
1,80	acima de	21.000

§ 1º — O imposto é calculado sobre a porção do valor venal do imóvel compreendida em cada uma das faixas estabelecidas em Unidades de Valor Fiscal do Município de São Paulo-UFM, mediante a aplicação da alíquota correspondente.

§ 2º — O valor do imposto é determinado pela soma dos valores apurados na conformidade deste artigo.

§ 3º — Ficam isentos do imposto, no exercício de 1990, os imóveis construídos, com destinação e uso exclusivamente residenciais, enquadrados pelos critérios das Plantas Genéricas de Valores nos padrões A, B ou C, da Tabela V, anexa à Lei nº 10.235, de 16 de dezembro de 1986, e cujo valor venal seja igual ou inferior a 200 (duzentas) Unidades de Valor Fiscal do Município de São Paulo-UFM'' (Lex Estado de S. Paulo, 1989, p. 523/524).

²⁷ As manifestações de diversos juristas citados povoaram os jornais da Capital nos meses de novembro e dezembro de 1989.

Argumento que expus, durante os debates de que participei na Câmara, a convite dos eminentes vereadores, foi aquele de que, se a progressividade serviria tanto para punir, quanto para não punir, à evidência, a Constituição seria inútil, inócua e ridícula. Se aqueles que não dessem à sua propriedade função social, sofreriam a progressividade do imposto e aqueles que lhe dessem também a sofreriam, ou o constituinte seria um bem-humorado animador de debates jurídicos para shows de televisão ou um ignorante de técnica legislativa. O que, em homenagem à sua inteligência, eu não poderia admitir. E para homenageá-la, só haveria uma interpretação possível, ou seja, aquela pela qual a progressividade de caráter punitivo só se aplica às hipóteses de não-atendimento da função social exigida pela Lei Maior²⁸.

E a Justiça, nas poucas vezes em que foi chamada a se manifestar sobre a matéria, seja no que diz respeito ao confisco, seja no que diz respeito à progressividade, manifestou-se pela inconstitucionalidade das leis que hospedam os dois comandos maiores, como no caso da Prefeitura de Praia Grande, em que toda a comunidade protestou, obtendo resultado favorável até agora em 1.^a Instância Judicial²⁹.

Desta forma, as leis que embasaram os lançamentos anteriores não tinham sustentação constitucional, motivo pelo qual, do ponto de vista da progressividade, o lançamento de 1988 é, em tese, inconstitucional, pois feito à luz da ordem pretérita e os de 1989 e 1990 manifestamente inconstitucionais, em face de a progressividade ter sido adotada para imóveis que preencham sua finalidade social.

28 A convite da Câmara Municipal expus, no mês de dezembro, para mais de 2/3 dos Vereadores da Câmara, minha opinião a respeito do projeto de Lei n.º 10.805/89, mostrando-lhes sua notória inconstitucionalidade.

29 "Com respeito ao alegado pelos impetrantes sobre a progressividade na cobrança do imposto, a lei n.º 665/89 que a estabeleceu, não pode ser aceita, já que para que o artigo 156, § 1.º da Constituição Federal possa ser aplicado, existe a necessidade de que a lei federal determine o conceito de 'função social da propriedade'.

Somente desta forma é que a progressividade poderia ser utilizada na cobrança do IPTU, e não da forma como foi feita pela impetrada, utilizando-se da divisão de zonas para o cálculo do imposto. *A Lei n.º 665/89 não pode ser considerada, já que o impetrado utilizou a progressividade inadequadamente, já que é privativo da lei federal a definição de 'função social da propriedade' sendo que esta é pré-requisito para a instituição do caráter progressivo do imposto.*

O artigo 182, § 4.º, da Constituição Federal espelha o entendimento descrito acima.

A inconstitucionalidade do sistema progressivo para a cobrança do IPTU no município de Praia Grande é claro, já que este sistema só pode ser adotado se o imóvel não atender a definição da lei federal. Como esta não foi elaborada, o município não poderia fazê-lo. Como o fez, a lei 665/89 é inconstitucional" (Processo n.º 001/90, 3a. Vara Cível de Praia Grande — SP, p. 465 dos autos, 12.3.90, Juiz dr. Sérgio Leite Alfieri F.º).

Quanto à violação ao princípio da não-confiscatoriedade, entendo que o lançamento de 1990 é também inconstitucional, por gerar efeito de confisco, vedado por nossa Carta.

Em face de todo o exposto, passo a responder às duas questões de forma resumida:

- 1) Não.
- 2) Não.

S.M.J.

São Paulo, 15 de agosto de 1990

**CONSTITUI FATO GERADOR DO IOF INCIDENTE SOBRE AS
OPERAÇÕES DE CÂMBIO SEU FECHAMENTO E NÃO A
EMISSÃO DE GUIA DE IMPORTAÇÃO —
INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 2434/88 AO
DESCONSIDERAR O FATO GERADOR E OFERTAR
TRATAMENTO DESIGUAL A CONTRIBUINTES EM IDÊNTICA
SITUAÇÃO — PARECER.**

CONSULTA

A consulente importou, ao amparo de guias de importação emitidas antes de 1.7.88, mercadorias várias, tendo, em relação à maioria delas, fechado o câmbio após aquela data. O Decreto-lei nº 2434 de 19.5.88, por seu artigo 6º, a título de fortalecer o comércio exterior, admitiu a isenção do IOF incidente sobre as operações de câmbio, mas excluindo dos benefícios operações realizadas após 1.7.88, com guias de importação emitidas antes. Sem outra justificacão que não a do mero referencial à data, ofertou tratamento desigual aos contribuintes que fizeram as mesmas operações de importação e de aquisicão de câmbio, conforme tivessem ou não suas guias emitidas antes ou depois de 1.7.88. Pergunta a consulente, por seu eminente advogado Ronaldo Corrêa Martins, se é constitucional tal tratamento, assim como se os Mandados de Segurança, que impetrou, objetivando o mesmo tratamento, foram-no corretamente, para tanto exibindo-me as peças judiciais, assim como algumas decisões de 1ª instância favoráveis ou não, além de acórdãos do T.R.F. de São Paulo, todos albergando sua pretensão.

RESPOSTA

Antes de passar a resposta às duas questões suscitadas, mister se faz uma rápida análise sobre a natureza jurídica do IOF, sobre o princípio da isonomia e sobre a exegese a ser dada, no campo do Direito Tributário, às isenções.

De início, necessário se faz considerar o IOF um imposto de natureza regulatória. A sua criação volta-se à concepção de que há quatro categorias de impostos, a saber: a dos regulatórios, dos circulatórios, dos incidentes

sobre a renda e dos incidentes sobre o patrimônio. O IOF, de rigor, está mais na linha dos impostos regulatórios do que daqueles circulatórios¹.

Os impostos regulatórios, embora incidam sobre operações de circulação (IOF, I.E. e I.I.), objetivam mais regular o comércio e a economia do que constituir fonte de arrecadação para o erário. À evidência, não é despendida a produção de receita, mas tal tipo de receita pode ser elevada ou reduzida em face de interesses maiores da Economia. Em sua formulação, o constituinte e o legislador pretéritos pretendiam que os governos não alicerçassem suas pretensões tributárias em tais impostos, exatamente para permitir a flexibilidade necessária para que sua eliminação ou elevação fossem instrumentos eficientes para regularização da economia.

À evidência, os crônicos “deficits” públicos da União, nos governos passados, e a excessiva transferência de receitas tributárias, contemplada pela nova legislação, levaram boa parte da doutrina a encarar o IOF como instrumento de arrecadação, visto que, na nova Constituição, a União nada precisa dele transferir para outros entes federativos, exceção feita ao IOF incidente sobre o ouro, receita que, de rigor, pertence aos Estados, Distrito Federal e Municípios².

Embora sua natureza jurídica seja, portanto, de um imposto regulatório, compreende-se que muitos autores tenham-no enquadrado entre aqueles circulatórios de bens e serviços, em face de ser sua conformação a de imposto de uso exclusivo da União.

1 Apesar de não concordar com a tese, aceita Sacha Calmon Navarro Coelho a teoria do efeito regulatório, ao dizer:

“O ISOF também não sofreu alterações de perfil relativamente à Carta de 1967. Simplesmente, passou a ter suas alíquotas alteradas pelo Poder Executivo através de simples atos administrativos, sem acatar submissão, na majoração, aos princípios da legalidade e da anterioridade, ao argumento de que é instrumento hábil de extrafiscalidade na área do mercado financeiro, tese com a qual não concordamos, data venia das opiniões em contrário. Acharmos até mesmo que tal licença tumultua e traz insegurança ao desenvolvimento de um sadio mercado financeiro no Brasil. Por que razão não se pode ter regras tributárias fixas, pelo menos por um ano, em tema de ISOF?”

Seja lá como for, o imposto está, doravante, ao dispor do Executivo. Mas há ressalva: *observadas as condições e limites fixados em lei*” (Comentários à Constituição de 1988 — Sistema Tributário, Forense, 1990, p.204).

2 Escrevi: “Entendo que o imposto a que se refere o § 5º substitui o imposto único de minerais incidentes sobre o ouro.

A interpretação que oferto ao artigo lastreia-se na expressão “operação de origem”. Operação de origem pode ser apenas uma. Vale dizer, o imposto incidirá uma única vez, quando o ouro já beneficiado sair para o mercado financeiro, não mais se sujeitando a qualquer imposição. Acrescente-se que a alíquota escolhida de um por cento é aquela que substitui idêntica alíquota do sistema pretérito, o que vale dizer, a característica do imposto substitutivo parece-me claramente definida.

Tal interpretação leva a uma indagação. Como o ouro, quando é obtido por foiceagem, garimpagem ou extração, após seu primeiro beneficiamento, é vendido sem saber sua destinação, há de se convir que o ouro sempre, em sua primeira operação, há de estar sujeito ao IOF, e apenas depois poderá estar sujeito — ou não — ao ICMS, conforme seja destinado ao investimento ou a servir de matéria-prima para objetos em ouro.

A lei ordinária que cuidou da matéria, embora ofertando tratamento semelhante, parece-me inconstitucional, não só porque foi veiculada por instrumental legislativo imprestável, como por não ter dado a extensão que veiculo no presente comentário (Comentários à Constituição do Brasil, 6º volume, Saraiva, 1990, p. 317).

E o Plano Brasil Novo, de certa forma, confirmou a tendência mais arrecadatória que circulatória do tributo³.

No IOF, todavia, a incidência tributária sobre o câmbio é nitidamente regulatória. Não há como a União não a adotar para exercer uma política cambial de equilíbrio da moeda nas relações internacionais, independente de sua faceta arrecadatória. O próprio Plano Brasil Novo está orientado para tratar o IOF como imposto circulatório e arrecadatório, mas, em sua faceta cambial, o caráter regulatório prevalece sobre o circulatório.

O constituinte, de certa forma, ao permitir a delegação de competência legislativa no § 1.º do artigo 153, nivelando o IOF ao I.I. e I.E., além do IPI, que contém traços de imposto regulatório, assim como ao afastar o princípio da anterioridade, como garantia constitucional do contribuinte para a referida imposição, à evidência, objetivou ofertar um perfil regulatório maior ao tributo⁴.

Sobre a matéria entendo, todavia, que se a Lei de Diretrizes Orçamentárias não previr expressamente a delegação e a não-submissão ao princípio da anterioridade, o IOF tornar-se-á intocável para efeitos de alteração no exercício seguinte àquele da Lei de Diretrizes, posto que o artigo 165 § 2.º reintroduziu o princípio da anualidade no Direito brasileiro⁵.

3 As MPs 160 e 195/90 tiveram caráter nitidamente arrecadatório. Contesto a constitucionalidade de ambas no livro *O Plano Brasil Novo e a Constituição* (Ed. Forense Universitária, 1990).

4 Sem se utilizar especificamente da palavra, Ichihara oferta interpretação nesta linha:

“Este imposto, em relação à redação da Constituição anterior, (art. 21, VI), não apresentou qualquer alteração.

Da mesma forma como nos comentários sobre o imposto de exportação foi suprimida a possibilidade de se criar reservas monetárias (art.21, § 4º da CF de 1967) ou de capital, para financiamento de programas de desenvolvimento econômico. Esta prática foi proibida pelo artigo 167, item IV da atual Constituição quando diz que é vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa; e este caso não se enquadra nas ressalvas previstas no dispositivo constitucional.

Este imposto é conhecido também por Imposto sobre Operações Financeiras, e na realidade está desdobrado em vários impostos, tais como:

- Imposto sobre operações de créditos;
- Imposto sobre operações de câmbio;
- Imposto sobre operações de seguro.

Estes três impostos, na realidade, têm como conteúdo as operações de crédito, câmbio e seguros, títulos ou valores mobiliários” (*Direito Tributário na Nova Constituição*, Atlas, 1989, p. 127/128).

