

Ives Gandra da Silva Martins

A
CONSTITUIÇÃO
APLICADA

7

EDIÇÕES CEJUP


A CONSTITUIÇÃO APLICADA
VOLUME 7

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 ☆ A Constituição Aplicada - Vol. 6
☆ 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.7 — Belém:
CEJUP, 1993.

ISBN 85-338-0148-3

164 p.

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 Lusfada de Ciências, Letras e Artes, Academia Internacional de Direito e Economia

A CONSTITUIÇÃO APLICADA VOLUME 7



A Constituição Aplicada

Volume 1 — 1989

Volume 2 — 1990

Volume 3 — 1991

Volume 4 — 1991

Volume 5 — 1992

Volume 6 — 1993

Volume 7 — 1993

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



Composto e impresso na GRAFICENTRO/CEJUP
Trav. Rui Barbosa, 726
Distribuído por Edições CEJUP
Pedidos pelo reembolso postal para
Edições CEJUP
Trav. Rui Barbosa, 726 — Fone: (091) 225-0355 (PABX)
Caixa Postal 1.804 — Telex: (91) 2852 — FAX: (091) 241-3184
CEP 66053-260 — Belém — Pará

APRESENTAÇÃO

O sétimo volume da coletânea A Constituição Aplicada surge com pareceres sobre questões monetárias, a partir da elaboração do Plano Collor. Espero que tenha a mesma acolhida dos demais livros da coletânea.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

SUMÁRIO

Apresentação	5
Base de cálculo para determinação de custas e emolumentos devidos (Correção monetária por atos registrários. Art. 156, incisos I e II, da Constituição Federal)	9
Os quatro fundamentos maiores da ordem constitucional (Liquidação extrajudicial e o princípio do contraditório. Art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal)	36
Responsabilidade do Banco Central em acordos firmados por liquidante de instituição financeira sob sua orientação (Art. 37, § 6º, da Constituição Federal)	53
Não incidência do IOF em operações de transferência realizadas no exterior de ações de empresa brasileira entre sociedades estrangei- ras do mesmo acionista controlador (Art. 153, inciso V, da Constituição Federal)	75
A livre iniciativa e a intervenção concorrencial do poder público (Art. 173 da Constituição Federal)	98
Instituição financeira com excelente liquidez, mas grande credora do governo federal, que não paga suas contas (Direitos e garantias individuais da sociedade. Art.5º da Cons- tituição Federal)	140

**BASE DE CÁLCULO PARA DETERMINAÇÃO DE CUSTAS E
EMOLUMENTOS DEVIDOS POR ATOS REGISTRÁRIOS —
PARECER**

CONSULTA

Consulta-me, a Associação dos Registradores de Imóveis do Estado de São Paulo — ARIESP, sobre aspectos relacionados à base de cálculo para determinação de custas e emolumentos devidos por atos registrários, substanciados nas seguintes perguntas:

- 1) Qual o conceito de “último lançamento” a que se refere a Lei Estadual nº 4.476/84, a qual determina que o cálculo dos emolumentos, custas e contribuições seja feito com base nos valores tributários fixados no último lançamento pela Prefeitura Municipal?
- 2) É possível vários lançamentos em um mesmo ano?
- 3) A Lei Estadual nº 4.476/84 não se refere especificamente a que o valor venal, que serve de base de cálculo dos emolumentos seja o Imposto Territorial e Predial Urbano. Considerando que a Constituição Federal criou o imposto de transmissão de bens e que, por sua própria natureza, é o que mais se afina com o objetivo do legislador de se lastrear no preço ou no valor venal para cobrança dos emolumentos, pode-se considerar o valor venal do ITBI como base de cálculo dos emolumentos?
- 4) tendo em vista o artigo 33 da Lei Estadual paulista nº 4.476, de 20 de dezembro de 1984, como deve ser considerado o valor venal dos imóveis para fins de cálculo de custas e emolumentos devidos pelos atos registrários, levando-se em consideração que esse valor é corrigido mensalmente segundo as variações do BTN, sendo fixado no início do exercício, e as parcelas do imposto ter-

ritorial ou territorial-predial são corrigidas segundo as variações do BTN?

5) Viola o princípio da isonomia o fato de se exigir valores diferentes, tendo por base os negócios jurídicos de idêntico valor, em virtude de diferentes momentos em que são submetidos os instrumentos notariais que os materializam ao registro imobiliário?

6) Viola o princípio da isonomia o fato de os valores venais serem corrigidos em alguns casos, *verbi gratia*, para fins de recolhimento do imposto de transmissão *inter vivos* ou *mortis causa* e, em outros, não?

7) Examinadas as decisões da Corregedoria da Justiça de São Paulo a respeito da matéria, pode-se, do ponto de vista doutrinário e tendo presentes os princípios de Direito Tributário, concordar com elas? Por que?''

RESPOSTA

Antes de passar a examinar cada uma das questões propostas, permito-me tecer algumas considerações preliminares, não sem antes me desculpar perante a consulente por citações sobre minha específica atuação na área sob exame, mais devida à coordenação de trabalhos de equipe sobre correção monetária, lançamento, taxa, preço público, do que por algum especial mérito pessoal, aos coordenados devendo-se atribuir o valor maior da reflexão, que sobre esses temas essenciais ao deslinde das questões propostas, foi produzida¹.

¹ Coordenei os livros *A Correção Monetária no Direito Brasileiro* com Gilberto de Ulhôa Canto e a participação de Ada Pellegrini Grinover, Arnaldo Wald, Bernardo Ribeiro de Moraes, Cássio Mesquita Barros Jr., Geraldo de Camargo Vidigal, Gilberto de Ulhôa Canto, Henry Tilbery, Ives Gandra da Silva Martins, Mauro Brandão Lopes, Roberto Rosas e Washington Peluso Albino de Souza (Editora Saraiva, 1983); *Monetary Indexation in Brazil* com Gilberto de Ulhôa Canto e J. Van Hoorn Jr. e a participação 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 de Mesquita Barros Jr., Ada Pellegrini Grinover e Mauro Brandão Lopes (Edição da International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1983); *Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 10 — Taxa e Preço Público* com trabalhos de Alcides Jorge Costa, Américo Masset Lacombe, Aurélio Pitanga Seixas F.º, 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 (Ed.

Reservo-me, também, o direito de não responder a última questão, visto que entendo que os elementos que pretendo apresentar no presente parecer, sob alguns aspectos, serão examinados pela primeira vez, por não terem sido antes propostos ao superior julgamento da magistratura, não me cabendo qualquer manifestação, pois, sobre as decisões anteriores pelas referidas e eminentes autoridades ofertadas.

Exporei, pois, minha opinião e as minhas convicções sobre a matéria, depois de anos de meditação sobre alguns dos temas propostos, esperando possam contribuir, de alguma forma, para superar impasse que os ilustres magistrados, em todas as suas decisões, reconhecem, embora sentindo-se vinculados à inteligência até agora ofertada ao artigo 33 da Lei Estadual 4.476/84, *nó górdio* das divergências suscitadas no curso do tempo, até por força de uma inflação jamais imaginada, à época em que a lei foi produzida, eis que se encontrava estabilizada, há 3 anos, em patamar de 200%, ou seja, de menos de um dígito mensal².

Isto posto, passo às considerações que me parecem essenciais.

Desde a institucionalização do instituto da correção monetária no país, de forma abrangente, (Lei 4.357/64), tenho me preocupado em compreender as inúmeras facetas jurídicas, econômicas e de finanças públicas, assim como as distorções profundas que provoca, em face de não ser correta a obser-

Resenha Tributária, 1985); *Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 12 — Do lançamento* com a colaboração de Aurélio Pitanga Seixas F.º, Carlos Celso Orcesi da Costa, Carlos da Rocha Guimarães, Carlos Valder do Nascimento, Francisco de Assis Praxedes, Gilberto de Ulhôa Canto, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José Eduardo Soares de Melo, Marco Aurélio Greco, Moisés Akselrad, Ricardo Mariz de Oliveira, Waldir Silveira Mello, Walter Barbosa Corrêa e Ylves José de Miranda Guimarães (Ed. Resenha Tributária / CEEU, 1987); *A Natureza Jurídica das Custas Judiciais* com a participação de Hamilton Dias de Souza, Ives Gandra da Silva Martins, José de Castro Bigi, Marco Aurélio Greco e Yonne Dolácio de Oliveira (Ed. OAB-Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo/Resenha Tributária, 1982).

2 Escrevi: "One of the conspicuous traits of Brazil's developmental process is the chronic inflation which has been unsuccessfully combatted by repeated economic shocks. Strictly speaking, I believe that no meaningful attempt to grapple with the true causes of inflation has ever been made in Brazil. As a result, the economic measures introduced over the years have always failed, bearing out the expectations of those who understand the real phenomenon. It is generally agreed that the main obstacle to quick recovery is the inflation attributed to flawed ministerial "solutions". These solutions are designed to combat inflationary effects (price controls) rather than inflationary causes (growth in the money supply generated by public spending). Insofar as the national reality has become Brazil's resignation to living with rampant inflation, the economic structure as a whole is directly linked to the struggle of finding the correct index numbers which will permit the precarious relations between private and public law (including those of tax policy) to be kept pat" (*Inflation and Taxation, estudo publicado no Bulletin 1989/8-9*, vol. 43, do International Bureau of Fiscal Documentation, p. 403)

vação de que ela é neutra e recompositora, no tempo, do valor de substância da moeda, senão na teoria ³.

Quanto mais eu a estudo, mais perplexo fico com as variadas conseqüências que sua adoção termina por gerar, embora também reconheça que a sua não-adoção, em regime de inflação elevada, normalmente, acarreta desequilíbrio ainda maior.

Dois exemplos típicos dos problemas inerentes ao embutimento da correção monetária estão nos fatos que, brevemente, passo a narrar.

Em 1976, já no governo militar, a Associação Argentina de Direito Comparado, organizou Congresso, em Rosário, para estudar a hospedagem do instituto da correção monetária pelo país, via legislativa, e não apenas jurisprudencial, como vinha ocorrendo.

Convidado para proferir a conferência inaugural, talvez pelos escritos que já há algum tempo vinha produzindo de parceria com Bernardo Ribeiro de Moraes, fiz longa referência à experiência brasileira, sugerindo a não-adoção do instituto senão para casos limitados, em face do nítido fator de realimentação inflacionária que produzia. Presentes, o presidente da Suprema Corte de Justiça e o Secretário da Fazenda do Governo Argentino, todos sentiram-se sensibilizados pelo alerta, reconhecendo-o procedente. Ao final, todavia, aprovou-se moção para introdução da correção monetária por le-

3 Bernardo Ribeiro de Moraes e eu escrevemos sobre a referida lei o seguinte: "Devemos ressaltar, nesta oportunidade, que a Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, foi baixada com duas características essenciais: era uma *norma de emergência*; era uma lei ditada com a finalidade de *combater o deficit orçamentário*. Através dos instrumentos então criados, o governo pretendia aumentar a sua receita tributária, a fim de evitar a emissão de papel moeda, fato que fortaleceria o processo inflacionário.

De fato, a Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, é oriunda do anteprojeto de lei nº 1969-64 do Congresso Nacional. Em sua mensagem Presidencial, de 11 de maio de 1964, encontramos aquelas duas características do texto legal: "... embora se trate de uma revisão tributária de emergência, é de ressaltar-se que não agrava a incidência vigente da carga tributária. Ao contrário, relaciona-se com dispositivo de melhoria para o exercício financeiro de 1965, que em breve serão complementados e consolidados em um outro anteprojeto de maior amplitude, a ser também submetido ao criterioso exame e alta deliberação de V. Exa."

Além da natureza da norma legal (de emergência), a mensagem Presidencial salientava a sua finalidade (combate ao *deficit orçamentário*): "Dentre as preocupações de ordem financeira que se de-fronta o atual governo, reponta a que diz respeito ao incremento da receita pública ainda para o corrente exercício, razão por que tenho a honra de submeter à consideração de V. Exa. o anteprojeto de lei anexo, que visa alcançar aquele objetivo fundamental para o combate à causa primeira do processo inflacionário: o *deficit orçamentário da União*".

A referida Mensagem Presidencial não deixou dúvidas quanto ao objetivo a alcançar com a instituição da correção monetária de débitos fiscais: "com o propósito de acelerar o pagamento de impostos, o anteprojeto prevê a correção monetária dos débitos fiscais de acordo com coeficientes trimestrais publicados pelo Conselho Nacional de Economia" (A correção monetária de débitos fiscais perante o ordenamento jurídico brasileiro, Co-edición Resenha *Tributária/Asociación Argentina de Derecho Comparado/Asociación Interamericana de 1ª Tributación*, 1976, pp. 14/15).

gislação específica, o que ocorreu em seguida, tendo por justificação o fato de que, em processo inflacionário agudo, por mais realimentadora que seja a indexação, ela termina por provocar menos injustiça do que sua não-adoção. As próprias conclusões fizeram referências ao alerta que do Brasil eu trouxera⁴.

O segundo episódio ocorreu com a edição do livro coordenado por Gilberto de Ulhôa Canto e por mim, publicado na Holanda pela International Fiscal Association sob o título de *Monetary Indexation in Brazil*. O livro foi editado em 1983 e distribuído pela IFA para 137 países.

Em 1984, convidado para ser um dos cinco painelistas do tema principal do XXXVIII Congresso da IFA sobre a indexação para ajustes fiscais em países de elevada inflação, encontrei-me com os editores holandeses (International Bureau of Fiscal Documentation) e perguntei-lhes sobre a carreira do livro. A resposta foi que as vendas superaram as expectativas e que os especialistas, inclusive autoridades governamentais de diversos países, tinham se interessado pela engenhosidade da fórmula brasileira, mas preferiam combater a inflação pelos métodos clássicos do que pelo regime indexatório, em face da imprevisibilidade do resultado. E acrescentaram que o livro servia de sinalização para mostrar que, a partir de um determinado nível de inflação, a indexação é necessária, mas que, uma vez adotada, é de quase impossível reversão. O importante, portanto, é nunca atingir o limite crítico que imponha sua adoção⁵.

4 Na minha exposição lembrei que: "A inflação de fundo orçamentário, que era provocada pelos governos anteriores à Revolução, e que foi reduzida e mantida, em níveis toleráveis, graças às correções provocadas por mini-reajustamentos periódicos, foi substituída inicialmente por uma inflação de custos e que passou a ser de demanda, com o seu sentido desorientador e denso componente, que é a falta de credibilidade no sistema capaz de controlá-la.

Diagnosticado o mal, a equipe governamental procurou atacá-lo, segurando-a em plano ainda não tranquilizador, com medidas retiradas do arsenal clássico, onde a drástica redução dos meios de pagamentos passou a ser mais utilizada, assim como a busca de um reequilíbrio do balanço de pagamentos, não mais coberto pelos investimentos externos superiores, decorrentes em parte do não controle da inflação. O combate ao problema, mesmo à custa de uma sensível redução na taxa de crescimento, é, atualmente, a meta principal de uma economia que se pergunta até onde a correção monetária não se transformou no monstro sagrado a ser destruído, pois que é hoje um dos maiores fatores desencadeadores da inflação. De remédio, portanto, ganhou foros de doença, cuja terapêutica mais eficaz para combatê-la ainda não foi encontrada" (Anales de las Jornadas sobre Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Ed. Asociación Argentina del Derecho Comparado, Rosario, Argentina).

5 Na minha manifestação declarei: "The Economic Federal Authorities already noticed that the main cause of growing inflation is not be excess of demand (higher demand than offer) neither the high cost (price increases to compensate the reduction in the buyer's market), but its participation in the productive process, of low efficiency, with prices higher than the inflation, creating a captive market, and permanent deficits. The phenomenon, however, is stronger than any measure the authorities could apply, as the enterprises of power and are also politic enterprises. For this reason

De resto, foi também a conclusão do XXXVIII Congresso da IFA, no painel de que participei⁶

Destas considerações iniciais, retiro duas conclusões relevantes:

- a) a indexação é realimentadora da inflação e deve ser sempre evitada;
- b) a partir de um determinado nível de inflação, é absolutamente impossível um país conviver sem alguma forma de indexação.

A terceira conclusão, que passo a apresentar, diz agora respeito à impossibilidade de se ter um índice absoluto de medição da inflação. Na Constituição passada, em dois momentos o constituinte faz menção à exata correção monetária para efeitos indenizatórios (153 § 22 e 161)⁷, mas a doutrina brasileira, ao examinar os problemas dos juros reais, demonstrou a saciedade, a impossibilidade de determinação de uma exata correção monetária⁸.

their capacity to interfere in a process of reduction is very small, as the forces that are supporting them are very strong.

The inflationary Brazilian process, therefore cannot be solved as long as one does not attack the main cause of inflation, which is the inefficiency of the Government participating in the economic field, producing high public deficits which are passed on to the Nation.

Under these conditions it is obvious that the extension of Monetary Correction to all fields and to all parts of social life is only a method of surviving with the illness rather than an instrument of correction with a feedback effect in the process of inflation but at least avoiding social convulsions in spite of an index of annual inflation above 200%'' (Adjustments for tax purposes in highly inflationary economies, Kluwer Edition, 1984, Amsterdam-New York, livro escrito por Bayardo, Yoran, Janthster, Balarotti, Schindel e por mim).

6 ''The main cause of inflation was the inefficiency of government participation in the economy, producing high public deficits which were passed on to the nation. Indexation was merely the best way of living with inflation. It could be compared with insulin which kept the sufferer from diabetes alive under almost normal conditions'' (IFA - International Fiscal Association, Yearbook 1984, p. 153)

7 Os artigos citados estão assim redigidos:

''§ 22 do art. 153: É assegurado o direito de propriedade, salvo caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de *exata correção monetária*. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior'';

''art. 161. A União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de *exata correção monetária*, resgatáveis no prazo de 20 anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento até 50% do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas'' (grifos meus).

8 Hospedaram tal postura seis juristas, conforme estudos publicados na RDP n^o 88, out/dez/1988, ano XXI, com os seguintes títulos: Tabelamento de Juros — Hely Lopes Meirelles (p. 147); O artigo 192 da Constituição Federal e seu parágrafo 3^o — Caio Tácito (p. 151); Tabelamento de Juros —

A correção monetária — termo pouco feliz, posto que a moeda não se corrige, continuando com seu valor nominal desvalorizado, corrigindo-se apenas o índice de reposição de seu valor intrínseco — é variável de acordo com os critérios adotados para medição do valor da moeda, da inflação, do custo de vida, do custo da produção etc. Não há possibilidade da adoção de índice perfeito, inquestionável, mas apenas de índice aproximado, que muitas vezes, quando oficializado, é manipulado por decisão política, como já ocorreu com a ORTN, com a OTN e com o BTN, índices oficiais do governo federal⁹.

A análise do comportamento da correção monetária oficial (ORTN-OTN-BTN) de 1975 a 1990 demonstra uma contínua perda de substância em relação à espiral inflacionária, tendo sido reduzida a quase um terço da inflação real no período de 10 anos (1975-1985), em mais 15% durante o Plano Cruzado, em 10% durante o Plano Bresser, em 45% durante o Plano Verão e em 50% durante o Plano Collor, no primeiro mês, quando se desatrelou o IPC da BTN, chegando a 82% em novembro de 1990¹⁰.