5 Escrevi: “A atual Constituição se, de um lado, alargou as exceções ao princípio da anterioridade, reintroduziu, em matéria tributária, o princípio da anualidade, estando os artigos 150, inciso III, letra b e 165, § 2º, assim redigidos: “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: b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”; “Art. 165. § 2º. A Lei de Diretrizes Orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, *disporá sobre as alterações na legislação tributária* e estabelecerá a política de aplicação das agências oficiais de fomento” (o grifo é meu), excepcionando da submissão ao primeiro princípio os impostos de importação, exportação, IPI e ao IOF (art. 153 § 1º).

O certo, todavia, é que a *intentio legis* dirige-se no sentido de aumentar o caráter regulatório do tributo.

Ora, o D.L. 2434 está nitidamente na linha desta conformação, como se pode ler na exposição de motivos que o antecede. Entendem, seus autores, que o IOC incide sobre o mesmo fenômeno econômico, que é a importação, recaindo o imposto de importação sobre a entrada da mercadoria e o IOC sobre o fechamento de câmbio para aquisição da moeda necessária ao pagamento da mercadoria. A operação de importação é, portanto, incidida pelos dois impostos regulatórios: o imposto aduaneiro e o imposto sobre operações de câmbio.

Esta foi a razão pela qual houve por bem, o expositor de motivos do D.L. 2434/88, admitir a função regulatória do tributo e, mais do que isto, a esculptura substitutiva, alternativa ou supressiva que o IOC deveria ter em relação ao I.I.

As palavras, que se encontram na Exposição de Motivos nº 195 de 18.5.88, são de cristalinidade inequívoca:

“O projeto ora apresentado se reveste de grande importância para a consecução simultânea de uma série de objetivos perseguidos pelo governo presidido por Vossa Excelência, a saber: a atualização do sistema tarifário, a modernização da política comercial relativamente às importações, o aperfeiçoamento da política tributária e a desburocratização administrativa.

... *omissis*...

“4. O tributo e a contribuição citados funcionam, efetivamente, como tarifas paralelas e superportas à TAB, especialmente o IOF, cuja incidência varia de zero a 25%. Ademais, o nível de inci-

Nos comentários à Constituição Federal, que estou escrevendo em 16 volumes com o professor Celso Bastos (já foram publicados 4), examino as exceções ao princípio da anterioridade, que não constam do princípio da anualidade, demonstrando inexistir conflito na interpretação aplicável aos dois. Pelo princípio da anualidade, que é de espectro maior e que não comporta exceções a qualquer tributo, toda a alteração de legislação tributária deve constar da Lei de Diretrizes Orçamentárias. O constituinte foi suficientemente incisivo ao dizer que a LDO: “disporá sobre as alterações na legislação tributária”.

Ora, se a LDO não dispuser sobre tais alterações, à evidência, para o exercício subsequente, nenhuma alteração na legislação poderá ser realizada, por respeito ao princípio maior da anualidade. Se, todavia, a LDO declarar que em relação ao IOF, IPI, II e IE poderá o Poder Executivo — nos limites da lei — e o próprio Poder Legislativo, aumentar tais tributos até x%, *mesmo que o aumento ocorra no exercício subsequente*, à evidência, afastar-se-á o princípio da anterioridade, a que não se subordinam os quatro impostos mencionados.

Desta forma, a LDO é que dispõe sobre as alterações da legislação tributária, inclusive aquelas que ocorrerão no exercício seguinte (tributos excepcionados) ou no próprio exercício da LDO (tributos a que se aplicam o princípio da anterioridade)” (artigo publicado no Suplemento Tributário LTr nº 46/90).

dência do IOF nas operações de câmbio de importação não obedece a critérios de tributação racionais, variando, desordenadamente, em função da destinação geográfica ou setorial do produto, da natureza da operação cambial ou ainda da qualidade ou atividade do contribuinte-importador”.

... *omissis*...

6. A reforma da tarifa aduaneira compreende, dessa feita, uma adequação dos níveis tarifários à estrutura produtiva atual, um passo importante na direção de uma tarifa única sobre os produtos importados, através da isenção do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e sobre Operações Relativas a Títulos e Valores Mobiliários (IOF) e da extinção da Taxa de Melhoramentos dos Portos, e uma maior justiça fiscal, através da redução do universo das reduções e isenções tarifárias.

... *omissis*...

7. As vantagens para o país da reforma ora proposta não se restringem à restauração da TAB como instrumento de política aduaneira e, por extensão, de política comercial, industrial e de preços. As vantagens repercutem igualmente em três campos já assinalados no início: a) modernização da política comercial externa; b) aperfeiçoamento da política tributária; c) racionalização administrativa. A modernização da política de comércio exterior busca não apenas facilitar a melhor inserção da economia brasileira na divisão internacional do trabalho, como também a estimular os nossos parceiros e organismos financeiros multilaterais a manter e ampliar um diálogo construtivo com o Brasil, que permita descortinar um horizonte de relações comerciais e financeiras, menos restritivo e mais aberto.

8. O aperfeiçoamento da política aduaneira será um resultado imediato da implementação das medidas sugeridas. O IOF nas operações cambiais não é mecanismo apto para exercer a proteção à produção doméstica, além de ter causado distorções no mercado cambial, ao alavancar a elevação do preço das divisas fortes e estimular o mercado paralelo.

... *omissis*...

10. A expedição de decreto-lei se justifica por se tratar de matéria de natureza tributária urgente e de interesse público relevante, conforme previsto no art. 55 da Constituição”.

Como primeira conclusão, portanto, deste parecer, entendo que, para efeitos do D.L. 2434/88, o IOC é um imposto regulatório, substitutivo ou idêntico ao imposto de importação, e que deveria ser suprimido, em linha extra-fiscal, para facilitar a importação de bens e mercadorias de interesse nacional, objetivando aparelhar o parque produtivo com equipamentos e meios para uma nova etapa de desenvolvimento⁶.

Neste particular, todavia, sem qualquer referencial, justificativa ou técnica legislativa, esse diploma estabeleceu uma isenção a partir da emissão de guia de importação e não do fechamento de câmbio, que constitui o fato gerador do IOC, estabelecendo critério odioso, na medida em que nunca a importação de uma mesma mercadoria para contribuintes diversos, com fechamento de câmbio posterior a 1.7.88, poderia ser ou não tributada pelo IOC, conforme tivesse, a guia de importação, sido emitida antes de 1.7.88 ou não⁷.

E aqui me parece residir a inconstitucionalidade maior detectada pela consulente no apreender o fenômeno impositivo deflagrado pelo referido diploma legal.

O tratamento desigual é inequívoco.

O princípio da isonomia não é princípio de simples tratamento pelo Direito. A igualdade absoluta é impossível. Já o tinham demonstrado os filósofos na antiguidade, sendo que os gregos chegaram a admitir que o verdadeiro princípio da igualdade seria tratar desigualmente os desiguais, fórmula que no seu encanto criativo continuava a não equacionar o problema maior da equiparação⁸.

6 Aliomar Baleeiro sobre o tributo ensina:

“V. Operações de Câmbio. Sob o regime da Constituição anterior, as operações de câmbio estavam sujeitas a selo, sem embargo de que as transferências de fundos para o exterior poderiam ser objeto de tributação paralela e episódica por imposto específico (*Constituição de 1946*, art. 15, V, lei nº 156, de 27.11.1947; lei nº 1.143, de 15.9.51; lei 2.308, de 31.8.1954). Hoje a cumulação não parece possível e, pelo menos, não é racional. Ambos os resultados podem ser obtidos por um imposto só, com menos complicações e menos despesas administrativas.

O prato forte do imposto, de selo, na matéria, consistia em fazê-lo incidir, nos lançamentos de contabilidade “a débito ou a crédito de entidades no exterior”, por ocasião de pagamento, recebimentos, transferência e créditos de qualquer natureza.

Em se tratando de operações cambiais, constitui fato gerador a efetivação, pela entrega da moeda, ou pela do documento, que a represente (cheque, ordem, carta de crédito etc.) ou sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente, seja nacional, seja estrangeira, quer entregue, quer posta à disposição. O fato ou o documento. Mesmo apenas o fato da entrega ou colocação ao dispor do beneficiário” (*Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed., Forense, 1981, p. 272).

7 O artigo 6º do D.L. 2434/88 tem a seguinte dicção:

“Art. 6 — Ficam isentas do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, e sobre Operações Relativas a Títulos e Valores Mobiliários as operações de câmbio realizadas para o pagamento de bens importados, ao amparo de Guia de Importação, ou documento assemelhado, emitida a partir de 1 de julho de 1988”.

8 Michel Villey escreve:

“41. *Una proporción, una Igualdad*. Aristóteles hace un minucioso análisis del *dikaion*. Distingue en él diversos atributos. El Derecho consiste en una relación; es un fenómeno social; una vez más hay que decir que Robinsón carece de Derecho en su isla. El *dikaion* griego no es el ‘Derecho

No célebre diálogo de Platão, “Gorgias”, Cálicles chega, inclusive, a criticar a igualdade que o Estado oferta aos desiguais para nivelá-los aos mais fortes, sob a alegação de que tal intervenção estatal seria contra a natureza das coisas, visto que o forte tem direito natural à sua fortaleza e o fraco tem natural direito à sua fraqueza. Ao que Sócrates reage mostrando que os fortes serão mais fortes na medida em que o Estado supra a fraqueza dos fracos, pois é a aspiração natural de todos a igualdade, mesmo que os fracos só tenham fraqueza e os fortes, fortaleza⁹.

A filosofia até hoje não determinou a justa medida da igualdade entre os seres e, no Direito, embora almejem, seus cientistas, descobrir a justa medida da igualdade, encontram, intérpretes e legisladores, obstáculos reais para superar todas as dificuldades inerentes à justa medida de impossível consecução.

‘Derecho subjetivo’ del individuo pensado en función de un sujeto único (que engendrará dentro de un sistema de pensamiento totalmente distinto, el individualismo moderno). ‘Mi *dikaion* — escribe Aristóteles en su *Ética* — es el bien de otro’, lo que significa que no es sólo un atributo de mi persona, no es exclusivamente ‘mío’. De esta simple observación sacaremos consecuencias muy importantes en la segunda parte de esta obra, cuando estudiemos las fuentes de nuestro conocimiento del Derecho.

Ciñámonos más a la definición. El *to dikaion* es una proporción (que nosotros consideramos buena) entre cosas repartidas entre personas; un proporcional (término neutro), un *analogon*. Podemos decir también que el Derecho consiste en una igualdad, en un igual (*ison*). Esta palabra corre el riesgo de ser mal comprendida porque nuestras matemáticas modernas son muy distintas de las de Grecia. En primer lugar, las matemáticas griegas no eran tan áridas como las nuestras; eran también una búsqueda, una contemplación de esa belleza que mora en el orden cósmico; el descubrimiento de una igualdad en el mundo no era levantar acta de una simple equivalencia de hecho entre dos cantidades, sino descubrir en ella una armonía, el valor de lo justo: pariente próximo del valor de lo bello.

En segundo lugar y principalmente, guardémonos (precisaremos esto en el artículo siguiente) de entender la palabra igualdad en el sentido de la igualdad simple o ‘aritmética’, del moderno igualitarismo” (*Compendio de Filosofía del Derecho*, EUNSA/Pamplona, 1979, p. 87/88).

9 Vincula Rafael Gómez Pérez a aspiração à igualdade a uma aspiração à Justiça, que só se obtém a partir do jusnaturalismo:

“La diferencia fundamental entre el auténtico iusnaturalismo y el positivismo queda establecida netamente por los positivistas en la siguiente afirmación: ‘la validez del derecho positivo es independiente de su relación con una norma de justicia, mientras que para el iusnaturalismo la validez de la norma de justicia es el fundamento de la validez del derecho positivo’. Para los positivistas, la norma de justicia no puede ser lo natural, porque, aun prescindiendo de las contradictorias definiciones que se han dado de lo natural, de los hechos no puede deducirse una norma: ‘el ser no implica un deber ser’. Estes es el fondo filosófico (de origen, kantiano) del normativismo o teoría pura del derecho. Respondiendo plenamente a él, se podrá admitir que existe una aspiración nunca colmada hacia la justicia, pero que sobre esa aspiración no puede hacerse ciencia, conocimiento intelectual.

Sin embargo, a partir de ahí, las anotaciones de algunos positivistas empiezan a acercarse a algunas observaciones fundamentales del iusnaturalismo clásico. Advierten, por ejemplo, que establecer un fundamento natural es, en el fondo, llegar a un planteamiento metafísico y teológico.

Además de estas observaciones hay que decir que es falsa la oposición derecho natural-derecho positivo. Lo que afirma el iusnaturalismo es que es derecho positivo no puede (debe ser) oponerse a las exigencias de justicia implícitas en los principios fundamentales del derecho natural. Pero, a partir de ahí, es necesario que el derecho positivo explicita y adpte esas normas naturales a las concretas circunstancias históricas” (*Deontología jurídica*, EUNSA/Pamplona, 1982, p. 87/88).