A correção monetária oficial, de rigor, por motivos meramente políticos, nunca corresponde à inflação real, sendo que os valores por ela indexados perdem substância constantemente, sempre que algum novo plano econômico pretenda reduzir o estoque da dívida pública federal pela manipulação indexatória.

José Frederico Marques (p. 158); Os princípios do Direito Constitucional e o art. 192 da Carta Magna — Manoel Gonçalves Ferreira Filho (p. 162); Tabelamento de Juros — Celso Bastos (p. 172); Tabelamento de juros — juros reais e sua conformação jurídica — Ives Gandra da Silva Martins (p. 182).

9 Escrevi: "A expressão correção monetária não é feliz. A moeda não se corrige. O que se corrige é seu valor, ou seja, a sua expressão nominal.

A insuficiência vernacular já fora detectada por Bernardo Ribeiro de Moraes e Rubens Gomes de Sousa, Gilberto de Ulhôa Canto e nós mesmos tivemos dificuldades com o prof. J. van Hoorn de encontrar a melhor versão da palavra para o inglês. A solução intermediária, que não nos agradou, Monetary Indexation pareceu-nos, entretanto, mais feliz que aquela adotada no Brasil. Isto porque a indexação passa a ter um referencial válido que é a moeda, distinto de outros referenciais. A indexação no Brasil adota uma plenitude de referenciais (UPC, INPC IGP e muitos outros), razão pela qual a terminologia clássica e universal seria mais adequada que aquela pelo Brasil hospedada. Correção monetária é a reposição do valor da moeda, com seu aumento quantitativo correspondente à equivalência qualitativa para o período considerado. A maior quantidade de moeda nominal não provoca a maior qualidade de seu valor intrínseco, que é o efetivamente corrigido para uma nova expressão monetária.

Diz-se que a velocidade é a divisão da distância pelo tempo. Correção monetária é a divisão de sua expressão monetária atual pela expressão anterior. Desta divisão resulta o índice referencial do valor não-corrído, ou na formulação manipulável das apurações econométricas, o índice é elaborado e sua manipulação pela expressão nominal anterior resulta a expressão nominal atual" (*Correção monetária e a Constituição Federal, Revista FESPI, ano II, nº 4, jul/dez/1984, Ilhéus, pp. 77/78*).

10 Antoninho Marmo Trevisan, em seu livro *Da Sistemática de Correção Monetária ao Balanço em Moeda Constante* (Ed. particular, 1985), apresenta o seguinte quadro demonstrativo da perda de substância dos índices oficiais em face da inflação e do dólar:

A terceira conclusão, portanto, é de que os índices oficiais de correção monetária jamais espelham a real perda de substância da moeda, sendo farratamente prejudicados aqueles que deles dependem para reatualização de seus bens, valores, vencimentos ou salários¹¹.

IGP — DI	ESTATÍSTICA ANUAL — ÍNDICE				
	Ano	Variação		Índice	ORTN
	Índice	%	Índice	Variação	%
1975	55,9	29,4	103,93	24,2	
1976	81,7	46,2	179,68	37,3	
1977	113,4	38,6	233,74	30,0	
1978	159,7	40,8	318,44	36,2	
1979	283,0	77,2	468,71	47,2	
1980	595,0	110,2	706,70	50,8	
1981	1.161,3	95,2	1.382,09	95,6	
1982	2.319,4	99,7	2.733,27	97,7	
1983	7.213,2	211,0	7.012,99	156,6	
1984	23.357,1	223,8	22.110,46	215,3	
1985*	40.709,1	74,3	42.031,56	90,1	

* até junho

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

(1) Máxidesvalorização do cruzeiro

(2) Até Maio de 1985 (IPC)

Variação Acumulada dos últimos 10 anos

— IGP 942,3 vezes

— ORTN 398,7 vezes

— Dólar 804,8 vezes

— Diferença IGP/ORTN = 136%''

(11) Geraldo de Camargo Vidigal critica esta manipulação nos seguintes termos: "Desde que se criou, na Lei nº 4.357, o instituto da correção monetária, tem ele pois sofrido vida acidentada: diferentes percentuais de correção, no mesmo momento, para diferentes tipos de obrigação; diferentes critérios de adaptação das dívidas em moeda à realidade dos níveis gerais de preços, em momentos diferentes; tendências contraditórias à moderação ou à exarcebção na fixação das correções mone-

Ora, se, em verdade, a correção monetária oficial não espelha a real inflação, não procede a afirmação feita por alguns juristas de que a correção monetária é neutra, posto que ela não o é, refletindo sempre prejuízo real para aqueles que dela dependem para reatualização de seus bens, valores ou vencimentos¹².

Apesar das três constatações acima expostas, o certo é que inúmeras relações dependem exclusivamente da correção monetária oficial, inclusive para efeitos de pagamento de tributos, razão pela qual, nada obstante não exprimir ela a real perda de substância da moeda, em nível de ficção jurídica e para efeitos legais, representá-la-ia, sendo, só para estes efeitos, *neutra*.

tárias; hesitações entre índices múltiplos ou índice único — muitas foram as vicissitudes que sofreu o instituto, em pouco mais de 15 anos.

Não é muito diferente o que tem sucedido com as correções cambiais: aos longos anos de permanência de taxa constante, nas décadas de 40 e 50, substituíram-se, sucessivamente, práticas de macrodesvalorização anuais, por um período extenso, e, desde 1969, um regime de microdesvalorização, quebrado pela maxidesvalorização de dezembro de 1979. Para as minidesvalorizações praticadas, diferentes critérios de correção resultaram em variações nos ritmos de adaptação dos valores, em cruzeiros, nos pagamentos ou recebimentos de obrigações externas. A maxidesvalorização de 1979 gerou inseguranças que até hoje perduram e perturbam o mercado de divisas externas.

Nada justifica, entretanto, essas flutuações.

O princípio a orientar a matéria é claríssimo: o poder de compra de moeda dos pagamentos, em cada um dos momentos em que se cumprem sucessivas prestações obrigacionais, deve corresponder, tão precisamente quanto possível, ao poder de compra da prestação original correspondente, no momento em que se formou o contrato — e as flutuações no poder de compra externo das moedas são função das que se observam em seu poder de compra interno e das variações no poder de compra da moeda externa adotada como padrão, ressalvados os aspectos não-monetários das variações nas relações de intercâmbio e as flutuações especulativas na procura e oferta das diferentes divisas, nos mercados internacionais.

Dispõem as autoridades monetárias de todos os elementos suficientes para decisões técnicas adequadas no plano das correções monetárias internas ou das correções cambiais; o acompanhamento dos níveis gerais de preços, no Brasil, como no exterior, faz-se com aproximação e rapidez suficientes para permitir implantação e execução de política de permanente adequação da nômima da moeda à correta execução das obrigações. Os argumentos políticos não são válidos senão para quadros de execução: somente situações de comoção política justificariam adiar correções monetárias e cambiais recomendáveis, pois o adiamento agravará o impacto das correções ulteriores, necessárias ao restabelecimento de equilíbrio, e perturbará, enquanto não se concretizar a correção, quer justiça e eficiência nas relações internas, quer possibilidades de evolução favorável nas trocas internacionais" (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, Saraiva, 1983, pp. 294/295).

- 12 Problemas maiores, em face destas distorções, ocorre com a tributação sobre lucros fictícios pela manipulação dos índices, que Henry Tilbery condena: "Por outro lado o Poder Público não deve tirar proveito das conseqüências da inflação que não conseguiu debelar; por exemplo, não deve fazer incidir a tributação sobre acréscimos patrimoniais fictícios, atingindo a substância. Nesta hipótese a tributação teria efeito de desapropriação, levando, em casos extremos, sim, à violação de princípio constitucional.

Em primeiro lugar, cabe ao Estado o dever de tomar as medidas necessárias para combater a inflação e para ajustar as distorções, principalmente adaptando a legislação, uma vez que o Judiciário não pode solucionar os problemas mediante interpretação da legislação, exceto talvez em casos extremos. Evidentemente — antes de qualquer esforço de adaptar a legislação, especialmente a tributária, às condições inflacionárias — devem ter prioridade absoluta os esforços da política econômico-financeira para manter a estabilidade monetária" (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, Saraiva, 1983, p. 53).

E, partindo dessa premissa, posso começar a examinar as questões formuladas.

De início, a afirmação de que a correção monetária é neutra, é feita pelo próprio Código Tributário Nacional, ao dizer, em seu artigo 97 § 2º, que:

“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”¹³.

A atualização monetária da base de cálculo de qualquer tributo não constitui majoração. É o que determina o § 2º do artigo 97 do CTN. Oferece o dispositivo a neutralidade indexatória sobre a base de cálculo de qualquer imposição fiscal, de tal forma que o rígido princípio da legalidade — que não é apenas exata, mas estrita no Direito Tributário — não é violado, se tal atualização se der por ato do Poder Executivo¹⁴.

13 Yonne Dolácio de Oliveira comenta o dispositivo, dizendo:

“Respeitadas as ressalvas legais acima examinadas que, como acima demonstrado não configuram uma discricionariedade livre ou constitutiva, mas, simplesmente, uma discricionariedade vinculada à primazia da lei, qualquer majoração ou redução de tributos somente poderá ser feita pelas unidades federadas mediante lei, de conformidade com o disposto no inciso II do art. 97 em foco. Ressalte-se, ainda mais uma vez, que nos termos do § 1º do art. 97, qualquer alteração da base de cálculo do tributo que o torne mais oneroso constitui majoração do mesmo e, por conseguinte, somente pode ser feita mediante lei.

A ressalva final referente ao assunto em foco está consignada no § 2º do art. 97, isto é, atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo não importa em sua majoração e, em consequência, poderá ser feita por ato do Executivo, posto que é entendida como simples reajuste *a posteriori*, segundo índices oficiais, do seu valor, de modo a ajustá-lo ao poder aquisitivo da moeda” (*Direito Tributário n.º 4*, Ed. Bushatsky, 1976, pp. 147/248).

14 Escrevi: “Now, from this point of view, the lawmaker was for the first time obliged to distinguish the problem of the increase in the face value of currency, without increasing its intrinsic value, as something that does not represent a tax increase.

Hence, the natural result of the two principles explained in Art. 97, § 1: “Article 97, § 1 — Any modification in the calculation basis of a tax that makes it higher, is equated to an increase”. And, its explanation in § 2: “§ 2 — For the purposes of the provision in item II of this section, updating of the monetary value of the respective calculation basis is not a tax increase”.

It is evident that the percentage and the calculation basis are two elements quantifying the event giving rise to the tax, whose close relationship also deserves more through studies of doctrine and jurisprudence.

No alteration of the percentage, with alteration of the calculation basis, implies a change in tax application. If the increase is easily detectable on the part of the alteration of the percentage, the guarantee of no increase in tax would be ineffectual, if the percentage remains unaltered but the imposing authority first modifies or is able to impose the calculation basis.

This method was vetoed by the complementary lawmaker who made an exception for it only with monetary updating of the calculation basis, in unmistakable recognition that:

- a) the country needs its own dynamic and effective ways of living with inflation; and
- b) the alterations of the calculation bases by the imposing authority, within the limits of monetary updating, do not require a complex legislative process for adaptation to inflation.

Ora, a dicção do referido dispositivo conforma-se, por inteiro, com o disposto no artigo 33 da Lei 4.476/84, ao dizer:

“As custas, emolumentos e contribuições pelos atos praticados nos tabelionatos e nos cartórios de registro de imóvel serão calculados de acordo com o preço ou o valor econômico do negócio jurídico declarado pelas partes.

§ único. O cálculo será efetuado, porém, com base nos valores tributários fixados no último lançamento pela Prefeitura Municipal, quando se tratar de imóvel urbano, ou pelo órgão federal competente, no caso de imóvel rural, sempre que, havendo incidência de imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos ou devendo existir natural coincidência com o valor do imóvel, o preço ou o valor econômico do negócio jurídico declarado pelas partes lhes for inferior”.

Com efeito, os “valores tributários”, fixados, só podem ser os valores indexados, visto que, se a correção monetária da base de cálculo não majora os tributos, por força do disposto no § 2º do artigo 97 do CTN, à evidência, a não-correção monetária, em regime de inflação, reduz o valor da base de cálculo¹⁵.

Ora, se os valores tributários fixados no último lançamento não podem ser majorados, o certo é também que não podem ser reduzidos, o que ocorreria se não houvesse indexação.

Em outras palavras, há apenas uma forma de se preservar — e como já demonstrei no início, por ficção legal, visto que a correção monetária oficial tem sido sempre inferior à inflação —

From this form, monetary updating of the calculation basis, within the strict limits of its adequacy, does not today violate the principle of strict legality or of the absolute reservation of the law. As is apparent, when referring specifically to the institution of correction, the lawmaker did so, adapting to the principle of legality, in clear recognition that all tax debts are value debts and not money debts. The explication of the case in point therefore represented an admission of its implicit inclusion for all aspects of tax liabilities” (*Monetary Indexation in Brazil*, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1983, pp. 41/42).

15 Arnoldo Wald ensina: “A correção monetária não é, no caso, uma revisão, mas uma atualização, ou seja, nada se modifica, mantendo-se, ao contrário, a relação originária na sua pureza, afastando as distorções decorrentes da depreciação monetária. Neste sentido, é muito feliz a expressão introduzida no direito nacional pelo prof. Hely Lopes Meirelles quando fala em recomposição de preços, significando o restabelecimento dos preços originários devidamente atualizados. Aliás, o STF teve o ensejo de salientar a distinção básica entre os juros e a correção, esclarecendo que esta não era um acréscimo, um plus, um acessório, mas sim a própria dívida atualizada, retificada na sua expressão monetária, ou seja, o débito no seu aspecto dinâmico” (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, Saraiva, 1983, p. 19).

“Os valores tributários fixados no último lançamento”, ou seja, considerá-los indexados de acordo com os índices oficiais, com o que não haverá aumento deles, mas também não haverá redução¹⁶.

Não considerar a indexação, mas apenas os valores nominais do último lançamento é reduzir seus valores tributários, o que, à evidência, não está no discurso do artigo 33¹⁷.

Há ainda a considerar que o legislador estadual fala em “valores tributários” e não em “quantias nominais”, hospedando a clássica separação entre “dívida de valor” e “dívida de dinheiro” para distinguir as obrigações indexadas das nominais, em que pese a posição do eminente comercialista Mauro Brandão Lopes que divide as dívidas em nominais, de valor e indexadas, sendo “a de valor” a única que expressa a real densidade econômica do bem, em face de as dívidas indexadas poderem ter uma redução de substância, quando de correções insuficientes¹⁸.

16 Gilberto de Ulhoa Canto ensina: “Veja-se a diferença entre os dispositivos de 1933 e 1969; no primeiro se fazia menção a pagamento em moeda corrente, pelo seu valor legal, mas no segundo nenhuma menção se fez ao valor, apenas se aludindo ao curso legal da moeda. Portanto, a correção monetária e o regime instituído pelo Decreto-lei nº 857/69 sempre foram perfeitamente compatíveis na medida em que a primeira pressupôs a subsistência de obrigações em moeda nacional, limitando-se a proceder à atualização do seu poder de compra mediante a aplicação de índices oficiais. As leis que asseguram poder liberatório e curso forçado à moeda nacional têm por objetivo assegurar a observância de um dos atributos mais importantes da soberania, que é justamente a disciplina integral da moeda. A correção monetária surgiu entre nós — e assim sempre se tem mantido como instrumento de atualização do poder de compra do cruzeiro diante da inflação. Com efeito, ajustando os preços dos bens, direitos e obrigações por meio da multiplicação dos respectivos valores referidos a certa data por índices da desvalorização fixados pelo próprio Governo Federal, o sistema atingiu o resultado previsto, que era e é preservar o padrão monetário, mas não necessariamente o poder liberatório pelo valor nominal da moeda, que a legislação vigente não impõe nem corresponde a qualquer propósito fundamentado em argumentos de mérito (v. Athur Nussbaum, *Teoria jurídica del dinero*, trad. esp. do *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländisches Rechts*, Madrid, Libreria General de Victoria Suarez, 1929, p. 38 e s. e 56 e s., e *Derecho monetário nacional e internacional*, trad. esp. de *Money in the Law — national and international*, Buenos Aires, Ed. Arayú, 1954, p. 39 e s. e 276 e s.” (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, ob. cit., pp. 7/8).

17 Roberto Rosas esclarece: “Alguns pontos têm surgido na aplicação da correção monetária. Em essência, a correção monetária é a atualização da dívida. Portanto, é compatível a cumulação de perdas e danos com a correção monetária. É cumulável a cláusula penal com a correção monetária e também possível a cobrança da correção monetária com juros.

A consagração da correção monetária como forma de atualizar os débitos é perfeita. Para ilustrar o casuismo basta retermos as recentes aplicações na jurisprudência do Supremo Tribunal. No ilícito contratual (RE 92.780, RTJ, 96:444). Na apuração de haveres comerciais (RE 86.791, RTJ, 97:264). Uma observação econômica advierte para a correção monetária como fonte alimentadora da inflação, invocando-se o exemplo da Finlândia. Na verdade, não serão os débitos fixados pelo Poder Judiciário, porque no conjunto econômico eles representam uma pequena parcela dos débitos em geral, sejam dívidas de dinheiro ou dívidas de valor. Injustiça seria pagar-se com moeda defasada” (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, ob. cit. p. 334).

18 “Entre as duas espécies fundamentais de dívida, a de dinheiro e a de valor, uma espécie intermédia existe que, sendo dívida de dinheiro, exibe aspecto que, sem confusão, pode inegavelmente aproximá-la

Desta forma, deve-se interpretar o artigo 33 como já albergando a indexação na referência aos “valores tributários” do último lançamento, que não podem ser *reduzidos no tempo*, pela não-indexação, em face do artigo 97 § 2º do CTN.

Acrescente-se que o lançamento, no caso do IPTU, na maioria dos municípios, é um atípico lançamento por declaração, recebendo os contribuintes em seu domicílio, os “carnets” para pagamento. Em quase todos, insere-se a correção monetária das prestações, na medida em que vão sendo pagas, com o que a indexação pertine à estrutura do lançamento¹⁹.

Ao coordenar o XII Simpósio Nacional de Direito Tributário do CEEU, aberto pelo Ministro José Carlos Moreira Alves, assim como o 12º Caderno de Pesquisas Tributárias, ambos dedicados ao tema “Do lançamento”, a tese dominante foi a de que o lançamento é um instituto simultaneamente constitutivo e declaratório, pois declara a obrigação tributária (art. 113 e 114 do CTN) e constitui o crédito tributário (art. 139 e 142)²⁰.

da dívida de valor. Nesta terceira espécie, a prestação consiste em dinheiro, assim também contratada sob o domínio do princípio nominalista da moeda, mas, em vez de consistir em dinheiro em quantidade pré-determinada, consiste explicitamente em dinheiro em quantidade indeterminada no contrato, ou seja, determinável mediante critério ou índice nele pré-determinado.

A determinação da quantidade de moeda, em que consiste a prestação do devedor, nesta espécie de dívida, é sempre contemporânea do cumprimento da prestação, e o critério ou índice, em princípio ininfluenciável pelos contratantes, deve ser de tal modo adequado que a inflação não introduza desequilíbrio na relação obrigacional, com conseqüente locupletamento do devedor à custa do credor no pagamento da dívida; esse índice ou critério, de outro lado, pré-estabelecido no contrato para a determinação da quantidade de moeda, pode em princípio ser fixado por lei ou escolhido pelos contratantes.