Hart, inclusive, lembra que não podendo a ordem legal de um país regular a totalidade das relações possíveis na sociedade, cabe à jurisprudência o papel, difícil e necessário, de suprir a lacuna da lei a partir de princípios fundamentais que regem o Direito, a fim de dar a todas as relações jurídicas tratamento legal adequado e, na medida do possível, isonômico¹⁰.

E o próprio Kelsen, ao tentar descontaminar a norma jurídica das influências das demais ciências, inclusive da Moral, não superou nem o dilema da norma fundamental, que postou fora do ordenamento jurídico, nem da jurisprudência que se orienta a partir de um ideal de justiça na aplicação da norma posta, mormente quando lacunosa¹¹.

Ora, o princípio da isonomia jurídica encontra-se neste terreno difícil do discurso jurídico adaptado à prática executiva.

Se, de um lado, não há uma igualdade absoluta — de impossível consecução —, o que tem levado filósofos e juristas à procura de sua justa medida, há todavia um núcleo no princípio da igualdade cuja violação provoca, sem sombra de dúvida, a desigualdade.

No Direito do Trabalho, se se permitisse que as partes fossem tratadas rigorosamente de forma igual, a menor força do trabalhador deixá-lo-ia sem

10 "A supreme tribunal has the last word in saying what the law is and, when it has said it, the statement that the court was wrong has no consequences within the system: no one's rights or duties are thereby altered. The decision may, of course, be deprived of legal effect by legislation, but the very fact that resort to this is necessary demonstrates the empty character, so far as the law is concerned, of the statement that the court's decision was wrong. Consideration of these facts makes it seem pedantic to distinguish, in the case of a supreme tribunal's decisions, between their finality and infallibility. This leads to another from of the denial that courts in deciding are ever bound by rules: 'The law (or the constitution) is what the court say it is' (The concept of law, Ed. Clarendon Law Series, Oxford University Press, New York, 1961, London, p. 138).

11 "Com o processo legislativo, especialmente nas democracias parlamentares, tem de vencer numerosas resistências para funcionar, o Direito só dificilmente se pode adaptar, num tal sistema, às circunstâncias da vida em constante mutação. Esse sistema tem a desvantagem da falta de flexibilidade, tem em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no facto de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais. O princípio que se traduz em vincular a decisão dos casos concretos a normas gerais, que não de ser criadas de antemão por um órgão legislativo central, também pode ser estendido, por modo conseqüente, à função dos órgãos administrativos. Ele traduz, neste seu aspecto geral, o princípio do Estado de Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica. Em completa oposição a este sistema encontra-se aquele segundo o qual não existe tão-pouco um órgão legislativo central, tendo os tribunais e os órgãos administrativos de decidir os casos concretos segundo a sua livre apreciação. A sua justificação está no suposto de que nenhum caso é perfeitamente igual a outro, de que, portanto, a aplicação de normas jurídicas gerais que predeterminam a decisão judicial ou o acto administrativo e, assim impedem o órgão competente de tomar na devida conta as particularidades do caso concreto, pode conduzir a resultados insatisfatórios. É o sistema da livre descoberta do Direito, sistema que já Platão propôs para o seu Estado ideal" (Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, Ed. Armenio Amadio, Coimbra, 1979, p. 345).

condições de negociar relações isonômicas. O princípio da *pacta sunt servanda*, válido para as relações privadas, provocaria uma profunda distorção pela fragilidade do trabalhador em sua capacidade de negociar, razão pela qual o Estado supre tal insuficiência¹².

No Direito Tributário, entretanto, em que os contribuintes colocam-se em igualdade de condições, ofertar tratamento preferencial para uns em relação a outros, que se encontram rigorosamente em idênticas circunstâncias, é tratar desigualmente, ofertando discriminação odiosa a quem for tratado com maior imposição. Na primeira hipótese das relações trabalhistas, restabelece a igualdade. Na segunda, o tratamento desigual introduz indesejável desigualdade, inaceitável perante o Direito.

Compreende-se, pois, no direito pretérito, o § 1º do artigo 153 e, no atual, o inciso I do artigo 5º, assim como o inciso II do artigo 150, todos os três dispositivos assim descritos:

“§ 1º do art. 153. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”;

“Inciso I do art. 5º: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”;

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

12 É ainda Michel Villey que ensina:

“Acabamos de señalar que el término igualdad es para nosotros un término engañoso; no debemos entenderlo en el sentido de una igualdad absoluta. En realidad, no es la igualdad simple lo que busca el jurista (eso no es lo dikaion), sino la igualdad geométrica, igualdad proporcionalmente desigual. Empleando, una vez más, la comparación de la belleza musical, qué sería de una armonía que no fuera rica en acordes desiguales?”

La función primera del arte jurídico es la repartición de los bienes y de las cargas de modo que cada uno reciba su parte. *Suum cuique tribuere*. Y a decir verdad, esta labor de distribución emana de autoridades diversas. Así, en la fundación de las colonias griegas, los poderes públicos distribuyen lotes a los colonos; la ciudad romana o el emperador hacen lo mismo con los soldados. Distribuyen magistraturas; o impuesto como hace hoy la ley fiscal. En el lenguaje de Aristoteles, esta clase de operaciones competía al arte del dikaion. He citado antes otros ejemplos tomados del Derecho privado, donde esa misión incumbe directamente al juez (dikastês); reparte una herencia entre herederos, el cuidado de los hijos entre el padre y la madre divorciados, una deuda entre consocios.

Ahora bien, en el caso de las distribuciones (en tais dianomais, escribe Aristóteles) no es la igualdad simple, aritmética, lo que se busca. Sino más bien una proporción (un analogon) entre los bienes y las personas” (ob. cit. p. 90/91).

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”¹³.

Compreende-se, também, o disposto no artigo 151, inciso I, cuja dicção é a seguinte:

“Art. 151. É vedado à União:

I. instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país”.

Cheguei a ver, neste dispositivo, um conflito com o inciso II, mas, no exame mais aprofundado, percebi que apenas para casos compensatórios seria possível a adoção do princípio da desigualdade, como seriam aqueles de substituição pelo benefício fiscal do custo produtivo mais elevado, resultante da maior distância dos beneficiários em relação aos mercados fornecedores e da menor qualidade de mão-de-obra que dificultariam a sobrevivência de empresas não colocadas nos pólos naturais de consumo e obtenção de recursos humanos.

Em outras palavras, o benefício fiscal apenas se justifica para compensação das diferenças regionais, permitindo-se que áreas sem condições, em

13 Yonne Dolácio de Oliveira ensina: “3.2. Princípio da igualdade que postula os mesmos gravames tributários para os governados que se encontrem nas mesmas condições. Princípio antigo, reconhecido como de igualdade relativa, é, em geral, visto em correlação com dois outros: o princípio da generalidade que veda a exclusão de governados da imposição tributária, em razão de privilégio de classe, religião, raça etc.; o princípio da capacidade econômica ou contributiva, cuja complexidade não leva a uma conclusão unânime, mas pode ser visto como critério de distribuição das cargas tributárias, por exemplo, potencialidade econômica efetiva dos contribuintes, ou grau da sua participação na fruição dos serviços públicos. Pinheiro Xavier, após salientar que a justiça tributária está na base do princípio da igualdade, ressalta que esta, na criação e majoração dos impostos, tem um aspecto positivo — a adoção do critério da capacidade econômica — e um aspecto negativo que exige a exclusão de qualquer outro critério baseado no sexo, na raça ou até na nacionalidade. O princípio da igualdade, visto em co-implicação com o da generalidade — todos devem suportar a carga tributária, afastados quaisquer privilégios-comporta exceção consubstanciada nas desonerações tributárias” (*Curso de Direito Tributário*, Ed. CEEU/Resenha Tributária, p. 4).

que se produziriam serviços e mercadorias mais onerosos, ganhassem competitividade em relação àquelas em que se produz menos onerosamente, pelo desatrelar da carga fiscal¹⁴.

Desta forma, no Direito Tributário, apenas se justifica tratamento desigual compensatório, na medida em que a desoneração fiscal termine por compensar a oneração econômica, restabelecendo condições concorrenciais entre os diversos cantos do país, única hipótese para se tratar desigualmente contribuintes iguais, colocados em tais áreas, com apoio logístico e comercial também desiguais.

O princípio da isonomia, portanto, nas duas hipóteses mencionadas pode ser, em tese, conflitual em seu aspecto externo para obtenção de uma autêntica isonomia compensatória. A igualdade se restabelece a partir do objetivo final (igualdade finalística) e não da causa instrumental (forma isonômica), de rigor, em ambas as hipóteses havendo uma verdadeira isonomia, a partir da desisonomia aparente.

O constituinte de 1988, mais do que o de 1967, deixou claro essa realidade, ao impedir possíveis distorções na imposição fiscal, abrindo apenas uma válvula compensatória regional, com objetivo de alcançar a igualdade real¹⁵.

14 Escrevi sobre os incentivos da SUFRAMA à informática que:

“Em outras palavras, a lei 7.232/84 criou incentivos genéricos, válidos para todo o país, para as empresas nela enquadradas e não revogou, expressa ou tacitamente, os incentivos originais, também outorgados por lei especiais, os quais objetivam nivelar a competitividade dos empreendimentos implantados em áreas menos desenvolvidas e de industrialização mais penosa.

A lei 7.232/84, assim sendo, gerou incentivos gerais — embora setoriais —, sem prejuízo dos incentivos regionais, antes preservando-os expressamente, não ferindo, tal formulação normativa, o princípio da isonomia jurídica, posto que o princípio geral de desisonomia seletiva hospeda tal postura.

Da mesma forma que indústrias não incentivadas no Sul do país produzem idênticos produtos àqueles incentivados em áreas prioritárias da SUDAM, SUDENE ou Zona Franca, sem que o tratamento diferencial afete a igualdade jurídica constitucional, que exige tratamento desigual aos desiguais visando igualdade maior, as indústrias incentivadas igualmente em todo o território nacional podem conviver com outras incentivadas adicionalmente, buscando-se desenvolvimento regional de áreas mais atrasadas, visto que tais incentivos objetivam compensar sua menor competitividade provocada pela instalação em pólos distantes dos centros clássicos de desenvolvimento. E os estímulos para os insuficientes terminam por nivelar o patamar de competitividade entre as regiões mais e menos evoluídas” (*Direito Econômico e Empresarial*, CEJUP, 1986, p. 67/68).

15 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em relação ao texto anterior, questionava sua constitucionalidade à luz de um discurso mais curto: “Tributação uniforme”. A preservação da unidade nacional recomenda que a União não distinga entre os que habitam o território brasileiro, em razão do Estado ou do município a que se vinculam. Do contrário, a diferença de tratamento, ao privilegiar alguns em detrimento de outros, gerará forçosamente a discórdia e as dissidências que animarão propósitos secessionistas.

Preceito anterior (vide, supra, art. 9º) já proíbe que se estabeleçam preferências em favor deste ou daquele Estado ou município, ou do Distrito Federal, bem como distinções entre brasileiros. O dispositivo em tela procede do mesmo princípio. Na verdade, aplica-o à tributação federal. Os tributos federais hão de ser uniformes em todo o território nacional. Isto significa que todo tributo

Ora, na hipótese em questão, como se verá mais adiante, o princípio compensatório da isonomia (troca da isonomia formal pela isonomia real) não existe, visto que nenhuma justificação é ofertada para legitimar o tratamento desigual para os mesmos importadores, dos mesmos bens e mercadorias, com guias emitidas antes e depois de 1.7.88.

Antes, todavia, de passar a responder as questões formuladas, necessária se faz rápida digressão a respeito das técnicas exegéticas aplicáveis à isenção.

De início, no sistema brasileiro, a isenção é uma dispensa legal de pagamento do imposto. Na isenção, nasce a obrigação tributária, mas não o crédito tributário, razão pela qual têm os autores entendido que difere da não-incidência, visto que nesta não nasce o crédito tributário, porque não nasce a obrigação tributária. A não-incidência tem os mesmos efeitos da imunidade, apenas ocorrendo por falta de exercício da competência do poder tributante, o que não ocorre na imunidade, visto que há uma vedação constitucional ao exercício de tal competência¹⁶.

instituído pela União deverá ter por âmbito de incidência a totalidade do território nacional, sem aceção de regiões ou locais, sem aceção de pessoas. Mais ainda, exige que tenha a mesma base de cálculo em todo o território brasileiro. Distinções e preferências. O texto vigente não se contenta em estabelecer a uniformidade tributária. Procura ser mais explícito ainda. Assim, veda expressamente à União instituir tributo que "implique distinção ou preferência em relação a qualquer Estado ou município, em prejuízo de outro".