Ora, nesta espécie de dívida, não se deve evidentemente falar de correção monetária, sendo claramente adequado o termo “indexação”, usual em outras legislações para idênticas situações.

As duas espécies fundamentais de dívida, a de dinheiro e a de valor, continuam sendo na verdade as duas únicas; a espécie intermédia, na vida econômica introduzida pela inflação, tem indubitável caráter de dívida de dinheiro, sem confusão alguma com dívida de valor, com a única diferença essencial que a quantidade de moeda devida não é pré-determinada no contrato, mas deixada indeterminada, até que, no momento do cumprimento de sua prestação pelo devedor, ela se determina mediante aplicação do índice pactuado. O índice visa à manutenção da comutatividade das prestações do contrato, e não ao estabelecimento ou restabelecimento de posição patrimonial alguma” (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, ob. cit. p. 309).

19 O artigo 147 do CTN tem o seguinte discurso:

“O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.

§ 1º. A retificação da declaração por iniciativa do próprio declarante, quando vise reduzir ou excluir tributo, só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde, e antes de notificado o lançamento.

§ 2º. Os erros contidos na declaração e apuráveis pelo seu exame serão retificados de ofício pela autoridade administrativa a que competir a revisão daquela”.

20 Estão todos os artigos assim redigidos:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

Na ocasião, a teoria dominante foi a de que nos lançamentos por homologação, a ficção jurídica de sua tácita complementação, decorridos cinco anos da antecipação de pagamento, embora, no plano fático, não se conforme aos termos do artigo 142, no plano estritamente jurídico, assim não ocorre, visto que em todas as antecipações a certeza de que lançamento se aperfeiçoará resta evidente, por força do artigo 150 do CTN²¹.

Para efeitos, entretanto, deste parecer, por “último lançamento” há de se considerar, no que concerne ao IPTU, aquele correspondente ao exercício em curso, com seus valores indexados, únicos a reproduzirem *os exatos valores tributários* a que faz menção o artigo 33.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

§ único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”.

- 21 Está o artigo 150 assim redigido: “O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o § anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”, tendo o XII Simpósio pelo seu plenário declarado: “1ª questão: À luz do Direito positivo, o lançamento é um ato (ou um procedimento) indispensável em todos os tributos?

Resposta: À luz do Direito positivo o lançamento é um ato indispensável em todos os tributos (aprovado por maioria).

O lançamento não é indispensável em todos os tributos, podendo existir hipóteses em que o surgimento da obrigação e sua satisfação ocorram sem a necessidade de expedição de um ato administrativo (ou cumprimento de um procedimento) específico, como, aliás, tem sido reconhecido pela jurisprudência (posição minoritária)” (*Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 12*, Ed. Resenha Tributária/CEEU, 1988, pp. 698/699).

Desta forma, a expressão nominal do último lançamento, para que não se transforme em “desvalor tributário”, deve ser indexada, pelos índices oficiais, para os meses posteriores, compensando-se, assim, a corrosão de sua singela indicação numérica.

De resto, é o que a maioria das Prefeituras conformam no pagamento em prestações do IPTU²².

E aqui cabe uma observação sobre tema longamente debatido no XII Simpósio, a que fiz menção.

Todo o lançamento por declaração, inclusive quando resultante de arbitramento, (arts. 147 e 148 do CTN) se corresponder a diversas prestações, pode ser tomado como um único lançamento ou como diversos, representando cada prestação, neste caso, um lançamento exteriorizado pela notificação do “carnet” enviado e referido àquele mês²³.

22 Aires Fernandino Barreto vai mais longe, ao contestar a orientação do STF, entendendo que a base de cálculo (que denomina de “calculada”) pode ser determinada por decreto do Executivo além da correção monetária, se os valores corresponderem àqueles de mercado: “O problema que se põe a seguir é o da atualização da base de cálculo **in concreto**.”

Em esteira que, **data venia**, nos parecia ser a correta, o STF em sete oportunidades entendeu que a atualização do valor dos bens, sendo tarefa cometida à administração para a concretização do comando abstrato da lei, não configura ofensa ao art. 97 do CTN (que explicita o princípio da legalidade versado no § 29 do art. 153 da CF).

Evidentemente, nessa trilha, foram, com pequenas variações, as decisões do STF nos RE 75.294, DJU 19.11.73, Pleno, rel. Min. Luiz Gallotti; RE 789.437, DJU 28.6.74, 1ª T., rel. Min. Rodrigues de Alckmin; RE 80.561, DJU 26.9.75, 2ª T., rel. Min. Thompson Flores; RE 77.269, DJU 26.12.75, 1T., rel. Min. Bilac Pinto; RE 86.326, DJU 15.4.77, 1ª T., rel. Min. Cunha Peixoto; RE 86.028, DJU 1.7.77, 1ª T., rel. Min. Cunha Peixoto e RE 86.562, DJU 18.5.79, 1ª T., rel. Min. Thompson Flores.

No RE 87.763-1 (DJU 25.11.79, Pleno, rel. Min. Moreira Alves), o STF modificou esse entendimento para admitir que a atualização tolerada por ato do Executivo ficava limitada à correção monetária do valor venal do bem.

A partir daí, o STF vem mantendo o novo entendimento conforme se pode ver dos RE 85.732-0, DJU 7.12.79, 2ª T., rel. Min. Leitão de Abreu; RE 92.009-0, DJU 11.4.80, Pleno, rel. Min. Décio Miranda; RE 5.732-0, DJU 13.6.80, Pleno, rel. Min. Soares Muñoz; RE 91.619-9, DJU 14.11.80, 2ª T., rel. Min. Décio Miranda; RE 92.355-1, DJU 28.11.80, Pleno, rel. Min. Cordeiro Guerra; RE 92.804-9, DJU 28.11.78, Pleno, rel. Min. Cordeiro Guerra; RE 87.763, DJU 7.6.79, Pleno; RE 93.661-SP, DJU 27.11.81, 2ª T., rel. Min. Décio Miranda; RE 93.853-2, DJU 22.44.81, 2ª T., rel. Min. Leitão de Abreu.

O nosso inconformismo persiste. Parece-nos não possa a base de cálculo **in concreto** (que preferimos designar de base calculada) ser medida pelo Legislativo, sem ofensa ao art. 6º e seu parágrafo único da CF.

À lei cabe definir que, e. g., a base de cálculo é o valor venal, mas nunca determinar que dado imóvel vale CR\$ 100.000,00.

A investigação dos fatos com as suas especialidades e a descoberta realística dos fatos, são matérias de exclusiva competência do Executivo” (*Manual do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, pp. 191/192).

23 Ricardo Mariz de Oliveira escreve: “A despeito disso, o CTN distinguiu claramente o momento de nascimento da obrigação tributária do momento de constituição do crédito tributário, com o que, inclusive, colocou fim à discussão doutrinária que o precedia, na qual uma corrente atribuía ao

Os que propugnam pela segunda tese têm como principal argumento o fato de que, nas imposições para pagamento parcelado, pode o contribuinte pagar umas prestações e não outras, tornando-se, nesta hipótese, sujeito ao lançamento de ofício pelas prestações não-pagas e não pela totalidade do crédito tributário constituído.

Desta forma, pela teoria da multiplicidade de lançamentos correspondente à multiplicidade de notificações, embora constantes de um único “carnet”, o valor do IPTU lançado para pagamento em prestações poderia ser considerado o da última parcela notificada a ser exigida, com o que a correção se imporá, na maioria dos casos²⁴.

A alíquota, todavia, que se aplica sobre a base de cálculo, tem, na esmagadora maioria dos casos, a própria correção indireta dessa base de cálculo em face da correção dos valores consolidados da obrigação tributária, argumento a mais para fortalecer a tese de que, pela junção do § 2º do artigo 97 do CTN e 33 da Lei 4.476/84, que se refere a valores tributários *nem majorados, nem reduzidos*, só poderia resultar a imposição de valores indezados, o que ocorre, explicitamente, no dispositivo do CTN e, implicitamente, no da lei estadual.

lançamento efeitos constitutivos da obrigação tributária, ao passo que outra corrente enxergava no lançamento efeitos meramente declaratórios da obrigação já existente pelo fato gerador. O art. 142 fez clara opção pelo caráter declaratório do lançamento, em relação ao nascimento da obrigação tributária, mas concedeu-lhe a função constitutiva do crédito tributário, o que suscitou críticas fundadas na razão simples de que a cada obrigação, necessariamente, corresponde um direito, de tal sorte que não se pode falar em obrigação sem correspondente crédito” (*Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 12*, Ed. Resenha tributária, 1987, p. 99).

24 Embora por caminhos diversos, Alberto Xavier também considera o lançamento um ato, escrevendo: “Diz-se também — e para encerrar esta lista de defeitos, porque algumas virtudes também existem na sistemática do Código, nesta matéria, como veremos a seguir — que o lançamento tem por fim constituir o crédito tributário.

É realmente algo de muito duvidoso o que significa doutrinariamente o “crédito tributário”, mas se algo constitui o mencionado crédito tributário, esse algo será o ato jurídico, nunca o procedimento. Então, o art. 142, quando diz que o procedimento constitui o crédito aí, efetivamente, incorre em erro palmar.

Eis as razões — e são várias — pelas quais, inobstante dispor de um preceito expresso que define o lançamento, não posso aceitar essa definição. Devo rejeitá-la e tenho também obrigação científica de propor uma outra mais ajustada à realidade. A meu ver, o lançamento pode definir-se muito mais simplesmente como o ato administrativo de aplicação da norma tributária material praticado por órgão da administração.

Esta definição tem a vantagem de, desde logo, identificar o lançamento como um ato jurídico e não como um procedimento ou série de atos jurídicos. É absolutamente essencial que nós separemos estas duas realidades, o ato jurídico e o procedimento que o prepara, os atos preparatórios e o ato conclusivo. Sem termos sempre presente esta dualidade jamais conseguiremos, por exemplo, interpretar as disposições que regulam os termos de decadência ou prescrição no CTN, porque tais termos ora são reportados a atos preparatórios que se inserem no procedimento, ora são referidos ao próprio ato do lançamento, ora ainda são identificados na notificação do próprio lançamento” (*Curso de Direito Tributário*, Saraiva, 1982, pp. 128/129).

Em face disto, à nitidez, tanto faz o predomínio da teoria de um lançamento único ou daquela da multiplicidade de lançamentos, posto que a indexação termina por nivelar o *quantum debeat* — e aqui é, realmente, *quantum debeat* e não *quantum debetur* — aos municípios, assim como a base de cálculo indexada para a determinação das custas e emolumentos, a que se refere o artigo 33²⁵.

E passo, agora, a examinar, de forma mais perfunctória, os dois últimos aspectos da consulta, para respondê-la ao final.

O primeiro diz respeito à natureza jurídica das custas e emolumentos e ao regime jurídico conformado pela Constituição para determiná-los.

Quando conselheiro da OAB-Seccional de São Paulo, representei à Procuradoria Geral da República contra o aumento das custas judiciais e extrajudiciais no próprio exercício, porque eram taxas e não preço público, representação recebida pelo Exmo. Sr. Procurador Geral, que ao encaminhá-la, por ser titular da ação, à época, viu-a acolhida pela Suprema Corte²⁶.

Tendo o Estado o monopólio da administração da Justiça e da oferta de fé pública aos atos documentados em registros oficiais, à evidência, não se poderia considerar que a remuneração fosse de preço público, pressupondo

25 Escrevi: "Entendo que o lançamento é ato final de procedimento preparatório. É, pois, um ato e um procedimento, explicitando o artigo 142 as linhas mestras do que seja o ato e do que seja o procedimento que no ato se encerra.

O discurso legislativo principia com a afirmação de que a constituição do crédito tributário faz-se pelo lançamento.

O lançamento é, portanto, ato final que reconhece a existência da obrigação tributária e constitui o respectivo crédito, vale dizer, cria, no universo administrativo, o direito à exigência da obrigação nascida, no mais das vezes, preteritamente.

O artigo 139 oferta a dimensão exata da realidade, posto que, identificando sua natureza jurídica, considera, todavia, o crédito decorrencial da obrigação.

O reconhecimento da existência de obrigação, através da constituição do crédito, nos termos legislativos complementares, acontece após procedimento em que se verifica a ocorrência de seu fato gerador, determina-se a matéria tributável, calcula-se o montante do tributo, identifica-se o sujeito passivo e propõe-se a aplicação da penalidade cabível.

Pelo direito posto, portanto, lendo-se o que escrito está, a autoridade administrativa necessariamente singular, produz o lançamento, atividade exclusiva e indelegável, que é ato final de procedimento anterior, este podendo ser conduzido por grupos ou colegiados.

Não é, pois, o lançamento que gera o procedimento, mas este que se encerra no ato do lançamento, ato que prescinde, por força de lei, de participação extra-funcional" (*Caderno de Pesquisas Tributárias* n.º 12, ob. cit. pp. 32/33/34/35).

26 "Ora, as custas judiciais ganham o contorno jurídico das taxas, pois, à evidência, são cobradas por decorrência de serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte.

Não se confundem, de outro lado, com o preço público, cuja exigência decorre de uma relação de coordenação entre o particular e o Estado. As taxas são exigidas, em termos de relação de subordinação e imposição, pois cabe ao Estado, exclusivamente, a administração da Justiça, impondo a quem deste serviço público quiser fazer uso, as taxas que julgar necessárias à sua objetivação, dentro do regime jurídico constitucional pertinente" (*A Natureza Jurídica das Custas Judiciais*, ob. cit. p.29).

relação de coordenação, mas de taxa, ou seja, relação de subordinação. Em verdade, o monopólio de tais atividades por parte do Estado, afasta a teoria da “alternativa válida para outra solução”, que justificaria a cobrança de preço público.

De resto, não foi diferente esta conclusão daquela sinalizada pelas duas correntes do X Simpósio Nacional de Direito Tributário, que discutiu os trabalhos do Décimo Caderno de Pesquisas Tributárias²⁷.

Normalmente, o preço público remunera serviços públicos periféricos, enquanto que a taxa remunera não só estes, como aqueles essenciais, embora alguns sejam de impossível ressarcimento pela espécie “taxa”, à falta de indivisibilidade de sua prestação²⁸.

27 “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 CF), dependendo da disciplina legal.

Atividade monopolizada não possibilita a cobrança de taxa, assim como a atividade econômica prevista no art. 170 da CF.

Nota: Esta foi a resposta vencedora com 39 votos do Plenário, contra 38 votos dados para adoção da redação da Comissão I. Em vista dessa diferença de apenas um voto, reputamos interessante reproduzir a redação vencida: “As taxas são tributos vinculados à uma atuação estatal, expressiva de serviço público prestado ou posto à disposição dos administrados, a cargo de entidades governamentais investidas de personalidade jurídica de Direito Público. Os preços são receitas expressivas de serviços públicos prestados ou postos à disposição dos 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, não ocorrendo as hipóteses enunciadas nos itens “a” e “b” (*Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 11*, Ed. Resenha Tributária / CEEU, 1986, p. 575).

28 Yonne Dolácio de Oliveira explica: “Enquanto para os serviços públicos secundários e facultativos não existe sanção punitiva, para a não-utilização, o exercício da justiça privada para satisfazer pretensão, embora legítima, em substituição aos serviços públicos de Administração da Justiça, constitui crime, cuja pena poderá ser cumulada com outra fixada conforme a violência acaso empregada. Além disso, mesmo *Reale* que adota o pluralismo das ordens jurídicas positivas, reconhece uma hierarquia entre os diferentes sistemas de normas, segundo o índice de organização e generalidade da coação, aduzindo que “em nenhuma delas encontramos a universalidade da sanção, nem a força positiva que se observa no Estado — a ordem soberana, no sentido de que ela cabe declarar, de modo final e conclusivo, a positividade do direito”. Por estas razões, os serviços públicos em foco trazem em si implícito o direito de aplicação das sanções contra os governados que a eles não se submetem.

c) Se os preços públicos são receitas industriais, as taxas remuneram serviços públicos decorrentes do exercício de função fundamental do Estado, legitimados na soberania estatal” (*A natureza jurídica das custas judiciais*, ob. cit. pp. 151/152).

Os dois regimes que a ordem econômica hospeda na Constituição, a saber, de Direito Privado (art. 173) e de Direito Público (art. 175), tornam a participação do Estado vicária no primeiro e a participação do segmento privado acessória no segundo. De rigor, tanto o Estado quanto a sociedade podem atuar em áreas pertinentes a relações econômicas privadas ou relações próprias dos serviços públicos, desde que periféricos, admitindo-se seu regramento, seja pelas normas do artigo 173, seja pela adoção do regime próprio do Direito Público (art. 175)²⁹.

Ora, tanto pode haver serviços públicos remunerados por taxa, quanto por preço público, no regime do artigo 175, o certo sendo, entretanto, que os serviços públicos relacionados à Justiça só o podem ser por taxas.

Daí decorre, com maior razão, a expressão “valores tributários” do artigo 33 da Lei n.º 4.476/84, posto que a remuneração de “taxa” que pertine aos serviços registrários, por ser tributária, segue o regime próprio do sistema fiscal, cujo perfil, no país, é indexado em todas as esferas do poder³⁰.

A conclusão deste aspecto reforça a tese de que a remuneração, pela espécie tributária “taxa”, dos serviços registrários, deve seguir o mesmo regime indexatório próprio do Direito Tributário, não sendo lícito reduzir o montante dos “valores tributários”, pela não-indexação de suas exteriorizações nominais.

Por mais este aspecto, a indexação se impõe³¹.

29 Celso Bastos ensina: “Não se creia daí que é só serviço público que está em condições de atingir o interesse da coletividade ou público. Muitas das atividades, meramente econômicas, também concernem ao interesse de todos, e nem por isso públicas se tornam. Para que isto se dê é necessário que o Estado as assuma como próprias. Neste ato de assunção entra sem dúvida uma grande dose de apreciação política, dado que em muitas hipóteses a evidenciação da conveniência da sua prestação sobre a modalidade de serviço público não fica tão evidente como nos exemplos acima deduzidos. Além do mais, é forçoso reconhecer-se que estes critérios são evolutivos no tempo e diferentes no espaço; algo que para um país se afigura como serviço público, quiçá em outro seja tido por mera atividade econômica” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 7.º volume, Saraiva, 1990, p. 129).

30 Alcides Jorge Costa expõe sua perplexidade perante o perfil jurídico das taxas, ao dizer: “No campo específico do montante das taxas há, na ciência das finanças, um número grande de teorias. Creio que as taxas caracterizam-se independentemente de seu montante, que pode mesmo ser utilizado como instrumento de política econômica. Taxas relativas ao exercício do poder de polícia podem ser elevadas em certos casos, quando o legislador procura restringir ou dificultar certas atividades. Da mesma forma, o legislador pode entender que o acesso a certos serviços públicos deve ser dificultado através da cobrança de taxas altas para sua utilização. E saber se a taxa deve ou não envolver vantagem para o contribuinte também não oferece relevância. A utilização de um serviço público pode ser obrigatória, pode envolver o pagamento de uma taxa e não trazer vantagens para o contribuinte. Quem perde uma ação paga as custas, ou seja, as taxas judiciárias” (*Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 10*, ob. cit. p.4).