Essa redação já vem da E.C. nº 18, de 1965. A Constituição de 1967 a repetiu, mantendo-as a Emenda nº 1. O princípio, porém, se encontra consagrado desde 1891, quando o adotou o art. 8º da Primeira Constituição Republicana, embora com referência a portos, apenas.

Questão interessante a examinar é a da compatibilidade do sistema de incentivos fiscais, hoje adotado na política tributária federal, com a proibição aqui estudada.

Com efeito, essa política, embora estabeleça tributos uniformes para todo o território nacional, favorece o investimento em determinadas áreas, como o Nordeste ou a Amazônia, ao permitir que se deduzam do montante a pagar, ou do total que servirá de base para o cálculo do tributo a pagar, a importância aplicada em empreendimentos nessas áreas. Desse modo, o contribuinte é posto diante de uma opção: ou pagar determinado montante, ou pagar menos, aplicando, pelo menos, a diferença em determinados Estados. Não há dúvida que a solução é excelente para proporcionar o desenvolvimento de regiões muito atrasadas em relação às demais. Não há dúvida, outrossim, que esse sistema cria preferências em favor de alguns Estados, prejudicando outros. Sua constitucionalidade, pois, é discutível (*Comentários à Constituição Brasileira*, 5ª ed., p. 157/158).

16 Walter Barbosa Corrêa, ao mostrar que pode haver a incidência, com vedação exigencial, afirma: "Importante questão doutrinária dividida a doutrina da publicação do CTN no sentido de saber se a isenção extingue obrigação (e consequentemente o respectivo crédito) ou exclui apenas o crédito. Rubens Gomes de Souza em Parecer publicado na Revista de Direito Administrativo nº 92, p. 376, dá pormenorizada notícia daquela divergência, colocando-se entre os defensores da extinção do crédito, orientação que em nossa opinião foi acolhida pelo CTN. E, sem embargo disso, aquele autor expressamente afirma que o CTN não tomou partido da controvérsia, o que nos parece correto visto como o CTN — sem aludir a qualquer efeito ou consequência da isenção sobre a obrigação tributária — versa a figura tributária como exclusão do crédito tributário. Assim, não obstante a isenção acarrete, na prática, e em nosso entender, a anulação ou esvaziamento, total ou parcial, da obrigação tributária, a doutrina acolhida pelo CTN apenas cuidou da isenção como excludente do crédito, resultando dessa técnica que a obrigação tributária, cujo cré-

Tanto a não-incidência, como a isenção — e de rigor a alíquota zero, remissão, anistia — são interpretadas de forma restritiva, ao contrário da imunidade, em que a interpretação se faz sempre de forma extensiva, a fim de se evitar a crônica tendência dos poderes tributantes de avançar sua competência impositiva além da outorga constitucional¹⁷.

Ora, a interpretação restritiva, a que o Supremo Tribunal Federal fez referência ao conformar o fenômeno tributário desonerativo da forma que o faço neste parecer, não significa que a interpretação será necessariamente literal ou gramatical. De rigor, a interpretação exclusivamente gramatical inexistente no Direito, visto que o mero discurso legislativo pode conter imperfeições de linguagem, capazes de inviabilizar a *intentio legis* e seu enquadramento no sistema legal, se desconsiderados outros elementos pertinentes à exegese jurídica.

Mesmo quando a interpretação é restritiva, ela não deixa de ser gramatical, histórica, teleológica, sistemática. Vale dizer, não pode o intérprete deixar de se utilizar de todo o arsenal hermenêutico para ofertar a melhor inteligência do dispositivo a ser comentado¹⁸.

Esta a razão pela qual o artigo 111 do CTN, cujo discurso é o seguinte:

“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I. suspensão ou exclusão do crédito tributário;

dito ficou excluído, se mantém íntegra (*Comentários ao Código Tributário Nacional*, vol.2, Bus-hatsky, p. 202/203, coord. nossa, de Henry Tilbery e de Hamilton Dias de Souza).

17 Na linha da interpretação ampla das imunidades, leia-se a emenda do REO nº 80.603-SP, DJU de 24.5.79, p.4090: *papel de imprensa — ato inexistente — interpretação literal*.

Não são as dimensões (variáveis segundo o método industrial adotado) que caracterizam o papel para impressão. *Ao contrário da isenção tributária, cujas regras se interpretam literalmente, a imunidade tributária admite ampla inteligência*” (os grifos são nossos).

18 “Emílio Betti manifesta repúdio à interpretação puramente literal e, comentando o brocardo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, conclui que “se fosse entendido com rigor, conduziria à adoração fetichista do teor literal da lei, impediria todo e qualquer controle dela à luz do *ratio iuris* e, operando o crivo da crítica, excluiria não só toda tentativa de correção do alcance concebido em sentido restritivo, mas até todo esclarecimento limitativo do significado da fórmula legislativa”. Na realidade, a interpretação gramatical necessita da lógica para inferir das palavras o valor da norma jurídica. Observa Alípio Silveira que o legislador brasileiro “daria cópia de atraso injustificável, se obrigasse o aplicador, mesmo em certos casos, a limitar-se à interpretação literal, uma vez que a interpretação das leis é um processo mental único, uma síntese de vários elementos — gramatical ou literal, lógico sistemático, teleológico etc.” Em raciocínio que endosso faz concluir que, pretendendo preconizar a interpretação estrita em contraposição à analogia, o art. 111 o fez de maneira inadequada.

A isenção da mesma forma que a obrigação tributária é *ex lege*, aquela não há que ser estendida além das hipóteses figuradas no texto legal. Na verdade, a interpretação estrita proposta para as normas tributárias excepcionais, como as de isenção, visam garantir mais uma vez o princípio da legalidade tributária, sem vedar ao intérprete a pesquisa à luz da *ratio iuris* (Edda Gonçalves Maftei, *Curso de Direito Tributário*, coordenação geral minha, Saraiva, 1982, p. 86).

II. outorga de isenção;

III. dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias”;

tem sido examinado pela doutrina e pela jurisprudência como dispositivo que hospeda não a interpretação *gramatical* (literal), mas a restritiva, sem afastar qualquer das técnicas exegéticas de uso comum do jurista, para que se encontre a melhor compreensão do comando normativo.

A própria interpretação estrita é conceituada como a que não admite nem a integração analógica, nem a extensiva, levando em conta tão somente o que efetivamente escrito está na lei e o que for, dentro do sistema, a intenção do legislador impor. Se o discurso estiver em dissonância com o sistema ou apresentar aparente contradição, caberá ao intérprete encontrar a melhor exegese a partir da interpretação sistemática, que no dizer de Paulo de Barros Carvalho é a única interpretação existente no Direito. Todas as demais estão, de certa forma, albergadas pela exegese sistemática do texto examinado, sendo ela o gênero do qual pendem as outras técnicas conhecidas¹⁹.

Isto posto, já posso passar a responder às duas questões formuladas.

De início, há uma evidente violação do princípio da isonomia nos processos que nos foram exibidos. A isenção ofertada a uns contribuintes e retirada de outros, não possui nenhuma justificativa compensatória. Não se busca ofertar aos contribuintes que tiveram guias emitidas antes de 1.7.88 e àqueles que as obtiveram depois, tratamento distinto de forma a atingir uma determinada finalidade, uma clara compensação, um benefício alternativo. Os contribuintes, que estão rigorosamente em idêntica situação, são beneficiados uns em relação aos outros, apesar de suas operações e fechamento de câmbio serem iguais, não obstante a lei, sem definição de critérios, estabelecer um prazo para que a desigualdade se coloque a partir da emissão de guias antes e depois de 1.7.88²⁰.

19 “A Hermenêutica Jurídica tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

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 se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Forense, 1979, p. 1).

20 “Apelação em Mandado de Segurança nº 12108/SP — Reg. nº 89.03.32985-6. Rel. Juiz Oliveira Lima Apelante: Elebra Telecon Ltda.

Apelada: União Federal

EMENTA: Tributário. Constitucional. Imposto sobre operações de câmbio. Decreto-Lei nº 2.434/88, art. 6º Isonomia. aplicabilidade.

Ao contrário da isonomia compensatória, em que a isonomia formal é substituída pela isonomia real, no caso da consulente, a isonomia real e a formal são substituídas por uma desisonomia real e formal, atingindo, por inteiro, o direito nítido e claro de não ser discriminada, a consulente, nas importações que faz com guias emitidas antes da aleatória e injustificada data de 1.7.88. Fere mais. Fere o próprio discurso da justificação de motivos que objetivou facilitar o encaminhamento das operações isentas, como instrumento de promoção do desenvolvimento nacional.

À evidência, a hipótese encontra-se entre aquelas cujo fulcro não oferta distinção capaz de justificar tratamento diferenciado²¹.

I — O princípio da igualdade perante a lei traduz exigência destinada inclusive ao Judiciário que, na aplicação da norma legal, não pode utilizar critérios discriminatórios (José Celso de Mello Filho — *Constituição Federal Anotada* — p. 152).

II — O artigo 6º do Decreto-Lei nº 2.434/88 traz, em sua parte final, discriminação que pode afrontar os princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da proteção à concorrência econômica e da indelegabilidade de atribuição (C.F./69, arts. 153, inciso I, 160, inciso V e 6º, parágrafo único).

III — É regra elementar de hermenêutica a de que o intérprete deve preferir a opção que evite decretar a inconstitucionalidade de disposição legal.

IV — O artigo 6º do Decreto-Lei nº 2.434/88 deve ser entendido no sentido de que a isenção nele prevista abrange todas as operações de câmbio, referente à importação de bens, abstrata da data de emissão das guias de importação ou documento assemelhado.

V — Apelação provida.

Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação para reformar a sentença recorrida e conceder a segurança.

São Paulo, 20 de junho de 1990 (data do julgamento).

21 "Remessa Ex-Offício nº 14.306-SP — Registro nº 89.03.34999-7 — Rel. Juiz Fleury Pires — Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara-SP — Parte A: Elebra Informática Ltda. — Parte R: União Federal. Advs. José Antonio Tavares Corrêa Meyer, Ronaldo Corrêa Martins.

EMENTA: Tributário — Constitucional — Imposto sobre Operações de Câmbio — Isenção — DL. 2434, de 19.5.88, art. 6º.

1. A norma de isenção tributária, do mesmo modo que a norma de incidência do tributo, submete-se às regras e princípios constitucionais que autorizam e delimitam o exercício da competência tributária pelo legislador ordinário.

2. O art. 6º do D.L. 2434/88, na parte em que limita a isenção do IOF-Câmbio, nas operações de importação, apenas às guias emitidas a partir de 1.7.88, afronta o princípio constitucional da isonomia (art. 153, § 1º e 160, IV, da Constituição de 1967; art. 5º, *caput*, inc. I e § 1º, 145, § 1º e 150, II, da Carta Magna de 1988).

3. Afastado o elemento discriminador, reconhece-se o direito à isenção para as operações realizadas a partir da vigência do D.L. 2434/88, independentemente da data de emissão da guia de importação.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima especificadas: Decide a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade de votos, negar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de maio de 1990 (data do julgamento) (DJU 25.6.90).

Mister se faz esclarecer que o artigo 150 inciso II, que a meu ver, explicitou o direito pretérito, refere-se inclusive à vedação a tratamento distinto de contribuintes que estejam em situação *equivalente*. Entendeu de tal relevância, o constituinte, o princípio da isonomia no Direito Tributário, que não apenas exigiu tratamento igual entre as pessoas que se encontram em *situações iguais*, mas entendeu que aquelas que se encontram em situações *equivalentes* e não apenas rigorosamente iguais, merecem idêntico tratamento²².

Ora, na hipótese consultada os contribuintes que se beneficiaram da isenção e aqueles que se encontram, não em situação *equivalente*, mas rigorosamente igual, foram discriminados por aspecto temporal da incidência, o único a alicerçar a diversidade de tratamento, sem qualquer justificação.

Como o inciso II do artigo 150, no entendimento de muitos juristas, apenas explicou o disposto no artigo 150 § 1º da E.C. nº 1/69, tal princípio, hoje explícito, era um princípio implícito na anterior ordem jurídica, de tal forma que, à época da edição do D.L. 2434/88, já regia o Direito Tributário brasileiro²³.

Ocorre, na hipótese, que a emissão de guia não é fato gerador do IOF, com perfil definido no texto complementar, ou seja, nos termos do artigo 63 inciso II do CTN, da forma seguinte:

22 Escrevi: "O inc. II tem redação melhor que o texto anterior, pulverizado pelas variadas competências impositivas, embora pior do que a do anteprojeto.

O tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, é proibido" (*Sistema Tributário na Constituição de 1988*, 2ª ed., Saraiva, 1990, p. 134).

23 Lúcia de Valle Figueiredo em seu voto no M.S. 14532 (Reg. 89.03.35161-4) escreve:

"Já se vislumbrava, por essa posição anterior, que estava eu preocupada com a isonomia. Entretanto, forçoso é reconhecer ter dado ao princípio tratamento acanhado, não-condizente com sua dignidade constitucional.