31 O Professor A. Yoran no estudo que publicou comigo no livro *Adjustments for Tax Purposes in Highly Inflationary Economies* lembra: The Israeli economy was characterised by a low level of unemployment and a general use of indexation. The integrated indexation system of 1982 had been introduced because partial adjustment had proved inadequate; however, the resource cost of general

Um último ponto merece consideração. É o de saber se a Lei n.º 4.476/84 foi recepcionada, em seu artigo 33, por inteiro, pela nova ordem constitucional³².

Com efeito, o artigo 33 tem por critérios de avaliação:

- a) o valor do negócio;
- b) o valor venal do IPTU;
- c) o valor do ITR ou do ITBI,

conforme se possa perceber, na operação, subavaliação do imóvel para efeitos de redução das custas e emolumentos.

À época, o ITBI era de competência impositiva estadual, nada obstante a destinação de metade da receita ao município de situação do imóvel³³.

A Constituição de 1988 alterou a competência, transferindo as operações de carácter oneroso para a imposição municipal³⁴.

indexation was high and the proportion of the Israeli gross national product currently absorbed in indexation of all kinds could be as high as 4 or 5 per cent" (*Yearbook 1984*, ob. cit. p. 155).

32 Michel Temer preleciona "A ordem constitucional nova, por ser tal, é incompatível com a ordem constitucional antiga. Aquela revoga esta.

Entretanto, não há necessidade de nova produção legislativa infraconstitucional.

A Constituição nova recebe a ordem normativa que surgiu sob o império de constituições anteriores se com ela forem compatíveis.

É o fenómeno da recepção que se destina a dar continuidade às relações sociais sem necessidade de nova, difícil e quase impossível manifestação legislativa ordinária.

Ressalte-se, porém, que a nova ordem constitucional recepciona os instrumentos normativos anteriores dando-lhes novo fundamento de validade e, muitas vezes, nova roupagem"

(*Elementos de Direito Constitucional*, 4ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 26).

33 O § 10 do artigo 23 da E.C. n. 1/69 tinha a seguinte dicção, nos termos da E.C. n. 17/80:

"Do produto da arrecadação do imposto mencionado no item I, 50% constituirão receita dos Estados e 50% do município onde se localizar o imóvel objeto da transmissão sobre a qual incide o tributo. As parcelas pertencentes aos municípios serão creditadas em contas especiais abertas em estabelecimentos oficiais de crédito, na forma e nos prazos estabelecidos em lei federal".

34 Escrevi: "O imposto sobre a transmissão inter-vivos, por atos onerosos, de bens imóveis é novidade. Emenda anterior no direito pretérito já permitira que o município participasse da arrecadação desse imposto, mas a competência impositiva era exclusiva do Estado. Passa esta a ser agora exclusiva do município, assim como o fruto da arrecadação.

Os bens imóveis mencionados são aqueles esculpidos no Direito Civil.

Reza o Código Civil em seus artigos 43 e 44 que:

"Art. 43. São bens móveis: I. o solo com sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo; II. tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano; III. tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aforoseamento, ou comodidade;

"Art. 44. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I. os direitos reais sobre imóveis, inclusive o penhor agrícola, e as ações que os asseguram; II. as apólices da dívida pública oneradas com a cláusula de inalienabilidade; III. o direito à sucessão aberta".

A lição retirada do Direito Civil, que, de resto, vem do Direito romano é ainda atual e não precisa ser alterada. Agiu bem o constituinte ao referir-se à experiência civilista para conformar o objeto do imposto. O constituinte refere-se a bens imóveis de dois tipos: o que o é por sua estrutura pró-

À evidência, a partir de tal modificação, o artigo 33 deixou de ser, por inteiro, recepcionado, embora continuasse em parte recebido pela nova ordem.

É que o referencial à base de cálculo do IPTU, INCRA e ITBI estadual objetivava impedir operações por valores subavaliados, o que vale dizer, sempre que os valores ofertados pelas partes fossem inferiores àqueles que serviam de base às referidas incidências, estas prevaleceriam, conforme o tipo do imóvel.

Há de se perguntar: por que, pela sua natureza atrelada à operação, não se utilizou o legislador estadual do ITBI como referencial primeiro, em vez do IPTU?

De rigor, tal solução se deveu, a meu ver, não só à evolução jurisprudencial, mas ao fato de ser o IPTU um referencial mais seguro pela relevância do imposto para o município, não sendo o ITBI, para os Estados, senão um tributo de menor importância, responsável por apenas 1/50 avos da arrecadação, se comparado com o ICM³⁵.

pria, ou seja, por sua própria natureza, assim como aquele que cresce por adesão de terras. O I.T.B.I. incide também sobre a cessão de direitos reais sobre os imóveis, assim como sobre direitos obrigacionais relacionados à cessão de direitos à aquisição.

Não há, pois, nenhuma possibilidade de se afastar a sua incidência através de promessas de cessões ou soluções semelhantes, visto que o I.T.B.I. incide sobre direitos reais e obrigacionais" (*Comentários à Constituição do Brasil*, vl. 6, tomo I, Ed. Saraiva, 1990, pp. 530/531).

35 Escrevi em Manual do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (Revista dos Tribunais, 1985), preparado com Aires Fernandino Barreto, o seguinte: "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 de 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, lógico 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 idêntica característica, 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 influem, direta ou indiretamente, 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 do Ouro Preto. Por esta razão, na Federação brasileira revelou-se justificável a possibilidade de se outorgar competência impositiva aos municípios, o que não é comum à maior parte dos países e dos sistemas tributários conhecidos.

Para efeito de nosso "Manual", o que revela acentuar é que o IPTU é típico imposto comunal, formal e estruturalmente, por essa razão sendo o primeiro enunciado na discriminação constitucional

E a reforma constitucional, que obrigou os Estados a repassarem 50% da imposição aos municípios, desestimulou ainda mais sua utilização como instrumento de arrecadação.

Em face da segurança do IPTU — imposto essencial para as receitas municipais — em ofertar indexadores mais confiáveis, preferiu o legislador estadual afastar o ITBI como elemento referencial, por causa do pequeno interesse de utilizá-lo como instrumento de arrecadação e dos próprios limites impostos pela legislação complementar. Em livro que escrevi com Aires Fernandino Barreto (Manual do IPTU, Ed. Revista dos Tribunais), procuramos demonstrar, os dois, a relevância deste imposto tipicamente municipal para as burras dos burgos brasileiros³⁶.

Com o ITBI acontecia algo que com o ITR sempre ocorreu, ou seja, o pouco interesse do Poder Público em exercer administração tributária eficaz, porque o ente impositivo não era o beneficiário maior da arrecadação, sendo que o município recebia, por não ter que administrar, 50% brutos do ITBI e 100% do ITR³⁷.

sem as limitação impostas ao ISS, não-necessariamente municipal, pelos seus aspectos estruturais. A título exemplificativo, os serviços intermunicipais exigem necessidade de especial tratamento legislativo, o que não ocorre em relação ao IPTU, por excelência tributo municipal e sem riscos de invasões semelhantes ao ISS, mesmo nos municípios de menor densidade geográfica. Mas não compete exclusivamente aos municípios a instituição do IPTU" (p. 23-4)".

- 36 E Célio de Freitas de Batalha, na mesma linha, esclarece: "Preambularmente, convém considerar adequada inteligência das expressões "predial" e "territorial", contidas no Excelso Texto. E, no particular, não pode restar dúvida do que representem, juridicamente, na medida em que a Constituição Federal se utilizou das expressões propriedade predial e territorial, sem lhes outorgar um conteúdo jurídico próprio, isto é, diferente do significado em que o termo está consagrado no mais das leis que compõem o sistema jurídico.

Esta advertência preliminar tem razão de ser, ainda mais quando se verifica que, à luz dos ensinamentos dos civilistas tem-se que, de regra, pode-se conceber a propriedade como possuindo "elementos constitutivos", assim entendidos aqueles compreendidos no "direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los de quem quer que injustamente os possua". É, por outra forma, o que define o art. 524 do CC brasileiro (grifos nossos).

Ainda para alinhavar os contornos dos fundamentos destas assertivas iniciais, parece útil relembra-rem que o direito de usar é entendido como "o de exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterar-lhe as substâncias", assim como o direito de gozar "consiste em fazer frutificar a coisa e auferir-lhe os produtos", bem como o direito de dispor "consiste no poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la ao serviço de outrem".

Possuem, pois, cada um desses atributos da propriedade, significados e efeitos jurídicos possíveis de serem detectados, isoladamente. Também assim, a regulamentação legal que a cada qual deles emprestem significado as normas no Direito positivo brasileiro" (*Curso de Direito Tributário*, Saraiva, 1982, p. 518).

- 37 Aliomar Baleeiro assim comenta o ITR: "I. Histórico — O imposto territorial rural foi criado pelos Estados-membros mais desenvolvidos no uso da competência concorrente e residual, que lhes dava a CF de 1891.

Até 1961 a Constituição de 1946 outorgou aos Estados (artigo 19, n. 1) a competência para decretar impostos sobre "a propriedade territorial, exceto a urbana". Esta última tocou aos municípios (art. 29, n.º 1).

A sabedoria do legislador estadual restou, pois, evidenciada na busca de um ideal de justiça, ao eleger o IPTU como primeiro referencial.

A nova Constituição corrigiu tais distorções. Ao ofertar o ITBI sobre operações onerosas à competência municipal, ofereceu ao ente federativo mais interessado em sua administração, a faculdade de impô-lo, inclusive com a vantagem de possuir um cadastro melhor que o do Estado³⁸.

Quando de minha exposição na Constituinte sobre Sistema Tributário, procurei mostrar que a competência impositiva dos entes federativos deveria ser determinada por sua vocação natural em administrar o tributo que lhe fosse outorgado, sendo certo que as operações imobiliárias ficariam melhor vinculadas à competência municipal, onde os imóveis se situam, do que a outros entes federativos, exceção feita ao INCRA, onde deveria haver algum benefício para a União em face do custo da imposição, visto que a política fundiária é de interesse nacional e não local.

De certa forma, com alguns reparos, foi o caminho trilhado pelo constituinte, que levou o ITBI por atos onerosos à competência municipal³⁹.

Ora, no momento em que os municípios passaram a ter o benefício da imposição sobre o patrimônio imobiliário e sobre a circulação onerosa da titularidade sobre tal patrimônio, à evidência, o espírito que norteou o artigo 33 perdeu substância, deixando de ser, o IPTU, o melhor referencial e passando a ser, pela inovação constitucional, o ITBI o melhor indicador.

A Emenda Constitucional nº 5, de 21.11.1961, transferiu o imposto territorial rural aos municípios de cuja competência os retirou o art. 1º da Emenda Constitucional nº 10, de 9 de novembro de 1964, para entregá-lo à União, que destinaria o produto aos municípios onde estejam localizados os imóveis sobre os quais incida tributação. O objetivo dessa Emenda consistiu em armar a União de potente instrumento de política fiscal para a reforma agrária e combate aos latifundiários improdutivos.

Na competência da União mas com a entrega da arrecadação aos municípios, permanece esse tributo, por força dos arts. 21, III, e 24, item I, da Emenda nº 1, de 1969. O produto arrecadado é entregue ao município de situação do imóvel" (*Direito Tributário Brasileiro, 10ª ed.*, Forense, 1981, p. 46).

38 Marco Aurélio Greco ensina: "O segundo imposto que o município recebe na nova Constituição é o imposto de transmissão inter vivos para os atos a título oneroso. Qual o sentido dessa discriminação? Houve uma partilha na competência estadual. Pela E. C. 1/69, os Estados têm ITBI, o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis, que atinge as transmissões de imóveis inter vivos e *causa mortis*, a qualquer título. O produto da arrecadação é dividido entre Estados e municípios. A Constituição nova que faz? Ao invés de partilhar o produto da arrecadação, ela partilha a própria competência, ao prever que: transmissão inter vivos de caráter oneroso de imóveis fica com o município do local da situação do imóvel. Transmissão *causa mortis* e doações ficam com o Estado, só que além de ser *causa mortis* de imóveis, passa a ser de quaisquer bens ou direitos" (*A Constituição Brasileira*, pp. 337/338/339).

39 O artigo 156, inciso II, da Constituição Federal tem a seguinte dicção: "Compete aos municípios instituir imposto sobre: ... II. transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição".

Por esta razão, entendo que, por decorrência lógica, em face do novo perfil constitucional do sistema tributário brasileiro, o melhor sinalizador passou a ser o ITBI municipal no que concerne aos valores tributários, sendo, pois, seu primeiro referencial, de vez que o artigo 33, quando elegeu o IPTU como primeiro referencial, fê-lo em sistema diverso do atual⁴⁰.

Entendo, pois, não-recepcionado o artigo 33 da lei nº 4.476/84 no que concerne a referência ao IPTU, como primeiro indicador, em uma interpretação mais conservadora.

A matéria, todavia, comporta uma outra inteligência que passo a expor.

É de se perguntar, se, à falta de lei indicando o ITBI, sua adoção para servir de referencial à incidência das custas seria impossível.

Entendo que não. O verdadeiro valor que serve de base ao cálculo às custas é o valor da operação sendo os demais indicadores supletivos, na medida em que haja suspeita de subavaliação de valores para efeitos de arrecadação menor dos tributos⁴¹.

40 E houve compensação para os Estados pela perda do ITBI, conforme salienta Alcides Jorge Costa: "Nessa nova Constituição, os Estados vão ter o imposto de transmissão *causa mortis* e doação; depois, volto a cada um em particular. Vão ter também o ICM e Imposto sobre Prestação de Serviços de transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, o Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores e vão receber ainda um adicional de até 5% do que for pago à União por pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas nos respectivos territórios a título de Imposto de Renda incidente sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital. Além disso, os Estados têm ainda um Fundo de Participação maior do que existia até hoje, porque esse Fundo vai ser suprido com 21,5% da arrecadação do Imposto de Renda e do IPO. E, além disso, 10% da arrecadação do IPI vão ser distribuídos entre os Estados na proporção da exportação dos produtos industrializados que fizerem. Nesta transferência, nenhum Estado poderá receber mais de 20% do fundo e quando um chegar a 20% o resto será rateado entre os demais. De início, quero salientar uma dificuldade. Estamos em vias de ter essas famosas ZPE's. Será que a exportação das ZPE's vai entrar no cálculo da participação desses 10% de IPI? A rigor não deveria, esta é a minha opinião, mas estou apenas levantando o problema" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6º vol, tomo I, Saraiva, 1990, p. 348).

41 Hugo de Brito Machado ensina: "Não se há de questionar, aqui, o significado da expressão *base de cálculo do tributo* no plano metajurídico. Nem no plano jurídico relativamente ao Direito estrangeiro. Cuida-se de investigar o sentido dessa expressão no *Direito positivo brasileiro*. Isto limita o campo de investigação, que há de ser apenas o ordenamento jurídico brasileiro, e autoriza uma postura rigorosamente jurídica.

Segundo Alfredo Augusto Becker a base de cálculo é o *núcleo* da hipótese de incidência tributária e confere o gênero jurídico do tributo. Já o professor Geraldo Ataliba considera base de cálculo a *perspectiva dimensional da hipótese de incidência*, mas prefere, para designá-la, a expressão *base imponível*, esclarecendo: "É que a base imponível é insita à hipótese de incidência. É atributo essencial, que, por isso, não deixa de existir em caso algum. Ora, acontece que em inúmeras taxas não há cálculo algum a ser feito, assim como em alguns — embora raros — impostos". Para Rubens Gomes de Sousa a base de cálculos é o "elemento financeiro" do fato gerador, que não é estérno à relação jurídica entre fisco e contribuinte, mas integrante dela. Sebastião de Oliveira Lima, por seu turno, em sua excelente monografia sobre o fato gerador do imposto de importação, estuda a base de cálculo e a alíquota em capítulo intitulado "O Aspecto Quantitativo" (*Caderno de Pesquisas Tributárias*, nº 7, Ed. Resenha Tributária / CEEU, 1982, pp. 117/118).

Ora, se o próprio ITBI oferta a base de cálculo para seu recolhimento, nada mais natural que esta base de cálculo e o valor correspondente à incidência sejam aqueles que reflitam o real valor da operação. O critério de buscar-se, em primeiro lugar, o real valor da operação e apenas, vicariamente, valores supletivos não é em nada prejudicado pela escolha do ITBI, visto que este é o que melhor exterioriza o primeiro critério, que é a determinação do valor real da operação.

Não haveria, de rigor, falta de lei para sua adoção, mas indicador adequado e oficial para medir o primeiro dos critérios determinados pelo artigo 33, a saber, o valor real ou o mais aproximado da operação. Implicitamente, o artigo 33 já possuía reserva legal para hospedar o sinalizador oficial que, de rigor, apenas fortalece aquele determinado pelas partes nas operações reais.

Por fim, deixo de tecer considerações maiores sobre o princípio da isonomia, por já ter sobre ele me manifestado nos livros *O Sistema Tributário na Constituição de 1988* e *Comentários à Constituição do Brasil* (vol. VI, tomo I), ao analisar o inciso II do artigo 150 e artigo 151 da Constituição Federal, ambos assim descritos:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios: 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”;

“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;”⁴².

⁴² Escrevi: “No texto, a isonomia é ampla e não-limitada como no Direito pretérito.

O inciso II tem redação melhor que o Direito anterior, pulverizado pelas variadas competências impositivas, embora pior que a do anteprojeto preparado pelo IASP / ABDF.

O tratamento desigual entre contribuintes, que se encontrem em situação equivalente, é proibido. Resta saber o que a doutrina consagrará como situação equivalente. Dois produtores de calçados, por exemplo, um na Zona Franca de Manaus, outro em São Paulo, recebem tratamento tributário desigual, embora estejam em situação não-apanas equivalente, mas idêntica. Produzem sapatos. A teor do que dispõe o referido inciso, a ocupação profissional ou função exercida pelos dois fabricantes de sapatos, no exemplo dado, inibe o tratamento desigual, proibindo o constituinte que a

Passo, agora, a responder, de forma sucinta, as questões apresentadas.

1) Para efeitos da resposta pretendida, por "último lançamento" pode-se entender aquele da notificação primeira para pagamento do imposto, de uma só vez, ou em parcelas, havendo corrente doutrinária que admite corresponder cada parcela a um lançamento particular. Tal discussão, para o presente parecer, é despicienda, na medida em que os "valores tributários" do último lançamento só podem ser aqueles valores corrigidos para a data em que são devidos os emolumentos, custas e contribuições.

2) Respondida na questão anterior.

denominação jurídica ofertada seja estratagem adotada para se criar a diferença, mesmo à luz do artigo 151 da Constituição Federal.

À evidência, mister se fará a interpretação do que seja ocupação profissional, visto que o conceito de "função" já foi conformado no Direito Privado, Administrativo e Processual, pela doutrina e pela jurisprudência.

Entendo que, por ocupação profissional, não se deva entender apenas o exercício profissional de uma atividade por pessoa física, mas toda a atividade que implique uma atuação profissional de pessoas físicas ou jurídicas.

Por esta linha de raciocínio, a diferença inexistente em relação aos fabricantes de sapatos.

A dicção do art. 40 das Disposições Transitórias é a seguinte: "Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de 25 anos, a partir da promulgação da Constituição.

§ único. Somente por lei federal podem ser modificados os critérios que disciplinaram ou venham a disciplinar a aprovação dos projetos na Zona Franca de Manaus".