Percebe-se que já me parecia claro que, pelo menos, as situações ocorridas após a edição do decreto-lei não poderiam ter tratamento absolutamente diferenciado sob pena de afronta direta ao princípio dos princípios.

Entretanto, apenas isso, não é suficiente. A isonomia, princípio dos princípios, postulado do sistema, não pode ser interpretada de forma simples, literal, acanhada como já disse.

Realmente, como disse Francisco Campos (*Direito Constitucional*, v.2, São Paulo, Freitas Bastos, 1956):

"De onde resulta, à toda evidência, que a garantia suprema, ou a garantia que em última instância assegura e garante as garantias particulares constantes da declaração constitucional do artigo 141 (refere-se a Constituição de 1946), é o conceito da Lei como regra geral ou abstrata, com endereço indeterminado ou conteúdo genérico, ou cuja disposição, por isso mesmo, que devendo ser igual para todos não pode individuar o caso senão pela referência à espécie, à classe lógica, à ordem dos fatos ou coisa, sob a qual ele se acha materialmente subsumido pelo fato de ter com um número indeterminado de outros casos os caracteres comuns que a lei toma critério para indicar, circunscrever ou definir a matéria que ela entende regulamentar de modo imperativo ou obrigatoriamente".

“Art. 63. O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato gerador:

...

II. quanto às operações de câmbio, a sua efetivação pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado ou nacional entregue ou posta à disposição por este”.

Ora, se o tratamento diferencial não se sustenta sequer na ocorrência do fato gerador da suposta obrigação, mas em elemento absolutamente estranho à conformação da relação jurídico-tributária, ainda mais violenta se faz a distinção odiosa, visto que sua base legal não é matéria de relevo para a incidência do imposto sobre operação de câmbio.

Vale dizer, se há um claro ferimento ao princípio da isonomia, se o referencial temporal (prazo de 1.7.88) e material (emissão da guia de importação e não o fechamento do câmbio) não estão relacionados com o núcleo do fato gerador (a meu ver a expressão compreende não só a hipótese de incidência como o fato imponible), à nitidez, é notoriamente inconstitucional a postura do governo de exigir o IOC das operações a câmbio fechado depois da promulgação do Decreto 2434/88, se suas guias de importação tiverem sido emitidas antes de 1.7.88²⁴.

É que o D.L. 2434/88 criou um direito a ser usufruído por todas as pessoas que passaram a fechar o câmbio após a sua edição — poderia até se discutir se após 1.7.88 por força de argumentação — desde que todos os contribuintes fossem tratados igualmente no fechamento, tivessem ou não guias emitidas antes, visto que tais guias não constituem, em sua emissão, fato gerador do IOC, mas apenas o fechamento de câmbio.

Desta forma, a notória inconstitucionalidade do tratamento desigual, implicitamente proibido no texto pretérito e claramente vedado no texto atual, contamina de forma irreversível a exigência.

Agiu, portanto, corretamente a consulente ao pleitear, junto ao Poder Judiciário, a prestação jurisdicional, objetivando não ser compelida a recolher tributo, sem esta característica, com perfil de exigência claramente indevida.

24 Considero que o artigo 114 do CTN:

“Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”.

hospeda tanto a hipótese de incidência quanto o fato imponible.

As decisões de 2.^a instância parecem conformar com clareza a interpretação que ora oferto à consulente, pois houveram por bem, as duas turmas do T.F.R., em tratar, com rigor científico inatacável, o cerne da inconstitucionalidade, repondo o direito nos seus devidos termos ²⁵.

Respondo, pois, às duas questões formuladas pela consulente:

a) é manifestamente inconstitucional a exigência do artigo 6.^o do D.L. 2434/88, nos termos propostos pela consulente;

b) agiu corretamente a consulente nas impetrações que promoveu, melhor decidindo as 2.^a e 4.^a Turmas do T.F.R. ao hospedar a exegese da consulente, com precisão jurídica inquestionável.

S.M.J.

São Paulo, 23 de agosto de 1990

²⁵ É ainda Lúcia de Valle Figueiredo quem escreve:

“O tempo, em si mesmo, não compartilha da intimidade da hipótese de incidência do IOF — câmbio.

Não pode ser tomado como parâmetro para as isenções.

Se é verdade que há isenções condicionadas, não escapam estas de referências à isonomia.

Ora, condição é acontecimento futuro e incerto a suspender a formação de uma relação jurídica ou a resolver essa relação (condições suspensivas ou terminativas).

A emissão da guia não pode ser considerada requisito para isenção, uma vez que não guarda qualquer relação de intimidade com o fato gerador da obrigação tributária.

Não há correlação lógica, como diz Celso Antonio Bandeira de Mello, entre o *discrimen* efetuado e a situação discriminada, no seu “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”.

Com Gomes Canotilho podemos afirmar:

“... ”

Reduzir, porém, o princípio da igualdade de uma refração ao princípio da legalidade (com minimização da dimensão subjetiva ao direito à igualdade) e a um mecanismo de aplicação igual do direito, significa encobrir o problema fundamental da igualdade: aplicação igual do direito igual (grifos do autor). A primeira dimensão (aplicação igual do direito) seria e será suficiente quando a lei contém direito igual; a segunda dimensão (criação de direito igual) ganha particular acuidade quando não há direito igual e a lei tem de o criar. No último caso, a igualdade é direito à igualdade através da lei. Em termos clássicos: por igualdade entende-se igualdade em sentido formal e igualdade em sentido material. (*Constituição Dirigente e Vinculação de Legislador*, Coimbra, Edição 1982) (grifos do autor).

Destarte, não há como deixar de reconhecer que a igualdade na lei foi violada (voto citado anteriormente).

SOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DE LITÍGIO FRONTEIRIÇO ENTRE OS ESTADOS DO ACRE E DE RONDÔNIA — A IRREVERSIBILIDADE DO ARTIGO 12 § 5º DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO — PARECER.

CONSULTA

A Procuradora Geral do Estado de Rondônia consulta-me sobre a eficácia do § 5º do artigo 12 das Disposições Transitórias da Constituição Federal, em face da contestação do Estado do Acre sobre os limites lá estabelecidos, o qual pretende desconstituir o referido artigo em postulação junto ao S.T.F., sob a alegação de que não concordara com o levantamento cartográfico e geodésico do IBGE, que serviu de base para a veiculação do comando supremo e de que este não seria, por outro lado, conclusivo.

RESPOSTA

A figura da desconstituição de artigos da Lei Maior não tem sido hospedada pelo Direito Constitucional brasileiro, visto que o Poder Constituinte é absoluto e não admite que qualquer poder por ele constituído possa subverter a ordem hierárquica de criação normativa¹.

¹ Celso Ribeiro Bastos ensina:

“O poder constituinte é vontade política na doutrina de Carl Schmitt. Por isso, a validade de uma Constituição não se apóia na justiça de suas normas (como pretende o jusnaturalismo), mas na decisão política que lhe dá existência. A Constituição não abrange todas as normas constantes do documento formal que leva este nome.

Em sentido positivo, a Constituição contém somente a determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia ou decide a unidade política. Ela contém as decisões políticas fundamentais, que, no caso da Constituição de Weimar, são: a decisão a favor da democracia; a decisão a favor da República e contra a Monarquia; a decisão a favor da manutenção de uma estrutura de forma federal do Reich; a decisão a favor de uma forma fundamentalmente parlamentar-representativa da legislação e do governo; e a decisão a favor do Estado burguês de direito, com seus princípios consagradores dos direitos fundamentais e da divisão dos poderes.

Tais decisões são qualitativas, distintas das normas legais constitucionais. Estas últimas pressupõem uma Constituição e valem em virtude da Constituição. Entre as leis constitucionais podem-se dar reformas ou alterações de acordo com o processo estabelecido no próprio texto constitucional;

A desconstituição de artigo da Constituição pelo Poder Judiciário implicaria a outorga de Poder Constituinte ao Poder Judiciário, visto que, ao desconstituí-lo estaria criando nova norma constitucional, o que a teoria nacional não permite.

Se o Direito alemão hospeda a teoria — contestada por Canotilho² — das normas constitucionais inconstitucionais, a doutrina, a jurisprudência e a tradição brasileiras não têm hospedado tal tipo de exegese, pela qual uma norma suprema de espectro inferior perderia eficácia se em conflito com outra norma de espectro superior, tornando-se inconstitucional, apesar de ter surgido no mundo jurídico, como comando de hierarquia máxima³.

Cheguei a pretender submeter à reflexão do Direito brasileiro a teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais, em face de alguns dispositivos estarem em aparente conflito com os outros, tendo, todavia, a elaboração doutrinária, sobre alguns destes dispositivos, se orientado pela solução

a Constituição mesma (isto é, as decisões políticas fundamentais) não pode ser reformada. Ela pode ser suprimida, conservando-se o poder constituinte (p.ex., golpe de Estado); ou destruída, no caso em que seja também eliminado o poder constituinte em que se baseava.

Poder constituinte, na definição de Carl Schmitt, "é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo". O poder constituinte é um poder jurídico, uma vez que não há separação entre o jurídico e o político, mas não depende de ninguém e de nenhuma regulamentação prévia. É unitário e indivisível: não se acha coordenado com outros poderes divididos (Legislativo, Executivo e Judiciário), mas serve de fundamento a todos os poderes constituídos. O poder constituinte é permanente: não se esgota por um ato de seu exercício. Também não pode ser alienado, absorvido ou consumido (*Comentários à Constituição do Brasil*, 1º volume, Saraiva, 1988, p. 146/147).

2 J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, p. 118: "Já houve oportunidade de se afirmar (cfr. supra, p.69) que o sentido útil assinalado ao princípio da unidade da Constituição é o de unidade hierárquico-normativa. Afasta-se qualquer idéia de plenitude lógica do ordenamento constitucional e qualquer idéia valorativo-integracionista, conducente à idéia de Constituição como ordem de valores.

O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional). De acordo com esta premissa, só o legislador constituinte tem competência para estabelecer exceções à unidade hierárquico-normativa dos preceitos constitucionais (ex.: normas de revisão concebidas como normas superconstitucionais".

3 Otto Bachof, *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, p.55: "Esta questão pode parecer, à primeira vista, paradoxal, pois, na verdade, uma lei constitucional não pode, manifestadamente, violar-se a si mesma. Contudo, poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário, nomeadamente uma norma só formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito material fundamental da Constituição: ora, o fato é que por constitucionalistas tão ilustres como Krüger e Giese foi defendida a opinião de que, no caso de semelhante contradição, a norma constitucional de grau inferior seria inconstitucional e inválida. Abstraindo por agora da hipótese, debatida por Krüger, da "mudança da natureza" de uma norma constitucional, e pondo também de parte a questão da competência judicial de controle, caberá examinar primeiro a tese segundo a qual um preceito do documento constitucional pode ser inconstitucional e carecer, por isso, de obrigatoriedade jurídica em virtude de uma contradição com um preceito de grau superior do mesmo documento constitucional".

da exegese integrativa, criando, na conciliação de princípios, a equação mais adequada. Cito, como exemplo, o conflito evidente entre o § 12 do artigo 34 das Ds. Ts. e o § 3º do artigo 155. Enquanto este proíbe a incidência de qualquer tributo além dos lá mencionados sobre as operações de fornecimento de energia elétrica, aquele mantém o empréstimo compulsório sobre essas operações, tributo decididamente não-elencado entre os de possível imposição. A doutrina dominante terminou, nesta relação de tensão, optando por entender que o § 12 do artigo 34 destinou-se a vigorar por cinco meses após o advento da Constituição, quando desapareceu a imposição pretendida, por força da entrada em vigor do novo sistema tributário, nos termos do artigo 34 § 1º das Disposições Transitórias⁴.

É que a doutrina nacional não entende seja possível estabelecer critérios hierárquicos entre normas constitucionais, admitindo apenas sua divisão em fundamentos, princípios e comandos constitucionalizados, de conteúdo ordinário, por sua inclusão na lei maior, mas todos com a dignidade do veículo legislativo eleito pelo constituinte, sendo, pois, Lei Suprema.

Por esta linha de raciocínio, à evidência, tudo o que na Constituição está, constitucional é, não cabendo aos poderes constituídos desconstituir as normas constitucionais. No máximo, cabe ao Poder Judiciário a busca de interpretação integrativa, que preserve o conteúdo normativo e concilie apa-

4 Na primeira edição de meu livro *O Sistema Tributário na Constituição de 1988* (Ed. Saraiva, 1988, p. 289/290) escrevi: "O § 12 conflita com o disposto no § 3º do art. 155. Está assim redigido: § 12. A urgência prevista no art. 148, II, não prejudica a cobrança do empréstimo compulsório instituído em benefício das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás), pela Lei nº 4.156, de 28 de novembro de 1962, com as alterações posteriores", estando aquele outro com a seguinte "dicação": "§ 3º A 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 a energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais do país".

Se nenhum outro tributo (gênero) incide sobre operações relativas à energia elétrica, à evidência, os empréstimos compulsórios a favor da Eletrobrás são inconstitucionais. E o § 12 cuida de uma cobrança impossível. A teoria das normas constitucionais inconstitucionais do Direito alemão é a única capaz de solucionar o problema, considerando o § 12 inconstitucional", cuja postura, na 2ª edição, reformulei: "À evidência, a 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.

É, de resto, a postura de alguns juízes ao examinarem a matéria. A única forma de conciliar o § 3º com o § 12 do art. 34 das Disposições Transitórias, é entender que aquela disposição transitória permaneceu constitucional até 1.3.1989, quando entrou em vigor o novo sistema tributário e o § 3º do art. 155, afastando a tributação, por empréstimo compulsório, por meio das obrigações da Eletrobrás" (*O Sistema Tributário na Constituição de 1988*, 2ª ed., Saraiva, 1990, p. 245/246).

rentes conflitos de comando, assim como ao Poder Legislativo, quando se reveste de poderes constituintes derivados, alterá-las por emendas constitucionais, na função que passa a exercer, de igual dignidade àquela exercida pelo Poder Constituinte originário⁵.

Em face do exposto, não se pode admitir a primeira colocação pretendida, ou seja, de que haveria caminho legal para a desconstituição de dispositivo da Constituição pelo Poder Judiciário, a partir da pretensão de quem pelo dispositivo se sinta atingido.

A figura da desconstituição de norma constitucional não existe no Direito brasileiro. Sua defesa é manifestamente insustentável.

Pode, todavia, um dispositivo constitucional ser veiculado sem que a realidade fática corresponda à normação superior. Se, por absurdo, um dispositivo, na Constituição brasileira, dispusesse que o povo boliviano deveria se submeter à legislação emanada do Congresso Nacional, à nitidez, a falta de eficácia tornaria o dispositivo inútil, em face de as forças pretendidas pelo constituinte brasileiro se colocarem além das forças soberanas do país. No máximo, esse dispositivo poderia ter eficácia sobre os bolivianos aqui residentes, mesmo que textos internacionais dispusessem em contrário⁶.

A falta de eficácia, entretanto, — ou de forças impositivas — de um princípio constitucional não o torna desconstituível. Pode apenas obrigá-lo a permanecer como princípio programático ou tarefa.

5 Georges Vedel ensina:

Du point de vue formel, la Constitution est l'acte qui ne peut être fait ou modifié que selon certaines procédures ayant une valeur supérieure aux autres procédures d'établissement des règles de droit: par exemple, sous la Constitution française de 1875, la procédure de révision constitutionnelle supposait: un voeu de chacune des deux Chambres, un vote de l'Assemblée nationale, une promulgation par le Président de la République et les règles élaborées selon cette procédure avaient une autorité supérieure à celle des lois ordinaires et des règlements'' (Droit Constitutionnel, Ed. sirey, Paris, 1949, p. 112/113).

6 Utilizo a expressão "soberana" em sua acepção jurídica de delimitação de área de influência da norma e não no sentido político. De resto, Carlos Sanchez Viamonte bem esclarece: "Creemos oportuno observar aquí que, de ordinario, se mezcla y confunde en el problema de la soberanía el tema político y el tema jurídico, y se suele llegar a las últimas consecuencias de tal confusión, en un plano filosófico extraño por completo a la realidad que interesa conocer, y a la cual se deben aplicar los principios que nos suministra la doctrina.

A nuestro juicio, lo político y lo jurídico son elementos separables en el problema de la soberanía, y es indispensable separarlos para allanar las dificultades creadas artificialmente.

Casi siempre que se desarrolla y ahonda el problema de la soberanía en forma abstracta y general, se cae en el error de tratar conjuntamente los dos aspectos, el político y el jurídico, como si fuesen uno solo, o como si fuesen inseparables en doctrina, porque en vez de atenderse al concepto de soberanía popular, que corresponde a la república democrática, se sigue utilizando el concepto anterior, que corresponde a la concepción monárquica, despojándolo de su contenido político y atribuyéndole un significado jurídico'' (Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo III, Driskill, Buenos aires, p. 1057)

No exemplo dado, meridianamente, o princípio constitucional ganharia eficácia se, apenas por força de argumentação pelo absurdo, em um conflito armado com a Bolívia, o Brasil, vitorioso, impusesse suas próprias regras ao país vencido, como ocorreu recentemente, por tempo a ser ainda determinado, com o Kuwait, anexado pelo Iraque, o qual passou a subordinar-se, temporariamente, às leis iraquianas e não mais às kuwaitianas⁷.

A questão, todavia, da eficácia do princípio constitucional é matéria de não-fácil deslinde, mormente em se tratando de uma Constituição como a nossa, que pretendeu tornar todos os dispositivos, de imediato, aplicáveis, nada obstante sua dependência de legislação ordinária e complementar ainda não produzida.

É que a Constituição pátria ofertou variado instrumental processual para que os princípios constitucionais fossem aplicáveis, reduzindo a conformação dos denominados princípios programáticos à menor expressão possível, apesar do elenco enorme de dispositivos que hospedou⁸.

Com efeito, o Mandado de Injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foram instrumentos instituídos pelo constituinte para integrar a ação do Poder Judiciário ao legislativo na obtenção da produção

7 Michel Temer preleciona:

“Tais considerações trazem à baila as idéias de soberania e autonomia. Aquela é nota caracterizadora do Estado na ordem internacional; esta é peculiarizadora de Estado cuja ordem jurídica é dividida em domínios parcelares. Interessa, a última, à ordem interna, não à externa. Soberania é fenômeno ligado à idéia de “poder”, de autoridade suprema. Funciona como unificadora de uma ordem. Daí a concepção Kelseniana segundo a qual ela é a expressão da unidade de uma ordem. Esta ordem unificada, por sua vez, é que se apresenta aos demais Estados. A estes importa, tão-somente, a existência dessa ordem jurídica global. É esta a reconhecida, ou desconhecida, internacionalmente. Esta fisionomia externa do Estado é figurada pela soberania. Ela faz com que, no plano jurídico, inexistam Estados maiores ou menores, fortes ou fracos, mais ou menos importantes. Iguala-os a todos. Pois, em nível externo, não reconhece nenhum poder superior ao seu. Reconhece-os iguais. Admite, pois, os demais Estados. Ou seja, entrevê neles a soberania” (*Elementos de Direito Constitucional*, ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed., 1987, p.48).

8 José Afonso da Silva esclarece:

“Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática. A Constituição, p.ex., prevê o direito de participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão das empresas, conforme definido em lei, mas, se esse direito não se realizar, por omissão do legislador em produzir a lei aí referida e necessária à plena aplicação da norma, tal omissão se caracterizará como inconstitucional. Ocorre, então, o pressuposto para a propositura de uma ação de inconstitucionalidade por omissão, visando obter do legislador a elaboração da lei em causa. Outro exemplo: a Constituição reconhece que a saúde e a educação são direitos de todos e dever do Estado (arts. 201 e 210), mas, se não se produzirem os atos legislativos e administrativos indispensáveis para que se efetivem tais direitos em favor dos interessados, aí também teremos uma omissão inconstitucional do Poder Público que possibilita a interposição da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103)” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 46/47).

normativa necessária, a fim de que nenhum dispositivo fique sem regulação adequada e aplicação possível, tornando o texto constitucional capaz de ofertar direitos e garantias reais à sociedade e não apenas a promessa de que, um dia, tais direitos poderão ser usufruídos pelo povo⁹.

A realidade, todavia, tem demonstrado que não só os instrumentos processuais são insuficientes, como a dependência de produção normativa pelo Congresso remanesce, não cabendo ao Poder Judiciário tal função. Aliás, isso já restou declarado em Mandado de Injunção, postulado pelo PSDB, para aumentar o número de deputados do Estado de São Paulo, em que a Suprema Corte, embora hospedando a pretensão alí deduzida, determinou a notificação do Poder Legislativo para que produza a legislação pertinente, não se sub-rogando em tal função.

É que as Constituições positivas, que não apenas garantem os direitos do cidadão contra o Estado e a sociedade, mas prometem benefícios que nem sempre o Estado pode ofertar, geram frustração e, muitas vezes, não podem ser cumpridas pelo Poder Público. Ao contrário, as Constituições negativas, como a americana, que não dizem o que o Estado vai fazer, mas apenas o que o Estado não pode fazer contra o cidadão e quais os direitos dos cidadãos em relação ao Estado e aos demais, são de completa aplicação por não formularem promessas de benefícios. O Poder Judiciário pode então garan-

9 Manoel Gonçalves Ferreira Filho escreve:

“LXXI — conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Origem. Tem-se aqui uma criação da Constituinte. Não há exemplo, no Direito comparado, salvo a inconstitucionalidade por omissão (v. art. 103, § 2º), de nenhuma ação que se lhe assemelhe. Alguns invocam o *writ of injunction* do Direito anglo-saxônico, por antecedente deste mandado. Nada tem este de semelhante com o referido *writ* exceto o termo injunção. De fato, o *writ of injunction* consiste num “comando judicial, pelo qual se determina a alguém que se abstenha de fazer certa coisa, ou de continuar a exercer uma atividade, porque isto produziria dano irreparável” (Joel B. Grossman & Richard S. Wells, *Constitutional law and judicial policy making*, 3ª ed., New York, Longman, 1988, p. 703). Nenhuma relação, portanto, pode ser estabelecida entre uma ordem de não fazer e uma ação destinada a suprir lacuna normativa.

É verdade que, como lembra Alfredo Buzaid com sua habitual erudição, o *writ of injunction*, assim como os demais *writs* (*mandamus, certiorari* etc.), contribui para a formação do Mandado de Segurança (*Mandado de Segurança, injunctions e mandamus*, Revista de processo, 53:7 e s., jan/mar. 1989).

Pressuposto. Claramente, o Mandado de Injunção presume ausência de norma regulamentadora de direito ou prerrogativa constitucional que torne inviável o seu exercício. Quer dizer, o direito não poderia ser exercido porque este exercício dependeria da complementação de norma não-auto-executável, não-bastante em si, porque (evidentemente) incompleta (v. sobre a distinção entre normas auto-executáveis e não-auto-executáveis e as espécies de normas não-auto-executáveis — normas incompletas, normas de estruturação, normas condicionadas e normas programáticas — o meu *Curso de Direito Constitucional*, cit. p. 11) (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, Ed. Saraiva, 1990, p. 79/80).

tir seu inteiro cumprimento, o que não ocorre com as Constituições positivas, mesmo que introduzam mecanismos para que, em tese, possam ser aplicados todos seus preceitos¹⁰.

A matéria, todavia, submetida à minha indagação, não se refere a dispositivo constitucional sem eficácia normativa, nem a dispositivo constitucional dependente de regulação, mas a dispositivo constitucional auto-aplicável, que ganhou vigência e eficácia no dia 5.10.88, como passo a demonstrar.

Princípio, pois, a responder, após esta introdução, à questão formulada pela eminente Procuradora Geral do Estado de Rondônia¹¹.

O artigo 12 das Disposições Transitorias tem a seguinte redação:

“Art. 12. Será criada, dentro de 90 dias da promulgação da Constituição, Comissão de Estudos Territoriais, com dez membros indicados pelo Congresso Nacional e cinco pelo Poder Executivo, com a finalidade de apresentar estudos sobre os territórios nacionais e anteprojetos relativos a novas unidades territoriais, notadamente na Amazônia Legal e em áreas pendentes de solução.

§ 1º No prazo de um ano, a Comissão submeterá ao Congresso Nacional os resultados de seus estudos para, nos termos da Constituição, serem apreciados nos doze meses subseqüentes, extinguindo-se logo após.

§ 2º Os Estados e os Municípios deverão, no prazo de três anos, a contar da promulgação da Constituição, promover, mediante

10 Promovi um jantar para o Juiz Kennedy, da Suprema Corte de Justiça Americana e professor de Direito Constitucional. Convidei os professores Manoel Gonçalves Filho, Celso Ribeiro Bastos, José Afonso da Silva, Marco Aurélio Greco e os presidentes do IASP — Instituto dos Advogados de São Paulo, dr. Cláudio Mesquita Pereira, e da Alumni, dr. Paulo Bekin, ocasião em que ele manifestou sua opinião de que esta é a diferença que torna estável a Constituição americana e instáveis as demais. Declarou, também, não ter a certeza de hoje os Estados Unidos produziram uma Constituição tão sintética como aquela que os 55 de Filadélfia produziram.