Ora, como os incentivos fiscais federais existem e instituem tratamentos diversos, inclusive em nível constitucional, como consta do artigo supratranscrito, entendo que, na interpretação do texto constitucional, aquele contribuinte que se sentir lesado poderá contestar em juízo o tratamento diferenciado instituído pelo mesmo poder tributante, pleiteando obter idêntico privilégio, por força do dispositivo mencionado.

Em outras palavras, garantindo o artigo 151 estímulos fiscais para promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país, de um lado, e não permitindo tratamento diferencial de outro, o que o constituinte teria efetivamente assegurado foi a extensão dos mesmos incentivos a outras regiões.

Desta forma, se conciliaria a integração de ambos os textos em um benefício outorgado ao contribuinte, a partir da extensão do benefício regional aos pagadores de tributos de outras regiões, não sendo, pois, esta uma interpretação desavisada.

A interpretação, todavia, que me parece deva prevalecer é a de que o artigo 151 funcionaria como uma espécie de exceção ao princípio do inciso II, com o que o exemplo indicado não implicaria necessariamente uma violação do texto constitucional.

Em favor desta interpretação situa-se a própria inexistência de qualquer exceção no texto anterior, sem que os incentivos fiscais outorgados tivessem sido considerados inconstitucionais pela jurisprudência pátria.

A favor da interpretação da outra corrente está a leitura da expressão "proibida qualquer distinção", que constitui uma vedação absoluta a tratamento diferencial, com o que o benefício do artigo 151 automaticamente estender-se-ia aos iguais do artigo 150 inciso II.

Resta contra o argumento a colocação de que a igualdade diz respeito à equiparação da desigualdade e que o tratamento, a que se refere o constituinte, destina-se àqueles que estão na mesma situação, excepcionados os estímulos do artigo 151. Em última análise, o princípio da igualdade implicaria o tratamento desigual dos desiguais" (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 6, tomo I, ob. cit. pp. 149/150/151/152).

3) Entendo que sim. Até porque espelha melhor o primeiro dos critérios, que é o valor real da operação.

4) O valor venal dos imóveis deve ser considerado aquele valor venal corrigido pelos indexadores oficiais, à data do pagamento dos emolumentos e custas.

5) Sim, por força de serem os emolumentos e custas tributos da espécie "taxa" e o artigo 150, inciso II, proibir tal diferença.

6) Sim, nos termos da resposta anterior.

7) Pelos motivos expostos no início do presente trabalho, deixo de responder esta questão.

S.M.J.

São Paulo, 22 de novembro de 1990

**OS QUATRO FUNDAMENTOS MAIORES DA ORDEM
CONSTITUCIONAL — NÃO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO
DE 1988 DO PROCESSO DAS LIQUIDAÇÕES EXTRAJUDICIAIS
DO D.L. 2.324/87 (ARTIGO 14) POR INCOMPATÍVEL COM A
GARANTIA DE SEU ARTIGO 5º, INCISO LV —
INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO QUE
DECRETOU A LIQUIDAÇÃO DO BANCO DO ESTADO DO
PIAUI S.A. E DO BEP — CRÉDITO IMOBILIÁRIO S.A. —
PARECER**

CONSULTA

O consulente, Estado do Piauí, pergunta-me, por intermédio de seu eminente advogado Francisco Cesar Asfor Rocha, se a liquidação extrajudicial do Banco Estadual e do BEP — Crédito imobiliário S.A, ambas instituições sob seu controle acionário, determinada em 20 de setembro de 1990 pelo servidor público do Banco Central, dr. Ibrahim Eris, seu presidente, seria constitucional. A questão é posta à luz da autonomia federativa consagrada na Lei Suprema e em face da inexistência do devido processo legal, bem como dos reflexos negativos produzidos sobre o sistema financeiro pelo Plano Brasil Novo, cuja duvidosa constitucionalidade principia a não-receber sustentação no Poder Judiciário, em suas diversas instâncias. Pergunta-me, também, se haveria responsabilidade civil da União pelos danos causados ao Estado do Piauí por tal expediente, e se a União, em tendo que arcar com os prejuízos materiais e indenização por atingir a imagem do governo do consulente, deveria ressarcir-se em ação regressiva contra o funcionário ou funcionários do Banco Central, deflagradores do processo. Esclarece que a instituição estava sob administração temporária daquela entidade reguladora do mercado financeiro, há longo tempo, período em que a sua situação, em vez de melhorar, foi agravada, sem possibilidades maiores de gestão independente de sua parte, manietada que estava pela insuficiente direção do banco liquidante.

RESPOSTA

A atual Constituição brasileira é prenhe de defeitos, que, em conferências, livros e artigos, procurei enfatizar, objetivando reflexão nacional sobre os pontos a serem revistos em 1993¹.

É todavia, uma Constituição com muitos méritos, manifestamente democrática e voltada para a sociedade mais do que para o Estado.

A Constituição de 1988 quebra autoritária tradição legislativa, iniciada em 1964 com o Ato Institucional nº 1, que introduziu diversas emendas à Constituição de 1946, e com a Constituição de 1967, que, por sua vez, recebeu 27 emendas até 5 de outubro de 1988.

No sistema constitucional anterior, a nota dominante residia na visão de seus autores de que o povo não estava preparado para exercer a escolha dos gestores maiores do país, razão pela qual, por intrincado sistema de prevalência dos interesses dos detentores do Poder sobre as aspirações da nação, caberia aos governos determinarem o que seria bom ou mau para a sociedade, sem necessariamente consultá-la a respeito².

1 Na palestra inaugural, que pronunciei no II Fórum Jurídico da Fundação Dom Cabral e da Academia Internacional de Direito e Economia, disse:

"As legislações complementares e as legislações ordinárias respeitarão determinados princípios, mas a interpretação do Direito não será mais tarefa dos constituintes. No campo da interpretação do texto produzido, apenas nós, os juristas, poderemos atuar. Nesta ação reside minha esperança, a esperança de uma interpretação moderada, adequada, buscando o espírito da nacionalidade em cada dispositivo e não o espírito, às vezes preconceituoso e pequeno, deste ou daquele grupo interessado que, em determinado momento, tenha assumido o controle de determinadas áreas da Constituinte. Sou otimista, porque sei que, em nível de Direito, da formação jurídica do bacharel, que tem necessariamente uma visão mais universal que as outras profissões, haverá um ingente, um difícil trabalho de adequação desta Constituição, buscando as raízes da nacionalidade na interpretação que possibilitará, possivelmente, a redução sensível dos males que o texto frio da lei poderia acarretar a todos nós. Por essa razão, ao terminar, eu, pessimista em relação ao texto, sou otimista em relação àqueles que vão interpretá-lo e aplicá-lo. E, principalmente, na posição sempre serena do Poder Judiciário, porque, na verdade, estou convencido de que, a partir de agora, a grande nação que o Brasil deve ser, dependerá não mais dos Constituintes, mas daqueles que, como nós, têm sua vocação voltada para o Direito e fazem do ideal de justiça o seu grande ideal de vida. Era o que tinha a dizer" (*A Constituição Brasileira 1988 — Interpretações*, Forense Universitária, 1988, p.8).

2 Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim analisa o início da nova ordem:

"Outorgou então a Revolução por seu comando supremo, representado pelos comandantes-em-chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, o Ato Institucional de 9 de abril de 1964. A finalidade deste Ato estava definida em seu preâmbulo, no qual os comandantes-em-chefe referidos declaravam: "Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo, como nas suas dependências administrativas". Com efeito, essa constituição outorgada, que era o Ato Institucional de 9 de abril, cuidou de manter vigente a Constituição de 1946 com as modificações que introduzia. Estabelecia que a eleição

À evidência, dos primeiros atos institucionais às sucessivas emendas à Constituição, na década de 80, houve sensível abrandamento de tal visão elitista, que terminou por desaguar na E.C. n.º 26/85, geradora de uma Assembléia Nacional Constituinte, a meu ver, não-originária, mas derivada, à falta de ruptura institucional para sua convocação.

E a Constituição resultante, de rigor, transformou-se na desembocadura das grandes aspirações do povo, nada obstante as imperfeições detectadas e denunciadas por parcela considerável dos juristas brasileiros³.

Ora, a evidente conquista de uma Carta Magna, que recolocava o Estado a serviço da sociedade e não a sociedade a serviço do Estado, teria que possuir algumas características diferenciadas a marcar o perfil de um Brasil Novo constitucional e não apenas, por razões políticas, de um Brasil Novo circunstancial.

Detecto, de rigor, quatro grandes vertentes de conquistas, no novo texto.

A primeira delas diz respeito à Federação. Saiu esta fortalecida com a nova Constituição. A teoria do planejamento centralizado, pela qual as unidades federativas submeter-se-iam à superior força da União, foi substituída pela descentralização política, administrativa e financeira real, reduzindo-se os casos de intervenção federal, alargando-se aqueles expressos de competência legislativa concorrente, criando-se novos impostos a favor de Estados e municípios, reduzindo-se a competência impositiva da União, sobre elevar-se o nível de participação, nas receitas federais, das demais pessoas jurídicas

do presidente e do vice-presidente da República para completar o mandato iniciado por Jânio Quadros seria feita pelo Congresso Nacional e por maioria absoluta. Ampliava a competência do presidente dando-lhe iniciativa em matéria de emenda à Constituição (art. 3º), o que lhe era negado pela Constituição de 1946. Permitia-lhe enviar projetos de lei ao Congresso que deveriam ser apreciados no prazo de trinta dias para cada uma das Câmaras, sob pena de serem tidos por aprovados pelo mero decurso desse prazo (art. 4º). O mais significativo, porém, nesse Ato era conceder ele aos comandantes-em-chefe das três Forças, até a posse do novo presidente, e a este durante os sessenta dias imediatamente subsequente à sua posse, o poder de cassar mandados e de suspender direitos políticos por dez anos, excluída a apreciação judicial de tais atos (art. 10). Com isso se abria caminho para a depuração que se estimava indispensável para assegurar o bom funcionamento das instituições democráticas" (*Comentários à Constituição Brasileira*, E. Saraiva, 1986, pp. 16/17).

3 No retrocitado Fórum Jurídico, em que se examinou todos os capítulos da Constituição Federal, os conferencistas, a saber: José Francisco Rezek, Celso Ribeiro Bastos, Cássio de Mesquita Barros, Oscar Dias Corrêa, José Alfredo de Oliveira Baracho, Walter Costa Porto, Aires Fernandino Barreto, José Cretella Júnior, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Michel Temer, Divaldo Suruagy, Ives Gandra da Silva Martins, José Carlos Moreira Alves, Sydney Sanches, Antonio de Pádua Ribeiro, Carlos Mário da Silva Velloso, Amaury Mascaro Nascimento, Américo Masset Lacombe, José Paulo Sepúlveda Pertence, Roberto Rosas, Ney Prado, Gilberto de Ulhôa Canto, Hamilton Dias de Souza, Alcides Jorge Costa, Marco Aurélio Greco, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Geraldo de Camargo Vidigal, Raul Machado Horta, Edvaldo Brito, Octávio Bueno Magano, Cáo Tácito e José de Castro Bigi, alertaram para tais imperfeições (*A Constituição Brasileira 1988 - Interpretações*, ob. cit.).

federativas. Por outro lado, o município passou a integrar - exemplo único nos modelos de Estado conhecidos - a Federação brasileira⁴.

As próprias hipóteses de intervenção da União foram reduzidas a casos extremos e "em dicção vedatória", visto que o discurso começa a proibir a intervenção para depois abrir as exceções "excepcionalíssimas", entre as quais não se encontra aquela na administração financeira, a não ser, após dois anos, para Estados que não paguem *dívida fundada*, salvo motivo de força maior, ou ainda que deixem de repassar aos municípios a parcela a que têm direito nas rendas fiscais da Unidade maior⁵.

4 Celso Ribeiro Bastos ensina: "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 o só 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 equivocarmo-nos na tarefa de compreensão da exata inserção do município naquele quadro institucional: é de 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 volume, Saraiva, 1988, pp. 232/233).

5 O artigo 34 da Constituição Federal tem o seguinte discurso:

"A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

I. manter a integridade nacional;

II. repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

III. pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV. garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

V. reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de 2 anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;

VI. prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

VII. assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta".

E, logicamente, a intervenção segue o processo legal exposto no artigo 36 da Constituição Federal, nos termos seguintes:

“A decretação da intervenção dependerá:

I. no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;

II. no caso de desobediência à ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral;

III. de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII;

IV. de provimento, pelo Superior Tribunal de Justiça de representação do Procurador-Geral da República, no caso de recusa à execução de lei federal.

§ 1º O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de 24 horas.

§ 2º Se não estiver funcionando o Congresso Nacional ou a Assembléia Legislativa, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de 24 horas.

§ 3º Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

§ 4º Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal.

O presidente do Banco Central — que, à nitidez, pertence ao terceiro escalão de governo, posto que, para mim, no primeiro escalão encontra-se um homem só, o presidente; no segundo, os ministros de Estado e no terceiro, funcionários do nível do presidente do Banco Central — é autoridade

legitimada constitucionalmente para decretar qualquer espécie de intervenção, como se verá mais adiante⁶.

O primeiro princípio, portanto, que resultou fortalecido na atual Constituição, é o da descentralização administrativa, política e financeira da Federação, que torna mais fortes os Estados e os municípios e mais fraca a União, na busca de um maior equilíbrio entre as diversas esferas do poder.

O segundo princípio é o do fortalecimento do Poder Judiciário, do Ministério Público e da advocacia.

Não só o Poder Judiciário passou a ter suas estruturas mais condizentes com a independência que deve possuir nos sistemas democráticos de Estados de Direito, como a autonomia administrativa e financeira alargada trouxe-lhe a segurança necessária para poder prestar assistência jurisdicional, sem riscos e receios, o que não ocorrera nos primeiros anos, após a revolução de 1964.

Mais do que isto, o tripé da justiça saiu fortalecido. O Ministério Público independeu-se da tutela inconveniente do Poder Executivo, que, muitas vezes, reduzia sua autonomia e independência. E a advocacia, pela primeira vez, foi reconhecida como elemento indispensável à administração de justiça, sendo o advogado inviolável em seu exercício profissional e na defesa das instituições jurídicas do país⁷.

6 É, de resto, a opinião de Pinto Ferreira, ao dizer: "O art. 34 da vigente Constituição de 1988 menciona os casos em que pode a União intervir para a defesa do regime federativo.

É necessário manter a estrutura material, política e constitucional do país, garantindo o sistema de vida assegurado à União e aos Estados-Membros pela própria Lei Magna, a intervenção se realizando justamente a fim de amparar tal sistema de vida. *É claro que a União não deverá nunca intervir nos negócios próprios dos Estados, que decorram de sua autonomia imposta pela própria Constituição, pois o regime federativo também exige o respeito à autonomia constitucional das unidades federativas.*

Somente nas hipóteses consideradas na Lei Magna é que se permite a coação federal a fim de obrigar os Estados-Membros ao cumprimento dos seus deveres constitucionais. Tais medidas de coação federal se justificam a contento para manter a própria unidade nacional" (grifos meus) (*Comentários à Constituição Brasileira*, 2º volume, Saraiva, 1990, pp. 308/309).

7 O artigo 133 da Constituição Federal está assim redigido:

"O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei",

assim comentado pela equipe da Price Waterhouse:

"Antes da Constituição atual já havia a previsão da incumbência do advogado de defender a ordem jurídica e a Constituição da República, pugnar pela boa aplicação das leis e rápida administração da justiça, bem como contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas (art. 87, I, da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963), reconhecida, portanto, a importância da atuação advocatícia para a administração da justiça. O art. 133 da Constituição, entretanto, eleva a atuação profissional do advogado à condição de indispensável à administração da justiça, garantindo-lhe inviolabilidade por seus atos e manifestações, enquanto nos limites estabelecidos em lei" (*A Constituição do Brasil 1988*, Price Waterhouse, 1989, p. 593).

Por esta razão, a tentativa do presidente Collor, por sucessivas medidas provisórias, de se tornar chefe do Poder Judiciário, proibindo-o de dar seqüência às suas decisões até o trânsito em julgado das mesmas, restou frustrada, visto que não só o STF já, por duas vezes, em *liminares*, considerou inconstitucionais as medidas provisórias, como os juízes continuam desconhecendo-as — no que agem com rigoroso espírito científico e respeito à ordem legal — ofertando prestação jurisdicional sempre que o Plano Brasil Novo, pela sua canhestra veiculação legislativa, violenta a lei suprema. Muito embora, o presidente da República continue a revestir-se das funções constitucionais de Poder Executivo e precárias de Poder Legislativo, tornando este um Poder inútil, não obteve êxito em também assumir a força do terceiro Poder, de longe o mais importante deles, pois que o único com a função de julgar, não só o presidente da República e seus auxiliares, como os parlamentares do país. E, de resto, o mais preparado para o exercício de suas funções⁸.

8 O Ministro Antonio Pádua Ribeiro, ao discursar na solenidade de aniversário do Superior Tribunal de Justiça disse ao presidente Collor, presente, que: "Por isso mesmo começou a funcionar com a naturalidade de velho Pretório, absorvendo as melhores tradições de escorreito exercício da jurisdição, ao inserir-se, na nova ordem constitucional, em posição proeminente. Daí que, na sua atuação, jamais perderá de vista que, como órgão do Poder Judiciário, cabe-lhe, com absoluta limpidez, desempenhar a sua atividade com cívica aversão a tudo que a conspurque ou comprometa. Convém lembrar que a Constituição em vigor é expressa ao dizer que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O texto é mais amplo do que o anterior, dele resultando de forma cristalina que nenhuma lei, seja ordinária ou complementar -inclusive medida provisória- tem validade se, dispondo sobre o exercício da função jurisdicional, subtrair-lhe do exame a lesão ou ameaça de lesão e direito.

No Estado democrático é imperioso que os governantes e os cidadãos estejam sempre imbuídos do sentimento jurídico. O desrespeito à ordem jurídica traz graves seqüências, pois desmoraliza o princípio da autoridade, encarnado pelo Executivo, avilta o Poder Legislativo, que exprime os anseios de liberdade do povo, desmoraliza o Judiciário, atingindo a sua razão de existir.

Aliás, os desvios de rota do Poder Judiciário haviam sido identificados por Montesquieu como profundamente comprometedores do direito à liberdade, ao dizer: "Não há liberdade se o poder de julgar não está separado do Legislativo e do Executivo. Se ele está junto do Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário, pois o Juiz será legislador. Se ele está junto ao Poder Executivo, o juiz poderá ter a força de um tirano".

No nosso sistema institucional, a garantia jurídica, em última análise, é a concedida pelo Judiciário, Poder independente como os outros dois, com os quais deve atuar harmonicamente. Os lindes dessa harmonia são os definidos na Lei Maior e nas regras de cortesia. No corpo humano, quando os seus órgãos essenciais adoecem, toda a sua funcionalidade é abalada. No Estado, quando um Poder extravasa o exercício das suas atribuições, o seu âmago é atingido, ensejando o surgimento de graves moléstias seriamente comprometedoras da paz social. Todos recordam-se de que, neste país, até data bem recente, a hipertrofia do Poder Executivo provocou sensíveis desequilíbrios atentatórios às liberdades públicas e impedientes ao fortalecimento das instituições democráticas.

No quadro descrito, o Poder Judiciário, no exercício das suas atribuições, não presta vênias aos demais Poderes, nem deles as recebe, mas apenas à Constituição e às leis que com ela se conformem. Cinge-se a fazer justiça sempre que, concretamente, seja invocada a tutela jurisdicional do Estado" (*O Plano Brasil Novo e a Constituição*, Forense, 1990, pp. 6/7).