11 Carlos Maximiliano, ao expor a técnica para a interpretação das normas constitucionais, ensina: “III. Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade. *Oportet ut res plus valeat quam perat*. Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem a séria objeção em contrário. Portanto, se, entre duas interpretações mais ou menos defensáveis, entre duas correntes de idéias apoiadas por juriconsultos de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso da sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada interpretação não de todo desarrazoada” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ED., Forense, 1979, p. 307/308).

acordo ou arbitramento, a demarcação de suas linhas divisórias atualmente litigiosas, podendo para isso fazer alterações e compensações de áreas que atendam aos acidentes naturais, critérios históricos, conveniências administrativas e comodidade das populações limítrofes.

§ 3.º Havendo solicitação dos Estados e Municípios interessados, a União poderá encarregar-se dos trabalhos demarcatórios.

§ 4.º Se, decorrido o prazo de três anos, a contar da promulgação da Constituição, os trabalhos demarcatórios não tiverem sido concluídos, caberá à União determinar os limites das áreas litigiosas.

§ 5.º Ficam reconhecidos e homologados os atuais limites do Estado do Acre com os Estados do Amazonas e de Rondônia, conforme levantamentos cartográficos e geodésicos realizados pela Comissão Tripartite integrada por representantes dos Estados e dos serviços técnico-especializados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística”¹².

É todo ele dedicado à solução das questões de limites territoriais. O *caput* faz menção à necessidade de se criar uma Comissão de Estudos Territoriais para deslinde das divergências fronteiriças, assim como às novas unidades territoriais nascidas com a promulgação da Lei Suprema¹³.

O § 1.º é dedicado ao prazo para a apresentação do resultado de seus estudos, para que, no ano seguinte, o Congresso Nacional delibere sobre os mesmos, com extinção da Comissão apenas após o segundo prazo, visto que deve continuar a existir para eventuais esclarecimentos ao Congresso até que o próximo Parlamento delibere sobre os estudos de forma definitiva¹⁴.

12 Wolgran Junqueira Ferreira sobre o § 5.º declara:

“Este parágrafo é bastante em si. Com ele ficam constitucionalmente encerradas quaisquer dúvidas sobre as divisas e limites entre os Estados do Acre com os Estados do Amazonas e de Rondônia. Estes limites motivaram grandes problemas que cessam legalmente por força de mandamento constitucional” (*Comentários à Constituição de 1988*, vol. III, Julex Livros, 1989, p. 1222).

13 É ainda Wolgran Junqueira Ferreira que, com um certo desencanto, comenta o artigo:

“Prevê este artigo a criação de uma Comissão de Estudos Territoriais composta por 15 membros, sendo dez indicados pelo Congresso Nacional e cinco pelo Poder Executivo, no prazo de 90 dias após a promulgação da Constituição com a finalidade de apresentar estudos sobre o território nacional e anteprojetos relativos a novas unidades territoriais, principalmente na Amazônia Legal. Assim sendo, esta Comissão de Estudos Territoriais irá examinar com maior acuidade a eventual divisão territorial do país.

A divisão territorial do Brasil redundará em grandes dispêndios, pois de início passa a exigir a instalação dos três poderes o que por si só significa gastos vultosos. A redivisão territorial por si só não representa nenhuma vantagem para o Brasil. Poderá ocorrer localizadamente um determinado progresso mas, em detrimento do todo, pois o montante das receitas será o mesmo, o que não acontecerá com as despesas que irão aumentar em muito” (ob. cit., p. 1219).

14 A equipe da Price Waterhouse assim comenta o dispositivo:

“A Comissão de Estudos Territoriais tem até um ano para concluir o seu trabalho e entregá-lo

O § 2º oferta o prazo de três anos para que Estados e Municípios componham por arbitramento ou acordo — as duas formas indicadas pela Constituição — suas divergências de limites, ofertando, o constituinte, liberdade quanto aos meios a serem utilizados, inclusive com possibilidade de a União, por solicitação de Estados e Municípios, promover os trabalhos demarcatórios, por força do § 3º

O § 4º oferta à União poder decisório sobre os limites em litígio, cabendo-lhe, em caso de não-solução da pendência entre os litigantes, determinar quais sejam eles, de forma terminativa.

Ora, todo o artigo 12 até o § 4º é um artigo dedicado ao procedimento para encaminhamento dos litígios a uma solução acordada, arbitrada ou imposta, num prazo máximo de três anos pelas duas primeiras fórmulas, ou, após três anos, pela imposição satisfativa da pendência por parte da União. O constituinte, em nenhum momento, ofertou, seja na *caput*, seja nos quatro primeiros parágrafos, solução a pendências existentes, antes veiculando apenas o procedimento a ser adotado por Estados e Municípios em litígio e, mesmo para a formação das novas unidades federativas criadas, sempre lastreada, a decisão, no levantamento da Comissão Parlamentar¹⁵.

para apreciação do Congresso Nacional. Contar-se-á, então, novo prazo de um ano para que sejam analisados os estudos, observando-se o disposto no art. 58 das disposições permanentes.

A Comissão será extinta após o término desse prazo” (*A Constituição do Brasil 1988, Price Waterhouse, 1989, p. 870*).

- 15 O artigo 58 da C.F., de rigor, só pode ter sido enunciado pela equipe da Price em nível do processo para escolha de seus representantes, visto que tem a seguinte dicação:

“Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 1º Na constituição das mesas e de cada comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva casa.

§ 2º As comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I. discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa; II. realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; III. convocar Ministros de Estados para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições; IV. receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas; V. solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão; VI. apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

§ 3º. As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

§ 4º Durante o recesso, haverá uma Comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária”.

O § 5º, todavia, orienta-se em sentido inverso. O constituinte não sugere um novo procedimento, mas oferta uma solução. Determina que os limites atuais entre o Estado do Acre e os Estados do Amazonas e Rondônia, devem ser reconhecidos e homologados, como estão.

A exegese do dispositivo mostra a inexistência de qualquer encaminhamento procedimental para a pendência de divergências, antes impondo um encerramento ao procedimento adotado até aquele momento em que a Constituição foi promulgada. Enquanto todos os quatro parágrafos e o *caput* do artigo são dedicados a um compromisso procedimental para solução futura de pendências, o § 5º institui a solução presente de um procedimento passado, aceitando, como válidos, os limites decorrentes de levantamentos cartográficos e geodésicos existentes naquele momento. Torna-os, por outro lado, definitivos na pendência entre os Estados referidos — e para efeitos deste parecer — definitivos os limites entre os Estados de Rondônia e do Acre. A leitura do § 5º não permite qualquer veleidade exegética. Os limites indicados pelo IBGE, a partir de sua eleição para o levantamento, por decisão de uma Comissão Tripartite, são aqueles que ficaram definitivamente reconhecidos, sem possibilidade de contestação ou alteração por parte da referida Comissão, em face da clareza da dicção legislativa¹⁶.

A pergunta que se coloca, a partir da nitidez inequívoca do discurso legislativo maior, é a de se saber se teria o IBGE procedido os levantamentos e se teria a Comissão Tripartite autorizado o IBGE a procedê-los.

A resposta a esta primeira indagação é positiva. Os levantamentos técnicos foram encomendados ao IBGE, que os apresentou à Comissão Tripartite. E o IBGE expôs sua opinião, declarando que a zona fronteira em litígio pertence à Rondônia, nos termos seguintes:

“Como pode ser depreendido da citação dos diplomas legais vigentes, a divisa entre os Estados do Acre e de Rondônia é definida pelo trecho da linha geodésica Beni-Javari, entre a interseção com o curso do Rio Abunã, limite internacional Brasil-Bolívia, e o cruzamento do divisor das sub-bacias dos Rios Ituxi e Abunã com a citada geodésica — Anexo III”.

¹⁶ É, de resto, também a interpretação da equipe da Price Waterhouse sobre o dispositivo:

“A Constituição de 1988 resolve de maneira definitiva a questão referente aos limites do Estado do Acre com os Estados do Amazonas e Rondônia, tornando reconhecidos e homologados constitucionalmente os limites havidos quando da data da promulgação dessa Carta, originados dos levantamentos realizados pela comissão integrada por representantes desses Estados, e dos serviços técnicos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (ob. cit., p. 871).

Os pontos extremos do segmento de geodésica são abstratos, sem representação no terreno, cabendo a determinação de suas coordenadas por cálculo geodésico ou fotogramético. Nesse sentido foram estabelecidos marcos que permitiram o cálculo de coordenadas dos pontos extremos, representados cartograficamente no Anexo III¹⁷.

O argumento de que o IBGE é um órgão técnico que não deve senão ofertar os aspectos técnicos da questão, cabendo a terceiros a decisão sobre os elementos por ele levantados, é outra questão que se coloca em face do dispositivo em exame.

Embora bem levantada a questão, se não existisse o comando da Lei Suprema, poderia a dúvida suscitar reflexão de maior profundidade. Tal exercício, todavia, cessa em face do disposto na Carta Magna¹⁸.

Para o constituinte, independente dos acordos, tratados e procedimentos da Comissão Tripartite, os levantamentos cartográficos e geodésicos realizados pelo IBGE, que prestou os serviços técnicos especializados para produzi-los, são os elementos essenciais para reconhecimento e homologação das fronteiras entre os Estados de Rondônia e Acre. A norma constitucional vincula os serviços técnicos especializados do IBGE para reconhecimento das fronteiras, enunciando o papel da Comissão Tripartite como o de

17 De resto, é o que, com particular clareza, o Ministro Paulo Brossard declarou, ao examinar agravo regimental do governo do Estado do Acre sobre a matéria;

“Senhor presidente, a respeito existe uma norma constitucional e esta adota uma solução. Se ela é sábia ou não, é outro problema e não cabe ao Judiciário apreciá-lo.

Como é sabido, várias questões de limites entre Estados foram ajuizadas por Estados; algumas foram decididas pelo Supremo Tribunal e outras não chegaram a ser julgadas. Por isso mesmo, as Constituições, a partir da segunda, procuraram compor essas situações que são complexas, difíceis, demoradas e que não são vantajosas para o país. No caso Acre e Rondônia, o Constituinte não podia deixar de tomar conhecimento da situação pré-existente e, bem ou mal, adotou um solução. Tenho a impressão que não se pode ignorar esse preceito, quando se trata de uma ação que envolve, não o cumprimento do § 5º, mas, ao contrário, visa a demonstrar que o § 5º foi mal inspirado” (p. 887/888 do Agr. Reg. 409-4-AC).

18 Santi Romano, ao falar dos países em que a ordenação constitucional se coloca na hierarquia superior, ensina:

“Finalmente, entre os pontos-de-vista que podem levar a distinguir várias espécies de leis, é importante aquele que considera a posição de paridade ou, pelo contrário, de superioridade e correlativa inferioridade, em que algumas leis podem encontrar-se perante outras. Por exemplo, em certas ordenações as leis constitucionais estão colocadas em grau mais alto do que o das demais leis, designadas como ordinárias, enquanto que em outras ordenações ambas estão no mesmo plano. Além disso, as leis que são manifestações de uma plena e suprema função legislativa, isto é, as leis propriamente ditas (cap. XII, § 1º), são superiores às emanadas por autoridades inferiores, tais como: ordenanças, regulamentos etc” (*Princípios de Direito Constitucional Geral*, Revista dos Tribunais, 1977, p. 113).

mero veículo para os referidos estudos cartográficos, até porque não era ela constituída de especialistas. E só por esta razão é que a Comissão Tripartite escolheu um órgão técnico e manteve para produzir o levantamento.

A leitura do dispositivo não oferta dúvidas, antes as espanca, por completo. Os levantamentos cartográficos e geodésicos são aqueles que determinam tais limites. Tais limites foram levantados pelo IBGE. E o IBGE os levantou, por indicação da Comissão Tripartite, integrada pelos representantes dos Estados litigantes¹⁹.

O dispositivo constitucional, portanto, inverteu os elementos da equação. Até a promulgação da Constituição, o IBGE deveria fazer os levantamentos, expondo sua opinião, para a Comissão Tripartite decidir. Após o comando constitucional, a Comissão Tripartite passou a ser apenas o instrumento para a oferta dos levantamentos cartográficos e geodésicos realizados pelo IBGE, sem nenhum poder decisório, poder este que foi assumido pelo constituinte a partir de dados técnicos. E o constituinte determinou que os limites homologados e reconhecidos são aqueles dos levantamentos cartográficos e geodésicos, que não foram promovidos pela comissão Tripartite, mas pelo IBGE, por solicitação da Comissão. No texto constitucional, portanto, a Comissão Tripartite é apenas enunciada por ter *solicitado* o levantamento e não por ter *executado* o levantamento, que o constituinte decidiu como definitivo e que foi produzido pelo IBGE²⁰.

Por esta razão, fez menção o constituinte a expressões “levantamentos cartográficos e geodésicos” e “serviços-técnicos especializados”, sendo a Comissão Tripartite — independente da opinião de seus componentes — mero ins-

19 A meridiana determinação constitucional afasta o perigo detectado por Lowenstein sobre as lacunas constitucionais: “Una reforma constitucional, que aquí surge en la forma de complemento constitucional, se puede producir cuando la constitución contiene lagunas que deben ser cubiertas con el fin de evitar que quede entorpecido el proceso político. Estas lagunas pueden ser descubiertas u ocultas. Una laguna constitucional descubierta existe cuando el poder constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurídico-constitucional, pero por determinadas razones omito hacerlo. Un ejemplo de esto es la cuestión referente al régimen de defensa militar en la Ley fundamental de Bonn. Al Consejo Parlamentario le pareció en el año 1949 inoportuno, por razones de política exterior, regular el régimen de defensa” (Teoría de La Constitución, ed. Ariel, Barcelona, 1986, p. 170).

20 Tendo imposto uma solução, o § 5º do artigo 12 só poderá ser alterado por reforma constitucional. Escreve Forrest McDonald sobre a reforma que: “In The Truest sense of the terms, the reformation of the Constitution was simultaneously a conservative and a radical act. The word conservative derives from the Latin *conservare*, meaning “to guard, defend, preserve”. Radical derives the Latin *radix*, meaning “root, base, foundation”; to be radical is to get at root of a matter. No abstract speculative doctrines could inform such an undertaking, and both for reason and because of the incompatibilities amongst the doctrines themselves, the political theories and ideologies at the command of the Framers were, as we have seen, of limited practical use” (Novus Ordo Seclorum — The intellectual origins of the Constitution, University Press of Kansas, 1985, p. 261).

trumento de promoção dos mesmos pelo IBGE, cujos resultados foram encampados pelo constituinte, que se substituindo à Comissão Tripartite, homologou e reconheceu aquele levantamento técnico, nos termos pelo IBGE enunciados.

De notar-se que a opinião da Comissão Tripartite tornou-se irrelevante sobre matéria técnica, visto que, não só os constituintes não desconheciam que o Estado do Acre não pretendia acatar qualquer decisão que não lhe fosse favorável, visto que entendia ser aquela zona litigiosa “naturalmente seu território”, como pretendeu apresentar dispositivo constitucional estabelecendo a solução que lhe agradava, por intermédio de seu deputado federal Geraldo Fleming, tendo a tentativa sido frustrada, em clara e inequívoca demonstração de que a Assembléia Nacional Constituinte não hospedou sua pretensão, mas aquela do Estado de Rondônia²¹.

Fosse intenção do constituinte ofertar ao Estado do Acre a solução que pretendia, poderia, ou ter encampado a proposta do mencionado parlamentar, ou ter deixado a solução da pendência para o processo que instituía para os demais litígios entre os diversos Estados e Municípios.

Preferiu, todavia, oferecer solução definitiva a essa pendência, que se alongava, e determinou os limites, a partir de levantamentos cartográficos e geodésicos, instrumentalizados pela Comissão Tripartite, mas produzidos exclusivamente pelo IBGE, nos termos solicitados²².

De se notar que, a partir da decisão da Assembléia Nacional Constituinte, passou a ser despicando saber se a Comissão Tripartite aceitaria ou não o laudo do IBGE, posto que quem o acatou foi a Constituinte, demarcando

21 “Emenda Aditiva 2-P-00437-7 — Dispositivo Emendado Artigo 52 das Disposições Gerais e Transitórias do Projeto de Constituição.

Acrescente-se ao art. 52 o seguinte parágrafo:

Art. 52. ...

Parágrafo único. São os seguintes limites de que trata este artigo: Javari, lat. S = 07° 07' 01.140" e long. W = 73° 43' 40.781"; Guajará, lat. S = 07° 33' 05.914" e long. W = 72° 35' 03.294"; Jurupari, lat. S = 07° 50' 41.220" e long. W = 70° 03' 16.075", Caeté, lat. S = 09° 02' 56.569" e long. W = 69° 38' 48.021"; Caquetá, lat. S = 09° 33' 37.918" e long. W = 67° 30' 58.936; Foz do Riozinho, lat. S = 09° 29' 09.020" e long. W = 69° 47' 47.310" até encontrar a serra do divisor, seguindo-se pela cumeada até a nascente do igarapé dos Ferreiras, lat. S = 09° 28' e long. W = 65° 27', foz do igarapé dos Ferreiras lat. S = 09° 36' e long. W = 65° 24' ”.

22 A solução definitiva da pendência territorial exposta pelo constituinte lembra a lição de Ruffia sobre as Constituições documentais: “*Occorre, tuttavia, ancora menzionare un ultimo significato assumibile dal termine Costituzione (impiegato, questa volta, con la C maiuscola): quando col medesimo si vuol espressamente indicare un particolare solene atto normativo che racchiude la maggioranza delle norme sostanzialmente costituzionali. In tal caso si suole spesso parlare di Costituzione in senso documentale, per porre l'accento sul fatto che l'espressione Costituzione viene allora portata a coincidere con quella dello specifico documento che ne contiene le statuizioni più essenziali*” (Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*, Dott A. Giufrè Editore, Milano, 1988, p. 596).

os limites entre os Estados a partir de levantamentos técnicos, independentemente da vontade daquela Comissão.

Este aspecto é de extrema importância, visto que o discurso constitucional não sugere, em nenhum momento, ser relevante a unanimidade decisória da Comissão Tripartite para a solução da pendência, mas apenas ser relevante o fato de a Comissão ter realizado os levantamentos, através do IBGE²³.

A dicção, portanto, transfere, da Comissão para a Constituinte, a decisão sobre os limites, que são aqueles estabelecidos nos levantamentos realizados com base no relatório do IBGE.

Este é, por outro lado, o motivo pelo qual a manifestação posterior do IBGE e todas as tratativas detectadas após a promulgação da Constituição, procurando restabelecer função que a Comissão perdera no dia 5.10.88 e que o IBGE já não detinha, por já a ter exercido anteriormente, sobre serem rigorosamente inúteis, constituem violação à intenção do constituinte de colocar, como colocou, fim a uma pendência fronteira²⁴. De qualquer forma, apesar de irrelevante o segundo pronunciamento do IBGE, ratifica o levantamento anterior, nos termos seguintes:

“7. CONCLUSÕES

7.1. DIVISAS ACRE—RONDÔNIA

Da análise histórico-documental, dos elementos geográficos e dos documentos cartográficos, conclui-se que a região em que estão contidas as povoações de Vila Califórnia e Estrema, integra o território do Estado de Rondônia.

Anteriormente à criação do então Território do Acre e do Território Federal do Guaporé, unidades político-administrativas que

23 Nem mesmo é relevante a opinião do próprio IBGE no que concerne aos aspectos políticos, ao dizer:

“A fim de preservar sua função eminentemente técnica e sua posição equidistante, o IBGE não deve tomar partido de nenhum dos Estados convenientes” (Ofício PR/92/88 de 16.3.88)”, visto que tais aspectos foram assumidos pela Constituinte e não mais pelos Estados litigiosos.

24 Michel Temer, citando Paulo Bonavides, não oferta espaço à redução do espectro de abrangência das normas constitucionais oriundas de sua Assembléia Constituinte originária:

“Diante destas razões é que a doutrina caracteriza o poder constituinte originário como: inicial, autônomo e incondicionado. Não há dúvida, também, que o constituinte está limitado pelas forças materiais que levaram à manifestação inauguradora do Estado. Fatores ideológicos, econômicos, o pensamento dominante da comunidade, enfim, é que acabam por determinar a atuação do constituinte. A Assembléia Nacional Constituinte pode tudo em tese, mas quando se reúne traz já compromissos indeclináveis emanados de suas origens sociais, políticas e ideológicas. E esses compromissos evidentemente lhe estreitam o espaço de ação, sem todavia desfalcá-la das qualidades de grande fórum e plenário insubstituível de uma vontade nacional em busca de consenso” (*Elementos de Direito Constitucional*, ob. cit., p.22/23).

deram origem aos atuais Estados do Acre e de Rondônia, a área denominada *Ponta ou Bolsão do Abunã pertencia ao Estado do Amazonas, como área do Município de Porto Velho, em suas divisas com o Município de Lábrea*. Posteriormente, em 1944, com o estabelecimento dos limites do *Território Federal do Guaporé, hoje divisas do Estado de Rondônia, aquela área passou à jurisdição desta última unidade da Federação*.

Os limites legalmente descritos para o Estado de Rondônia, no faceamento com os Estados do Acre e do Amazonas, são geograficamente perfeitos, na medida em que os acidentes naturais que compõem o contorno são perfeitamente identificáveis no terreno e, conseqüentemente, passíveis de posicionamento geodésico e de representação cartográfica, sem apresentar superposições ou descontinuidades.

Determinadas as coordenadas geodésicas do Posto Fiscal implantado pelo governo do Estado do Acre, na povoação conhecida como Estrema, verificou-se que o sítio pertence ao Estado de Rondônia.

Determinadas as coordenadas geodésicas do Posto Fiscal do Estado de Rondônia, às margens da Rodovia BR-364, em uma situação a oeste do anterior, verificou-se que o terreno ocupado encontra-se em terras amazonenses.

O mapa apresentado na figura (15) permite a visualização dos limites e localização dos postos fiscais e demais ocorrências da ocupação humana.

No sentido de se materializarem as divisas entre essas Unidades da Federação, sugere-se a implantação de marcos no trecho representado pelo segmento da linha geodésica Madeira-Javari, entre o Rio Abunã e a Serra dos Três Irmãos ou do Divisor.

Finalmente, ressalta-se que não existem problemas quanto à identificação de limites na confrontação dos três Estados, na Ponta do Abunã, apenas uma pretensão do governo do Estado do Acre em estender suas divisas à Serra dos Três Irmãos e ao baixo curso do Rio Abunã, até a sua foz no Rio Madeira, envolvendo o Igarapé dos Ferreiras.

Historicamente a pretensão não se sustenta, como comprovado na exposição anteriormente apresentada.

Do exame dos atos legislativos que definem limites, o mesmo ocorre, na aceitação de que tais atos são perfeitos e vigem em sua plenitude'' (grifos meus).

Ora, à luz da clareza do discurso constitucional e dos levantamentos existentes, à evidência, não há que se falar, nem em dispositivo sem eficácia, nem em dispositivo inconstitucional por conflitante com outra norma, com o que as ações promovidas pelo Estado do Acre estão fadadas ao insucesso, visto que não mais se pode discutir as divergências passadas, de vez solucionadas pela Constituinte, mas a mera e singela aplicação dos levantamentos técnicos efetuados, que consideraram a região, antes litigiosa, como de mansa e pacífica posseção do Estado de Rondônia²⁵.

Por todo o exposto até o presente, respondendo à única questão formulada pela consulente no sentido de ser a área atrás mencionada, antes litigiosa, hoje território de Rondônia, por expressa disposição constitucional, em que, com inequívoca clareza, houve por bem o constituinte aduzir o critério de que se utilizou para considerar aquela zona de conflito parte do Estado de Rondônia. Tem, pois, o dispositivo, plena eficácia e, à nitidez, é de impossível desconstituição por parte da Suprema Corte.

S.M.J.

São Paulo, 5 de setembro de 1990

25 Georges Vedel ensina:

"On représente généralement la rigidité constitutionnelle comme une conséquence de la suprématie de la Constitution. Du point de vue politique, c'est exact: c'est parce qu'on veut assurer la suprématie de la Constitution qu'on lui donne le caractère rigide",
e conclui:

La suprématie de la constitution revient à affirmer que la Constitution est la règle de droit supérieure de l'Etat. C'est une manière synthétique d'exprimer certaines conséquences qui se tirent de la rigidité constitutionnelle" (Droit Constitutionnel, ob. cit., p. 117).



Trav. Rui Barbosa, 726 - Fone: (091) 225-0355
Belém - Pará

Composto de pareceres preparados após o advento do Plano Brasil Novo, alguns deles cuidando expressamente de problemas constitucionais levantados pelo governo Collor, o novo volume de *A Constituição Aplicada*, de Ives Gandra da Silva Martins, um dos maiores expoentes do Direito brasileiro da atualidade, amplia e enriquece a série publicada pela Editora CEJUP.

Os pareceres deste livro versam sobre:

O fato gerador do imposto sobre a renda

(art. 153, inc. III)

Serviço móvel celular de telecomunicações

(art. 21, inc. XII, letra c)

Shopping Centers e o princípio da livre iniciativa

(art. 170, § único)

Teoria da imprevisão e o Plano Collor

(art. 5.º, inc. XXIV)

Imunidade tributária

(art. 150, inc. VI, letra c)

Progressividade do IPTU

(arts. 156, § 1.º e 182 § 4.º)

O fato gerador do IOF

(art. 153, inc. V)

O litígio entre os Estados de Rondônia e Acre

(art. 12, § 5.º, das Disposições Transitórias)