Não ficou, todavia, — e já entro a examinar o terceiro aspecto — apenas na sua estrutura o fortalecimento do Poder Judiciário e da nação. Manifesta-se também nos instrumentos processuais, visto que novos veículos de tal natureza foram introduzidos, entre eles a ação direta de inconstitucionalidade, inclusive por omissão, com impacto maior que no direito anterior, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo, medidas judiciais que objetivam acelerar a administração da justiça e evitar os efeitos danosos que governos irresponsáveis possam causar, atalhando não só os atos administrativos, arbitrários e ilegais, como aqueles de natureza legislativa⁹.

Foi, portanto, a cidadania, fortemente favorecida, na medida em que seus direitos ficaram mais claramente expostos e a defesa dos mesmos facilitada pelos novos mecanismos legais. Não é despiciendo lembrar que, pela nova Constituição, são os direitos e garantias individuais consideravelmente maiores que do texto anterior, inclusive o direito à imagem, à boa fama, que deve ser ressarcido quando atingido por qualquer autoridade, mormente se, levemente, faz acusações às pessoas sem provas suficientes, com intuito de intimidá-las.

Está o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal assim redigido.

“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:

...

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

9 Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci ensinam: “A Constituição é o primeiro e, obviamente, o mais importante texto legal de um ordenamento jurídico.

Por isso que reclama, sempre, a imperatividade de seus preceitos e a prevalência deles sobre os demais atos legislativos de categoria hierárquica inferior.

Do contrário, aliás, seriam vãos, ilusórios, os direitos e garantias estabelecidos na Lei Maior do país. Conseqüentemente, torna-se necessária a criação de mecanismos eficazes para conter o legislador ordinário e a Administração Pública, com a predominância das normas constitucionais. Até porque — deve ser complementado — se as demais leis e atos normativos do Poder Público não se conformarem com os preceitos da Carta Magna, serão inconstitucionais” (*Constituição de 1988 e Processo*, Saraiva, 1989, p. 100).

Sendo este apenas um, da longa relação de direitos e garantias dos cidadãos, que cabe aos governos respeitar, com risco de poderem ser responsabilizados, civil e criminalmente, se não o fizerem¹⁰.

A autonomia do Judiciário alargada, a advocacia e o Ministério Público com sua atuação realçada, o devido processo legal, definitivamente, vedatório a qualquer impedimento de acesso à Justiça e exigindo o contraditório, assim como o elenco de direitos e garantias assegurado ao cidadão, — demonstrando que é ele quem deve ser servido pelos governos e não os governos por ele, cidadão, como ocorria à época dos senhores feudais e dos escravos da gleba — fatalmente teriam que desaguar, como desaguaram, numa maior responsabilização do Estado¹¹.

A quarta característica, portanto, da nova ordem constitucional é a de que os administradores públicos são pessoalmente responsáveis pelos males causados à sociedade ou à ordem jurídica, em escala consideravelmente maior do que no texto anterior.

O § 6.º do artigo 37 da Constituição Federal tem o seguinte discurso:

“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”

10 José Cretella Júnior assim se manifestou sobre o dispositivo:

“Em qualquer das hipóteses anteriores -violação da intimidade, da vida privada, da imagem- haverá dano, maior ou menor. Demonstrando o dano e nexa causal, o agente é patrimonialmente responsável pelos prejuízos a que deu origem.

E por que? Porque todo bem inviolável, constitucionalmente ou legalmente, se objeto de violação, acarreta sanções que, nesse caso, se traduzem em indenizações pelos danos causados.

A lesão à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem traz, necessariamente, dano material a determinadas pessoas, pelo que o dispositivo constitucional possibilita a indenização pelo dano sofrido. A reparação pelo dano causado reveste-se de duas modalidades, podendo ser em dinheiro (*in pecunia*) ou em espécie (*in natura*), consistindo a primeira, designada pelo nome técnico de indenização, na entrega à vítima de quantia certa, equivalente ao dano sofrido, consistindo a segunda em fazer com que, se possível, em alguns casos, as coisas retornem ao estado anterior (*status quo ante*), em que se achavam antes da ocorrência da violação” (cf. Jean Rivero, *Droit administratif*, 12.ª ed., Paris, E. Dalloz, 1988, p. 346)” (*Comentários à Constituição 1988*, vol. I, Forense, 1989, p. 259).

11 “It is not our military might or our higher standard of living that has most distinguished us from our adversaries. It is our belief that the state is the servant of the citizen and not his master” Presidente Kennedy - 1962” (*Direito Tributário*, Bushatsky, 1972, p. 89).

Reproduzindo, em espectro mais abrangente, o artigo 107 do texto pretérito¹².

Os administradores, por dolo ou culpa (negligência, imperícia, omissão etc.), podem vir a ser responsabilizados pelos danos que causarem, tendo que ressarcir, com seus próprios recursos, os males causados à sociedade e ao Estado. Como o elenco dos direitos é maior e a enunciação dos agentes do Poder Público, também, mais extensa, à evidência, as autoridades necessitam conhecer, hoje, melhor o Direito, para que, nem por dolo, nem por culpa, venham a ser responsabilizadas na gestão da coisa pública¹³.

Atualmente, o Estado está obrigado a agir com muito mais atenção e cautela que no passado, para que seus atos não violentem direitos da sociedade e para que não venha a ser responsabilizado por sua ação. E, talvez, em nenhuma outra área, a ação menos responsável de qualquer autoridade possa ser tão danosa à sociedade, como naquela da administração da política monetária da União.

Um último aspecto merece ser relevado, antes de passar a responder, perfunctoriamente, a consulta, em face do limitado espaço de tempo que me foi demandado para elaborar este parecer (24 horas): é o de que toda a legislação passada que não se coaduna com as quatro vertentes da nova lei magna, não foi por esta recepcionada, razão pela qual os atos administrativos que nela se alicerçam, sobre serem inconstitucionais, podem provocar o efeito indenizatório que atingirá o Estado e, por decorrência, o servidor público, subscritor dos mesmos¹⁴.

12 O artigo 107 da Emenda Constitucional nº 1/69 tem a seguinte dicação:

“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”.

13 Cáo Mário da Silva Pereira preleciona: “O direito positivo brasileiro consagra a teoria do risco integral ou risco administrativo (Supremo Tribunal Federal, *in* RTJ, 55/50; TFR *in* Revista Forense, vol. 268/2). O art. 37, § 6º da Constituição de 5 de outubro de 1988, repetindo a política legislativa adotada nas disposições constitucionais anteriores, estabelece o princípio da responsabilidade do Estado pelos danos que os seus agentes causem a terceiros. A pessoa jurídica de direito público responde sempre, uma vez que se estabeleça o nexo da causalidade entre o ato da Administração e o prejuízo sofrido (Revista dos Tribunais, vol. 484, p. 68). Não há que cogitar se houve ou não culpa, para concluir pelo dever de reparação. A culpa ou dolo do agente somente é de se determinar para estabelecer a ação de *in rem verso*, da Administração contra o agente. Quer dizer: o Estado responde sempre perante a vítima, independentemente da culpa do servidor. Este, entretanto, responde perante o Estado, em se provando que procedeu culposa ou dolosamente. Não importa que o funcionário seja ou não graduado (Washington de Barros Monteiro, Curso, vol. 5, p. 108). O Estado responde pelo ato de qualquer servidor (Revista dos Tribunais, vol. 169/273; vol. 224/222; Vols. 227/203; 230/123; 234/268, 238/172; 247/491, Revista Forense, vol. 146/320). O Dr. Edson Ribas Malachini sustenta a necessidade da denunciação da lide (Revista Forense, vol. 293, p. 43)” (*Responsabilidade Civil*, Forense, 1990, pp. 142/143).

14 Apenas a ordem anterior compatível com a nova ordem é por esta recepcionada. Michel Temer ensina: “A ordem constitucional nova, por ser tal, é incompatível com a ordem constitucional antiga. Aquela revoga esta.

Entretanto, não há necessidade de nova produção legislativa infraconstitucional.

E, neste particular, parece-me que a legislação sobre o sistema financeiro decididamente, em grande parte, não foi recepcionada pela nova ordem. O artigo 192 da Constituição Federal, ao fazer menção à lei complementar, exige a conformação do sistema por veículo de dignidade maior que a singela legislação ordinária anterior. Embora não regulado, à evidência, os pressupostos do sistema não podem ser atingidos, como aquele do § único do artigo 170, visto que, mesmo nos casos em que a exigência de autorização esteja prevista em lei — para a hipótese, a complementar — essa exigência há de objetivar apenas a determinação de capacitação e não do livre exercício profissional¹⁵.

Por outro lado, não cabe mais ao Banco Central promover liquidações extrajudiciais, por força do artigo 5º, incisos XXXV e LV, assim redigidos:

“XXXV. a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

“LV. aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (grifos meus).

Pelo primeiro, alarga-se o espectro do acesso amplo e incondicionado à Justiça, retirando-se o exaurimento das fases administrativas, como precondição, nos termos do direito pretérito. É, pois, incomensuravelmente mais amplo. Faz menção não só à lesão ao Direito, como à ameaça ao próprio Direito¹⁶.

A Constituição nova recebe a ordem normativa que surgiu sob o império de constituições anteriores se com ela forem compatíveis.

É o fenômeno da recepção que se destina a dar continuidade às relações sociais sem necessidade de nova, custosa, difícil e quase impossível manifestação legislativa ordinária.

Ressalte-se, porém, que a nova ordem constitucional recepciona os instrumentos normativos anteriores, dando-lhes novo fundamento de validade e, muitas vezes, nova roupagem” (*Elementos de direito constitucional*, 4ª ed., 1987, p.26).

15 O § único do artigo 170 da Constituição Federal tem o seguinte discurso:

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

16 Walter Ceneviva esclarece: “Como se verá no Capítulo XI, a nova Constituição ampliou a possibilidade de interferência judicial nas relações interpessoais ou com o Estado. Manteve, porém, dois de seus princípios clássicos, nos mesmos termos da Carta anterior: a lei não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (inc. XXXV) e a lei não prejudica o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (inc. XXXVI). O primeiro dos dispositivos afirma o direito à jurisdição, de maneira que a lei está impedida de criar, em nível infraconstitucional, qualquer órgão de tipo administrativo contencioso, no qual se esgote o debate, sobre qualquer lesão sofrida ou afirmada pelo interessado. O dispositivo corresponde, também, à garantia constitucional da estabilidade do Direito e à irretroatividade.

Pelo segundo, o contraditório é fundamental. Ninguém pode ser condenado, sentenciado ou processado, sem que tenha o direito a ser ouvido, apresentando sua defesa, sem limitações de qualquer natureza¹⁷.

Ora, a liquidação extrajudicial, a que faz menção o artigo 14, § 3º, do D.L. 2.321/87 representa inequívoca violação dos dois dispositivos, posto que, a avaliação — que pode ser absolutamente distorcida — da autoridade monetária pulveriza patrimônio de terceiros, sem o devido processo legal¹⁸.

Juízos e tribunais de exceção são todos os órgãos de julgamento que, podendo aplicar penas ou decidir questões por ato de força, estejam fora dos quadros constitucionais do Poder Judiciário. A Carta os veda (inc. XXXVII) e reforça o princípio do devido processo legal com o inc. LIV, trazendo, para maior clareza ainda, a regra de que ninguém é processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (inc. LIII), sendo inadmissíveis em qualquer processo, contencioso ou não, as provas obtidas por meios ilícitos (inc. LVI).

A licitude do modo de obtenção de elementos probantes levados a juízo pode ser, sempre, discutida, pois a ilicitude a invalida" (*Direito Constitucional Brasileiro*, Saraiva, 1989, p.60).

17 Manoel Gonçalves Ferreira Filho explicita:

"Contraditoriedade. O princípio do contraditório impõe a condução dialética do processo. Em outras palavras, exige que em cada passo do processo cada parte tenha a oportunidade de apresentar suas razões, ou, se for o caso, as suas provas. Implica ele, portanto, o que os processualistas denominam *par conditio* (igualdade entre as partes).

Este princípio é considerado como inerente ao caráter contencioso do processo judicial. Conhecida é a lição da doutrina mais antiga, segundo a qual a função judiciária importa em "aplicar contenciosamente a lei a casos particulares", na fórmula de Pedro Lessa (Do Poder Judiciário, § 1º). O Direito anterior, todavia, só o exprimia a propósito da "instrução criminal" (art. 153, § 15). A doutrina, porém, o considerava presente no art. 153, § 4º, implicitamente, embora (cf. Ada Pellegrini Grinover, "O princípio a ampla defesa do processo civil, penal e administrativo", *in* O processo em sua unidade — II, cit., p. 59 e s.). Hoje, claramente o princípio é enunciado a propósito de *toda e qualquer processo judicial, como é estendido aos processos administrativos*.

Ampla defesa. O princípio do contraditório traz em si um dos aspectos da ampla defesa — livre debate e livre produção de provas. O texto, porém, volta à ampla defesa porque o direito de defesa é imprescindível para a segurança individual. É um dos meios essenciais para que cada um possa fazer valer sua inocência quando injustamente acusado. Segundo o texto em estudo, se assegura "ampla defesa". Isto significa que o legislador está obrigado, ao regular o processo criminal, a respeitar três pontos: velar para que todo acusado tenha o seu defensor; zelar para que tenha ele pleno conhecimento da acusação e das provas que a alicerçam; e possam ser livremente debatidas essas provas ao mesmo tempo que se ofereçam outras (o contraditório propriamente). O primeiro ponto obriga o Estado a oferecer, ao acusado que não tenha recursos, advogado gratuito e a não permitir que se pratique ato processual sem a assistência de defensor. O segundo prescreve os processos secretos que ensejam o arbítrio (cf. Barbalho, *Constituição Federal brasileira*, p. 436). O último propicia a crítica dos depoimentos e documentos, bem como dos eventuais exames periciais que apóiam a acusação. Igualmente confere à defesa recursos paralelos aos da acusação para o oferecimento de provas que infirmem o alegado contra o réu.

Pela Constituição, foi o princípio claramente estendido ao processo administrativo, evidentemente de natureza disciplinar. Em face do direito anterior, não era indiscutida essa extensão, todavia, como aponta Ada Pellegrini Grinover; havia jurisprudência que anulava processos administrativos em que não se deram condições de defesa ao acusado (O processo em sua unidade, II, cit. pp. 64/65)" (grifos meus) (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, Saraiva, 1990, pp. 68/69).

18 O art. 14 do D.L. 2.321/87 tem a seguinte dicção: "O regime de que trata este D.L. cessará:

- a) se a União Federal assumir o controle acionário da instituição, na forma do artigo 11, letra "b";
- b) nos casos de transformação, incorporação, fusão, cisão ou de transferência do controle acionário da instituição; c) quando, a critério do Banco Central do Brasil, a situação da instituição se

Desde 5 de outubro de 1988 que o Banco Central não pode mais liquidar extrajudicialmente qualquer instituição financeira, por força dos dispositivos retrocitados, à falta do devido processo legal e do contraditório, com ampla defesa. É de se ressaltar que o inciso LV trata inclusive de processos administrativos.

E o parecer poderia parar por aqui, visto que a arbitrária ação do presidente do Banco Central resultou em clara e nítida violação de uma das garantias *fundamentais* da lei suprema do país.

Não ficou aquela autoridade, todavia, apenas nesta violação.

O Banco Central atingiu a própria Federação. Estabeleceu “intervenção branca”, vedada pela Constituição, na autonomia administrativa e financeira do Piauí, ao ponto de seus magistrados ficarem sem poder receber os vencimentos, o que exigiu a interferência do presidente do T.S.E. para que se liberem recursos para atendê-los, recursos bloqueados pela insólita intervenção maculadora da lei suprema¹⁹.

O governador do Estado foi reduzido à impotência administrativa. Apesar de representante do acionista majoritário do banco, sua condição não foi sequer ouvida. Funcionário de terceiro escalão da administração federal, sem que houvesse contraditório ou garantia de ampla defesa, retirou-lhe a instituição financeira das mãos, transferindo, inclusive, seus recursos para instituição federal. Não levou em consideração que o Banco do Piauí, cuja capilaridade no Estado é enorme (das 58 agências, 53 estão no Estado), atende às regiões mais distantes, a que nem o Banco do Brasil jamais atingiu e, à evidência, nenhum banco particular.

houver normalizada; d) pela decretação da liquidação extrajudicial da instituição.

§ 1º - Para os fins previstos neste D.L., a União Federal será representada, nos atos que lhe competir, pelo Banco Central do Brasil.

§ 2º - O Banco Central do Brasil adotará as medidas necessárias à recuperação integral dos recursos aplicados na instituição, com base no art. 9º deste D.L., e estabelecerá, se for o caso, a forma, prazo e demais condições para o seu resgate.

§ 3º - Decretada a liquidação extrajudicial da instituição, tomar-se-á como data-base, para todos os efeitos, inclusive a apuração da responsabilidade dos ex-administradores, a data de decretação do regime de administração especial temporária”.

19 José Afonso da Silva assim examina o processo de intervenção federal - o único possível no texto atual:

“Constituem pressupostos formais da intervenção: o modo de sua efetivação, seus limites e requisitos. A intervenção federal efetiva-se por decreto do Presidente da República, o qual especificará a sua amplitude, prazo e condições de execução e, se couber, nomeará o interventor (art. 36, § 1º). Há, pois, intervenção sem interventor. É que ela pode atingir qualquer órgão do poder estadual. Se for o Executivo, o que tem sido a regra, a nomeação do interventor será necessária, para que exerça as funções do governador. Se for no Legislativo apenas, tornar-se-á desnecessário o interventor, desde que o ato de intervenção atribua as funções legislativas ao chefe do Executivo estadual. Se for em ambos, o interventor será também necessário para assumir as funções executivas e legislativas” (*Curso de Direito Constitucional Positivo, Revista dos Tribunais*, 1989, p. 419).

Toda a região passou a ser discriminada. Áreas inteiras ficaram sem instituição financeira e o governo do Estado sofreu, sem ter podido se defender, intervenção federal de tal magnitude, que o próprio Presidente da República, por via constitucional, estaria proibido de fazê-la.

No caso consultado, inclusive, há a agravante no fato de que a situação difícil a que foi levado o banco, não pode ser imputada ao Governo do Estado, pois a entidade encontra-se sob administração temporária do Banco Central. Este, além de não ter sanado eventuais irregularidades — antes levando a instituição à liquidação extrajudicial — foi o responsável por aplicação da rígida e discutível política monetária do Plano Brasil Novo, também de duvidosa constitucionalidade, a qual tem dificultado a recuperação do sistema financeiro e, por decorrência, do Banco do Estado do Piauí.

Mais do que isto, noticiam os jornais que algumas instituições do próprio governo federal ou de Estados mais poderosos foram preservadas, nada obstante a situação ainda mais delicada em que se encontram, com o que outro princípio — o da isonomia jurídica — teria sido violentado pela ilegal ação do Banco Central²⁰.

Representando o Banco do Estado do Piauí, instituição do governo e do povo daquela unidade federativa, houve mais manifesta violação de direitos e garantias da população quanto a seus ativos e ao acesso ao sistema financeiro, de que foi privada nas regiões mais distantes e menos habitadas. A liquidação extrajudicial, sem o devido processo legal, sem ampla defesa, sem contraditório da instituição, que era administrada pela própria entidade liquidante, fere a terceira vertente dos princípios maiores retrocitados, qual seja, a correspondente aos direitos e garantias individuais.

Desrespeitando o devido processo legal, maculando a garantia ao contraditório e a ampla defesa, aplicando legislação não recepcionada pela nova Constituição, proibindo o acesso ao Poder Judiciário, pela assunção dos poderes administrativos na figura do liquidante, depois de ter agravado, com sua administração insuficiente, a situação do Banco, assim como violentan-

²⁰ O mestre alagoano, Pontes de Miranda, assim fala sobre o princípio da isonomia: "Princípio de Igualdade perante a Lei (Princípio de Isonomia ou de Igualdade Formal). A enumeração dos direitos fundamentais começa pelo princípio de isonomia ou princípio de igualdade perante a lei, dito, também, princípio de igualdade formal, porque não igualiza "materialmente". "Todos são iguais perante a lei". O princípio dirige-se a todos os poderes do Estado. É cogente para a legislatura, para a administração, e para a Justiça. Aliás, podem ser explicitados dois princípios: um, de igualdade perante a lei feita, e outro, de igualdade na lei por fazer-se. Não são só a incidência e a aplicação que precisam ser iguais, é preciso que seja igual a legislação. O princípio igualitário abre para o lado dos órgãos aplicadores (Poderes Executivo e Judiciário) e para o lado do órgão legislativo" (*Comentários à Constituição de 1967*, tomo IV, Forense, 1987, p. 698).

do a autonomia federativa e os direitos e garantias fundamentais, a resolução que determinou a liquidação extrajudicial é de inequívoca e flagrante inconstitucionalidade, devendo ser suspensa, via medida judicial, cabendo no caso o remédio heróico, que é o mandado de segurança²¹.

E é, neste ponto, que me parece fundamental alertar o consulente para o direito, que a Magna Carta lhe dá, de acionar a União em face dos danos evidentes que passou a ter após a notícia e a decretação da liquidação extrajudicial. A quarta vertente dos direitos e garantias ofertada pela Constituição à sociedade, é aquela de ressarcimento pelos danos à imagem e ao patrimônio provocados pelo Estado. Nada foi mais deletério e corrosivo para a imagem do consulente que a liquidação do Banco do Estado do Piauí por insuficiente administração do próprio Banco Central²².

No passado, ofertei parecer sobre a administração do Banco do Estado de Alagoas, à época em que o presidente Collor era governador daquele Es-

21 O Ministro do S.T.F. Carlos Mário da Silva Velloso ensina: "O objeto do mandado de segurança continua sendo a correção de ato comissivo ou omissivo de autoridade, marcado pela ilegalidade ou abuso de poder. São pressupostos constitucionais do instituto: a) direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas data*; b) ato praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas. Conjugado o dispositivo constitucional que cuida do mandado de segurança -inciso LXIX, do art. 5º- com aquele que estabelece o princípio da inafastabilidade do controle judiciário -inciso XXXV, do art. 5º , verifica-se que a segurança preventiva, implícita na Constituição de 1967 e explícita na Lei nº 1.533, de 1951, tornou-se, agora, expressa. De fato: o art. 5º, XXXV, da Constituição vigente, estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1988 in *Mandados de Segurança e de Injunção*, Ed. Saraiva, 1990, p. 80).

22 Hely Lopes Meirelles ensina: "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 exercam funções públicas delegadas, sob 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 a só 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 do 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" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., Revista dos Tribunais, 1990, p. 551).

tado, considerando constitucional o acordo que fizera com os usineiros, razão pela qual sem sentido a intervenção. E, em palestra que pronunciei em Maceió posteriormente, referi-me ao efeito cascata que aquela intervenção provocara, abalando a credibilidade das demais instituições estaduais. O próprio presidente Collor, no debate final com o candidato Lula da Silva, referiu-se a meu parecer para justificar a legitimidade da sua atuação e a inconsistência da intervenção²³.

Ora, o certo é que, desde aquela época, as instituições sofreram sério abalo de credibilidade, por força de atuação contestável do Banco Central, sendo que a situação atual decorreu, em grande parte, daquela ação intempestiva tomada contra o Banco do Estado de Alagoas.

Neste quadro, à evidência, é de se aplicar o preceito que obriga a União a se responsabilizar pelos danos causados por ação que provocou prejuízo à imagem e ao patrimônio do consulente.

O que releva acentuar, no art. 37, § 6º da Constituição Federal, é de que, não apenas em caso de dolo, mas de culpa, cabe ao Estado exercer o direito de regresso contra os funcionários, que lhe causaram tal prejuízo, nos termos do preceito constitucional. E o direito à ação de regresso, não é uma faculdade, mas um *poder-dever*, visto que não é justo nem legal que o Estado, que representa a sociedade, seja prejudicado, ao ter que suportar qualquer indenização, quando se torna também vítima de administradores menos competentes. A ação regressiva não é pois uma faculdade, mas um dever imposto ao Estado em relação ao causador do dano a terceiros e de prejuízo ao Erário²⁴.

Parece-me, no caso, em face dos elementos que me foram submetidos, que o Estado da Paraíba, sobre poder sustar, pela via judicial, a insólita liquidação extrajudicial, deve exigir a indenização pelas perdas que passou

23 O parecer foi publicado às páginas 91/112 do livro *Advocacia Empresarial - pareceres* (Ed. OAB-SP, 1988), prefaciado pelo então Ministro do S.T.F., Oscar Dias Corrêa.

24 Toshio Mukai explicita: "A norma contempla o tema da responsabilidade civil do Estado, que desde a Constituição de 1946 (art. 194), segundo a doutrina e a jurisprudência pátrias, é objetiva, com assento na teoria do risco administrativo (que admite excludentes: a culpa da vítima ou a força maior), e não na do risco integral (que inadmitte excludentes).

A anterior disposição correspondente à presente (E.C. nº 1/69, art. 107) apenas se aplicava às entidades públicas (União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios e respectivas autarquias). Agora o novo texto estendeu a responsabilidade objetiva (continua sendo, posto que, como anteriormente se interpretava, se somente para a ação regressiva do Estado contra o funcionário se exige a prova de culpa ou dolo, é porque para a ação da vítima contra o Estado prescindem-se dos elementos subjetivos mencionados, razão por que a responsabilidade é objetiva), aplicável aos entes públicos, a toda entidade paraestatal (redigida pelo direito privado), ou até mesmo às concessionárias e permissionárias, desde que prestadoras de serviços públicos" (*Administração Pública na Constituição de 1988*, Saraiva, 1989, p. 59).

a ter, em decorrência da administração temporária do Banco Central e da liquidação extrajudicial, com o que recomporá o patrimônio público atingido pela interferência inconstitucional do Banco Central, nas atividades financeiras de sua instituição maior.

Em face de todo o exposto, respondendo às duas questões, a saber:

1) a liquidação extrajudicial, decretada pelo Banco Central é inconstitucional, à luz da nova lei suprema

e

2) tem o consulente o direito a pedir ressarcimento pelos prejuízos materiais e imateriais que a inconstitucional ação do Banco Central produziu, com o poder-dever da União, em ação de regresso, de recuperar a indenização, que vier a ter que pagar, daqueles servidores que a causaram.

S.M.J.

São Paulo, 27 de setembro de 1990

**RESPONSABILIDADE DO BANCO CENTRAL EM ACORDOS
FIRMADOS POR LIQUIDANTE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA
SOB SUA ORIENTAÇÃO — INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 37, §
6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL — PARECER**

CONSULTA

O eminente consultor da empresa consulente, Eng.º Hélio Costa, formulame as seguintes questões:

“Em fevereiro de 1985, foi decretada a liquidação extrajudicial da instituição financeira, pelo Banco Central do Brasil. A empresa financeira tem sua sede em Porto Alegre e área de atuação nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Imediatamente, foi nomeado, pelo Banco Central, liquidante o Dr., à época funcionário do extinto BNH — Banco Nacional de Habitação.

A entidade liquidante possuía mais de 60 (sessenta) contratos de financiamento em vigor, com empresários da construção civil, para construção e/ou comercialização de aproximadamente 15 mil unidades imobiliárias.

A decretação da liquidação extrajudicial paralisou, no primeiro momento, o processo produtivo. Assim, as obras tiveram sua construção e a comercialização suspensas. Desse modo, não puderam as empresas financeiras quitar seus débitos com a liquidanda, vindo isso em prejuízo dos fundos públicos credores da massa.

Por outro lado, inúmeras empresas eram credoras do Banco por força de obrigações de financiamentos, para a geração de novos empreendimentos imobiliários e o cumprimento dessas obrigações de financiamento viabilizaria lucros às empresas, com o conseqüente pagamento de seus débitos.

Em decorrência, além do problema econômico e financeiro criado para as referidas companhias com a decretação da liquidação do Banco emergiu grande problema social. Mais de 20 delas entraram em processo falimentar e concordatário, com a despedida de centenas de empregados.

Assim, o Banco Central do Brasil, na condição de responsável pela liquidação extrajudicial, interveio para equacionar as questões que permiti-

riam a recuperação das empresas, o cumprimento dos compromissos da liquidanda e a conclusão e comercialização das obras e viabilização dos pagamentos de seus débitos.

Como ponto de partida, em 21 de maio de 1986, a Diretoria de Fiscalização do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições, considerando o interesse na recuperação dos créditos da liquidanda, a pronta conclusão e comercialização de cerca de 15 mil unidades habitacionais cujas obras foram afetadas com a liquidação, resolveu designar Comissão Integrada por funcionários do Banco Central, funcionários do BNH-Banco Nacional da Habitação e liquidante, e como convidado o presidente da Consulente, para examinar a situação das empresas devedoras da liquidanda, especialmente as sociedades de construção civil, a fim de apresentar soluções pertinentes. (Doc. 1).

Como consequência, o Banco Central do Brasil, informu tal decisão ao Sr. Liquidante em 21.5.1986, cujo expediente (Doc. 2) diz textualmente:

“Sr. Liquidante.

Levamos ao conhecimento de V. Sa. que, por despacho desta data, do Exmo. Sr. Diretor de Fiscalização desta Autarquia Federal, foi constituída a Comissão Especial destinada a estudar, adotar providências e encontrar soluções para o recebimento dos créditos desta Liquidanda junto às empresas da construção civil do Estado do Rio Grande do Sul, responsáveis por quinze mil imóveis, em obras atualmente paralisadas, e que constituem a garantia dos créditos dessa sociedade”.

A Comissão, após exaustivos trabalhos, concluiu seu relatório e apresentou soluções para o equacionamento de cada caso (Doc. 5).

Em 7 de março de 1988, através da nota DIFIS-88/065, novo relatório das atividades desenvolvidas tratou com pormenor a estratégia adotada para o trabalho efetuado. (doc. 3).

A determinação do Banco Central do Brasil, no sentido de que se implementassem as soluções alvitadas, fez com que, de imediato, a instituição financeira, em liquidação extrajudicial, celebrasse com empresas construtoras, contratos de financiamento à construção e comercialização de imóveis, previstos nos trabalhos conjuntos efetuados.

Assim, dentre outros, foram firmados os seguintes instrumentos:

DATA	EMPRESA	OBJETO
1.9.1988		Assunção de Compromissos recíprocos;
1.9.1988	”	Aditamento a Contrato de Consolidação de dívida em pacto adjeto de hipoteca, para prorrogação de prazo, concessão de novos recursos financeiros e outorga de garantias hipotecárias;
14.2.1989	”	Termo Aditivo ao Aditamento anterior;
4.8.1989	”	Contrato de Abertura de Crédito p/constr. e comercializ. de empreendimento imobiliário, com pacto adjeto de hipoteca;
13.2.1990	”	Aditamento ao contrato anterior, para suplementação de crédito;
4.8.1989	”	Contrato de Abertura de Crédito p/construção e comercialização de empreend. imobiliário, com pacto adjeto de hipoteca;
13.2.1990	”	Aditamento ao contrato anterior, para suplementação de crédito;
30.6.1988		Aditivo a Contrato de Abertura de Créd. p/constr. e comerc. de empreend. imob., para suplementação de créd., prorrogação de prazo, outorga de garantias hipotecárias e outras avenças;
13.1.1989	”	Contrato de Abertura de Crédito p/constr. e comercializ. de empreend. imobiliário, com pacto adjeto de hipoteca;
28.2.1989	”	Termo Aditivo ao Contrato anterior;
30.10.1987	”	Financiamento p/Constr. e Comerc.;
8.3.1988	”	Contrato de Consolidação de dívidas hipotecárias c/pacto adjeto de hipoteca e outras avenças
	”	Termo Aditivo ao Contrato anterior;
	”	Financ. à constr. e comercialização;
	”	Consolidação de dívida — Financ. à constr. e comerc. Comerc. de loteamentos;
		Financ. à constr. e comerc.
2.10.1989		Estipulação e Assunção de compromissos recíprocos;
		Financ. à constr. e comercialização;
		Financ. à Constr. e Comer.;

DATA	EMPRESA	OBJETO
2.4.1990		Cessão e Transf. de Direitos Creditórios e Hipotecários;
2.4.1990	”	”
30.1.1990		Abertura de Crédito p/constr. e comerc. de empreend. imob., c/pacto adjeto de hipoteca; Contrato de Compromisso de financ. a mutuários — Aquisição de cédulas hipotecárias; Contrato de Compromisso de financ. a mutuários — Aquisição de cédulas hipotecárias; Contrato de Compromisso de financ. a mutuários — Aquisição de cédulas hipotecárias;
1.9.1988		Estipulação de Compromissos recíprocos e promessa de contratação; Financ. à comerc. — Aquisição de cédulas hipotecárias;
30.9.1988	”	Alocação de recursos e promessa de financiamento;
30.8.1988	”	Dação de imóveis em Pagto. de dívidas hipotecárias;
30.9.1988	”	Termo de Compromisso.

Até março deste ano, a operacionalização dos contratos vinha ocorrendo normalmente. Modificou-se a situação após a edição do Plano Collor. Cabem as seguintes considerações:

1. O Banco, até 15.3.1990, liberava, às construtoras financiadas, os valores de financiamento correspondentes a financiamento das vendas a adquirentes finais de unidades imobiliárias, creditando-se da parte dos valores e amortizando débitos das empresas junto à liquidanda.

2. Após 15 de março de 1990, alegando o impacto do “Plano Collor” sobre seus saldos disponíveis, a liquidanda não mais liberou recursos às empresas, exceção feita ao valor global de 38 milhões de cruzados, fruto de liberação pelo Banco Central de 20% do recurso da instituição liquidanda depositada no FAL-Fundo de Assistência à Liquidez.

3. A alegada ausência de recursos na liquidanda, motivou os empresários a gestões com o Banco Central no sentido de cobrar, daquela instituição, o cumprimento, pelo Banco, dos contratos firmados.

O Banco Central justificou sua negativa, dizendo:

a) que não podia liberar os cruzados retidos do Banco em face da política governamental e da legislação vigente;

b) que não dispunha de instrumento que viabilizasse o aporte de recursos no Banco sem prejudicar a política econômica do governo.

4. Convém salientar que quando da edição do Plano Collor, vários agentes do SFH tiveram problemas de liquidez, e a ministra da Economia, Fazenda e Planejamento, abriu uma linha de crédito de 32 bilhões de cruzeiros para que os Agentes Financeiros atendessem a seus compromissos de liberação de contratos de financiamento à construção.

Desses recursos foram utilizados 16 bilhões. O Banco, por se encontrar em liquidação extrajudicial, não se adaptou às condições exigidas pelo Banco Central, para uso dos recursos.

5. Vale ainda alertar, que os problemas de liquidez do Banco não decorrem somente da edição do Plano Collor. Basta ver que os recursos da instituição, retidos em cruzados novos no Banco Central, não atingem a 10% dos compromissos financeiros dos contratos em vigor, firmados pelo Banco após decretada a liquidação.

6. Quando o Banco, já em liquidação extrajudicial firmou com as empresas os contratos, em consonância com os acordos feitos entre ambos com o Banco Central do Brasil, havia a previsão acordada entre o referido Banco e a liquidanda, de solução para os recursos necessários ao atendimento dos compromissos firmados.

7. Os empresários da construção civil, prejudicados, realizaram através da consultante, relatório em julho de 1990, levado ao Banco Central.

Em 17.8.1990, o Banco Central, através de sua Diretoria de Fiscalização, atendendo a correspondência da consultante que pedia solução, assim se manifestou:

“A respeito, é mister esclarecer-se que o bloqueio de contas em cruzados novos estabelecido por imperativo contido na Lei 8.024/90, de 12.4.90, não exclui de sua abrangência os recursos do gênero. Tampouco, se verifica a existência de qualquer norma liberatória expedida *a posteriori* que contemple a conversão desses depósitos para cruzeiros, estando, pois, este Banco Central vinculado ao estrito cumprimento da lei, do qual é simplesmente executor.

Assim, apenas se fez legalmente amparada a liberação, em cruzeiros, dos recursos da liquidanda junto ao extinto FAL à conta

de “encaixe obrigatório sobre depósitos de poupança”, na proporção de 20% prevista no art. 7º da citada lei 8.024/90.

Inobstante a falta de amparo legal à liberação dos demais depósitos da liquidanda, não descuidou este Banco Central — *na qualidade de condutor do processo de liquidação extrajudicial* — tendo em vista a situação vivenciada pela instituição financeira, de buscar solução viável aos problemas que se presenciavam, oriundos, sobremaneira, da implantação no país da nova política econômica”.

8. Além dos instrumentos de financiamento já firmados entre o Banco e as empresas construtoras, pendem de contratação novos financiamentos previstos em transações firmadas, objetivando:

a) financiar adquirentes finais de unidades (financiamento à comercialização) para que com os recursos daí advindos, as empresas concluam os empreendimentos e quitem seus débitos no Banco;

b) financiamentos à produção de novas unidades habitacionais, para que, com recursos da venda, as empresas quitem seus débitos;

c) liberação de recursos a empresas para levantamento de falências e prosseguimento de negócios já estabelecidos, de modo a quitarem seus débitos no Agente em liquidação.

9. A título de informação, cabe observar que a entidade liquidanda apresenta no momento, patrimônio líquido positivo e dispõe de incontáveis imóveis em seu ativo, que podem ser leiloados para obtenção de recursos.

10. Resta claro, que o Banco e o Banco Central do Brasil estabeleceram excelente estratégia para o retorno dos ativos da liquidanda em amplo e definido plano. Determinaram a feitura dos contratos de financiamento e que foram firmados com as empresas. Agora os contratos não são cumpridos pela alegada falta de recursos do Banco, e ambos não adotam qualquer medida de efeito prático para a solução.

PARTICIPAÇÃO DO BANCO CENTRAL NA CONTRATAÇÃO DOS FINANCIAMENTOS

a) o Banco Central, através do trabalho efetuado por sua comissão especial criada para fim específico (doc. 1) determinou as providências que foram representadas pelos contratos firmados;

b) o liquidante do Banco, antes de formalizar as contratações com as empresas, enviou ao Banco Central expediente específico para cada caso, recebendo também aprovações específicas do Banco Central (doc. 4).

QUESTÕES A SEREM ESCLARECIDAS

1. Quais as responsabilidades do Banco e Banco Central (especialmente) pelo cumprimento dos contratos vigentes e pelos prejuízos do não cumprimento?

2. Quais seriam, perante as normas e leis vigentes, as providências que o Banco e Banco Central deveriam adotar para não causar danos às empresas, à liquidanda e ao Erário?

RESPOSTA

As duas questões apresentadas pela consulente exigem análise prévia das forças legais e responsabilidades jurídicas decorrentes da atuação do Banco Central nos processos de liquidação extrajudicial.

Muito embora apenas à luz da nova Constituição tenha ficado mais claro o papel dessa instituição condutora da política monetária do governo, apesar de lhe faltar ainda o instrumental definitivo, a ser conformado na lei complementar sinalizada pelo artigo 192 da lei suprema, a disciplina da moeda e do crédito já compunha sua área de atuação na pretérita ordem, embora submetida aos princípios e comandos constitucionais¹.

O Banco Central, portanto, pelo prisma da anterior ordem, já detinha poder regulatório que não implicava, todavia, competência delegada recebida, visto que o art. 6º, § único, da E.C. nº 1/69 proibia tal delegação de poder legislativo².

O certo, todavia, é que, nada obstante a clareza da vedação constitucional, o Banco Central se auto-outorgava poderes normativos, via Conselho Monetário Nacional, à luz de legislação pretérita (4.595/64 e 4.728/65), de rigor, não recepcionada pela Constituição de 1967³.

1 O artigo 164 da Constituição Federal tem o seguinte discurso: "A competência da União para emitir moeda nacional será exercida exclusivamente pelo Banco Central.

§ 1º. É vedado ao Banco Central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira.

§ 2º. O Banco Central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros.

§ 3º. As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei".

2 O § único do artigo 6º da E.C. nº 1/69 estava assim veiculado:

"Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro".

3 Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim comenta o § único do artigo 6º da E.C. nº 1/69.

"Delegação. A Constituição conserva o princípio da indelegabilidade das atribuições conferidas a cada Poder. Torna, porém, relativa essa proibição que era absoluta no texto de 1946 (art. 36, § 2º).

Apesar da clareza do texto constitucional, na prática, sem ter havido conformação jurisprudencial, à falta de tal tipo de questionamento, permaneceu o Banco Central, pelo prisma daquela legislação não recepcionada, com poderes executivos, legislativos e judiciais, na medida em que executava política monetária, legislativa, em lugar do Congresso, por resoluções sobre a mesma, e julgava o sistema financeiro, sem auxílio do Poder Judiciário, nas liquidações extrajudiciais.

Em verdade, o Poder Executivo, normativo e decisório do Banco Central, no país — apesar da nitidez dos textos constitucionais indicando caminho oposto — foi de tal ordem que até a Constituição de 1988 se dizia que era o único poder capaz de ressuscitar os princípios da monarquia absoluta de Luiz XIV, em que o Rei não errava nunca e mesmo quando errava, era o povo o responsável⁴.

Muitas liquidações extrajudiciais decorreram de má fiscalização do Banco Central, que auxiliou o crescimento do estado falimentar, prejudicando a sociedade, que acreditava em sua fiscalização eficiente, ao permitir que incautos depositantes fossem lesados pelo “ato do príncipe”, intocável, inquestionável e irrecorrível, de encerrar, sem qualquer processo contraditório, a atuação das instituições.

Em outras palavras, o Banco Central, inúmeras vezes, exerceu, com menor rigor, a fiscalização, gerando condições de intervenção e liquidação, com prejuízos nítidos para a sociedade, que acreditava em seu poder fiscalizatório, por não ter, antes, atalhado os indícios de insustentabilidade e, outras

Realmente, como está claro no dispositivo em exame, a Constituição admite exceções ao princípio da indelegabilidade, mas apenas as exceções que ela própria prevê. A principal destas é a possibilidade de delegação do poder de legislar, autorizada no art. 52 (vide, infra, os comentários a esse artigo). Outra, a possibilidade de delegação de atribuições confiadas ao Presidente da República, nos termos do parágrafo único do art. 81 (vide infra).

A permissão, ainda que excepcional, de delegações, rompe com a fórmula da “separação dos poderes”. Constitui entorse a esta. De fato, a delegação quebra o equilíbrio entre os poderes e, confundido num mesmo órgão duas funções, mormente a de legislar e a de executar as leis, gera o perigo do arbítrio. Disse Montesquieu: “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, o Poder Legislativo é reunido ao Poder Executivo, não há liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente” (op. et loc. cit.). (trad. do A.). Claro, a objeção não se aplica às delegações interna corporis” (*Comentários à Constituição Brasileira*, 6ª ed., Saraiva, 1986, p.65).

4 Roland Mousnier (*Os progressos da civilização européia, in História geral das civilizações*, Difel, 1957, p.297-8) sobre Luís XIV, escreve: “Neste ano de 1667, o francês Aubery publicou “As justas pretensões do Rei do Império” apoiando Luiz XIV que, na sua opinião, devia ser autorizado a retomar a maior parte da Alemanha, “patrimônio e antiga herança dos príncipes franceses, possuída na qualidade de Rei da França, por Carlos Magno” e a reconquistar a dignidade imperial que a Alemanha retirara ao rei francês. Afirmava também que tudo prometia ao Delfim o Império do mar e da terra, assim como a monarquia universal. A Roma de Augusto limitara-se a preparar e anunciou o advento da França de Luiz XIV, à qual estava reservado o império absoluto do Universo”.

vezes, por ter normado abusivamente o mercado, impondo normas de regulação descompassadoras e levando empresas à situação de insolvência, matéria a ser, um dia, examinada em maior profundidade, pelos historiadores do Direito⁵.

Objetivando eliminar, de vez, tal poder absoluto, de ser juiz, legislador e dirigente do sistema financeiro — e juiz sem contraditório — houve por bem o constituinte determinar, no texto supremo, de um lado, a obrigatoriedade do contraditório no sistema e, de outro, o alargamento do campo de responsabilidade objetiva do Estado pelos prejuízos causados à sociedade⁶.

5 Com certo desencanto, Geraldo de Camargo Vidigal escreve: "A direção monetária que se exerce no Brasil parece acreditar que os recursos nascem da moeda e que, atribuindo crédito, em moeda, ao Estado, acrescenta-se ao Estado uma iniciativa que se soma à iniciativa privada. O que sucede não é nada disto: retira-se à iniciativa privada seu potencial de investimento, quando é ele concentrado em mãos do poder público, conduzindo a uma atmosfera de soluções estatizantes. A compreensão do potencial social de decisões espontâneas de poupança, à definição sensata de poupanças compulsórias adicionais socialmente viáveis e benéficas, mediante lei, ao criterioso julgamento na utilização e na viabilização do uso, há de seguir-se o exame de como se distribuirá a poupança global disponível, entre atos de investimento público e atos de investimento privado, porque o investimento privado não poderá exercer-se, senão na medida em que a poupança não for autoritariamente absorvida pelos órgãos do setor público" (*Caderno de Direito Econômico*, n.º 2, Ed. CEEU/COAD, p.50).

6 Escrevi, com o mesmo desalento, em 1983, sobre o papel do Banco Central que: "No Brasil, onde o Parlamento não tem qualquer importância legislativa, sendo o Poder Inútil da República, cabe ao Ministério da Fazenda (Departamento do Tesouro dos EUA) preparar o orçamento fiscal e monetário (englobados) — embora subordinados a um terceiro orçamento (das estatais) de controle do Ministério do Planejamento, o qual, a rigor, determina a linha geral dos 3 instrumentos —, pois o Banco Central (Sistema de Reserva Federal nos EUA) é departamento do primeiro. A moeda do Brasil não é disciplinada por órgão autônomo e independente, mas por uma dependência do Ministério da Fazenda, razão pela qual, nos momentos de crise, o Banco Central é manipulado de forma indevida, inadequada e perturbadora, não obstante a existência de um Conselho Monetário Nacional presumidamente livre. Funciona, entretanto, como um Conselho despidendo, pois as deliberações sobre a política monetária são apenas comunicadas a seus participantes, quando não tomadas sem reunião e informadas telefonicamente. Seus membros ocupam meros cargos honoríficos. Por essa razão, o CMN não exerce qualquer influência sobre a tecnocracia que define, às portas fechadas, nos Ministérios do Planejamento e da Fazenda e em sua dependência (Banco Central), a política de expansão da base monetária e dos meios de pagamento, assim como o grau de endividamento interno, sempre de forma incorreta e insuficiente. Pressionado pelo déficit permanente, decorrente de sua incapacidade de participar da iniciativa econômica, pois o Governo Federal, por força da administração indireta, tornou-se o pior empresário que a história brasileira conheceu em seus 483 anos, o Ministério da Fazenda e sua repartição especializada indisciplinam a moeda e o crédito no país, de forma incoerente e ilógica, visando, não conciliar desenvolvimento e equilíbrio monetário, mas encontrar exclusivamente recursos para preencher os buracos provocados por sua incrível vocação de mau gestor. Sem controle sobre a parte especializada da economia, o Governo Federal não só retira forças da parte produtiva (segmento privado), reconduzindo-a à escravidão econômica, como perturba o fluxo da moeda e do crédito, que também não consegue controlar, provocando a maior inflação da história brasileira, ao lado de sua maior recessão. Mestres incontestes da estagflação, os tecnocratas brasileiros, premiáveis pela Academia Sueca, se Prêmio Nobel houvesse para a incompetência econômica, encontram no modelo que criaram seu sustento fácil e dócil, pois nenhum controle existe sobre a tríplice forma de desestabilização da moeda e do crédito, qual seja, a imposição tributária, a pressão sobre o sistema financeiro e a emissão de moeda" (*Caderno de Direito Econômico*, ob. cit., p.56).

E aqui já passo a examinar os textos constitucionais vigentes. Pela nova Constituição dois dispositivos ganharam especial realce⁷. O primeiro é o artigo 5º, inciso LV, assim redigido:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”⁸.

Por ele, já não mais se admitem liquidações extrajudiciais. O governo deverá, em qualquer processo administrativo, ofertar ampla defesa e o contraditório às pessoas naturais ou jurídicas que conformam a sociedade brasileira, cidadãos, residentes ou não⁹.

O processo de liquidação extrajudicial é processo sem contraditório. Mas do que isto, é processo em que as partes, atingidas pelo “ato do príncipe”, não têm qualquer defesa. Por esta razão, houve por bem a Justiça Federal de Brasília, com decisão confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª

7 A nova Constituição ainda está em processo de sedimentação exegética. Não sem razão, o eminente Ministro José Carlos Moreira Alves, um mês antes da promulgação da Magna Carta declarou: “Aliás, neste momento, o alvo das vistas do país começa a deslocar-se do Poder Constituinte para o Poder Judiciário. E, por crescer de importância a atuação do Poder Judiciário, é mister que se analisem as inovações, os avanços, os defeitos, as deficiências da disciplina desse Poder no novo texto constitucional, cuja promulgação se avizinha.

O Poder Judiciário, nos tempos que se aproximam, terá precipuamente a missão de interpretar a Constituição, para aplicá-la. *E terá de utilizar-se, se necessário, da construction do Direito Anglo-Saxão, para suprir as lacunas do novo ordenamento constitucional, neste momento de transição, em que estamos prestes a sair de uma ordem constitucional tradicional, a partir da Constituição de 1891, para ingressar em outra, com acentuadas inovações*” (grifos meus) (*A Constituição Brasileira 1988, Interpretações*, Ed. Fundação Dom Cabral/Academia Internacional de Direito e Economia e Fed. do Com. do Est. de M.G./Forense Univ., 1988, p. 194).

8 Celso Bastos assim o comenta: “Ligados historicamente ao Direito Penal, hoje, por força do novo texto, trata-se de uma garantia aos acusados em geral.

É certo que já havia debaixo da Constituição anterior um labor extremamente meritório, tanto por âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, no sentido de estender as garantias em questão além do processo penal.

A nova redação do Texto, contudo tem o condão de constitucionalizar esta tendência, positivando-a no nível do direito expresso.

Em princípio, pois, não há senão que se tecer encômios a este alargamento. Por mais que, em certos casos, ele possa se afigurar desnecessário, ou mesmo desprezível, o certo é que calha muito bem em um Estado de Direito que ninguém seja apenado senão depois de uma defesa contraditória” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º volume, Saraiva, 1989, p.266).

9 José Cretella Jr. escreve: “A regra de ‘ampla defesa’ abrange a regra ‘contraditório’, completando-se os princípios que as informam e que se resumem no postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do Estado” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Vol. I, Forense Univ., 1989, p.534).

Região, suspender a liquidação extrajudicial do Banco do Estado do Piauí S/A, exclusivamente pela falta de contraditório e ampla defesa¹⁰.

O princípio constitucional não está, por lógica elementar, subordinado à legislação ordinária. E nem é princípio que dependa de regulamentação, não se postando entre aqueles de caráter programático. O princípio do art. 5º, inc. LV, é princípio de aplicação imediata, afastando da legalidade todos os processos que, ainda não concluídos, deixaram de respeitar o princípio do contraditório.

Nem se pode dizer que processos iniciados, no passado, mas não concluídos em 5.10.88, poderiam continuar válidos sem o contraditório, visto que, a partir deste momento, isto é, da publicação da Constituição de 1988, o contraditório se impôs¹¹.

Em todas as liquidações extrajudiciais não concluídas, mister se faz a abertura ampla do contraditório para defesa de todos aqueles atingidos pela liquidação, não só administradores do Banco, como correntistas, depositantes e investidores, pelo fato de terem que suportar as decisões do governo, impondo a liquidação.

Necessária é, pois, larga reformulação procedimental, em todos os processos existentes, com o direito a ampla defesa de todos quantos, direta e indiretamente, foram atingidos no passado pelo “ato do príncipe” e, têm, no presente, direito a impor ao príncipe a sua garantia de defesa contra o referido ato.

10 Escrevi, em parecer que ofertei, na ocasião, ao Governo do Piauí, o seguinte: “Pelo segundo, o contraditório é fundamental. Ninguém pode ser condenado, sentenciado ou processado, sem que tenha o direito a ser ouvido, apresentando sua defesa, sem limitações de qualquer natureza. Ora, a liquidação extrajudicial, a que faz menção o artigo 14, § 3º, do D.L. 2.321/87, representa inequivocamente violação dos dois dispositivos, posto que, a avaliação — que pode ser absolutamente distorcida — feita pela autoridade monetária pulveriza patrimônio de terceiros, sem o devido processo legal.

Desde 5 de outubro de 1988 que o Banco Central não pode mais liquidar extrajudicialmente qualquer instituição financeira, por força dos dispositivos retrocitados, à falta do devido processo legal e do contraditório, com ampla defesa. É de se ressaltar que o inciso LV trata inclusive de processos administrativos”.

11 Eugênio Haddock Lobo e Júlio César do Prado Leite ensinam: “No particular incidem os §§ 15 e 16 na figura do *bis in idem* em relação ao tema tratado no § 14, razão pela qual os comentários dirigidos ao mesmo (§ 14) com estes (§§ 15 e 16) se casam, quer no concernente ao contraditório, quer no pertinente ao devido processo legal, que pressupõem o amplo direito da defesa dos litigantes e dos acusados.

No concernente aos dois assuntos — direito de defesa e contraditório — conviria acrescentar-se valiosas considerações de Pontes de Miranda, ainda que se o faça sucintamente: “A regra do texto não é regra jurídica vazia, não é como diriam os juristas alemães, *leerlaufend*, trata-se de direito subjetivo (constitucional) de defesa. Dela nasce direito constitucional de defender-se ou a ter tido defesa: em consequência disso, é nulo o processo em que se não assegura ao réu a defesa, ainda que tenha o juiz aplicado alguma “lei” (*Comentários à Constituição Federal*, 1º volume, Ed. Trabalhistas, 1989, p.100).

A aplicação imediata do mencionado princípio decorre de outro comando constitucional acoplado à lista dos direitos e garantias individuais, que é o § 1º do referido art. 5º, com a seguinte dicção:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A aplicação imediata de todo o elenco de direitos e garantias do art. 5º da C.F., no qual se encontra o direito ao contraditório (inciso LV), à evidência, não permite outra interpretação que não aquela retro-exposta¹².

Há, pois, uma responsabilidade evidente do Governo Federal no que concerne às liquidações extrajudiciais não encerradas até 5.10.88, em que a participação de todos os envolvidos requer amplo contraditório, com a impossibilidade material de se fazer nova liquidação extrajudicial de qualquer instituição. É que tal ato violentaria a Constituição Federal e o dispositivo postado em seu mais relevante artigo, que é aquele dedicado à sociedade (artigo 5º), a qual deve ser servida pelos governos e não ser, ela, a servidora dos governos.

O segundo princípio, que exige reflexão maior, é aquele voltado à responsabilização do Estado e dos servidores públicos de carreira ou delegados, sempre que ocasionarem prejuízo à comunidade ou ao indivíduo.

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal está assim veiculado:

12 Pinto Ferreira ensina: “Este preceito vincula-se diretamente ao art. 18 da Constituição da República Portuguesa, nos seguintes termos: “Art. 18 — (Força Jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

Assim sendo, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, têm força jurídica e eficácia imediata.

Eficácia é o poder que tem a norma de produzir efeitos jurídicos. Tal problema foi amplamente discutido em nossa Teoria Geral do Estado (cit., v;2, p.489/518).

Os tratadistas germânicos se utilizam da palavra eficácia, a saber, *Wirkung e Wirksamkeit*. É muito freqüente o emprego de palavras como requisitos de eficácia (*Wirksamkeitserforderniss*), eficácia constitutiva (*Entstehungswirkung, Konstitutive Wirkung*), até mesmo pelos tributaristas, como Blumenstein” (*Comentários à Constituição Brasileira*, 1º volume, Saraiva, 1989, p.217).

“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”¹³.

Tal artigo alarga o espectro de responsabilidade existente no direito pretérito e exteriorizado pelo art. 107 da E.C. n.º 1/69, assim redigido:

“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”.

O § 6.º do artigo 37 estende a todas as pessoas jurídicas de direito público e privado, que prestam serviços públicos, a responsabilidade pelos danos prestados, sendo seus agentes também responsabilizáveis, estes, todavia, só em casos de dolo ou culpa¹⁴.

13 Caio Mário da Silva Pereira ensina: “Da mesma forma que as pessoas jurídicas de direito privado, que por não serem dotadas de individualidade fisiopsíquica têm de se servir de órgãos de comunicação (Clóvis Beviláqua, Teoria Geral de Direito, § 22), também o Estado, como ente abstrato, posto que cientificamente portador de realidade técnica ou realidade jurídica, tem de proceder por via de seus “agentes”, ou de seus “órgãos”.

Esta expressão é a mais correta, uma vez que não deve cogitar da noção de “representação”. A pessoa jurídica, e em particular o Estado, não podendo agir diretamente, requer a intermediação de seus agentes ou órgãos de atuação.

Não há cogitar de uma representação em sentido estrito. Não se cogita se o órgão estatal procede no exercício de poderes recebidos. O que se há de indagar é se quem causou o dano estava no exercício de funções que lhe foram cometidas. Pouco importa a natureza delas. Tanto procede como órgão do Estado o funcionário qualificado, como o mais simples servidor. O que importa é apurar se o causador do dano exercia uma atribuição estatal ou se agia em seu próprio nome ou na sua atividade individual. Todo agente da administração, mesmo subalterno, é um órgão da pessoa jurídica de direito público, sem se cogitar da relação de preposição. Hauriu trata-o como “representante da nação”, e num certo sentido “ele é o próprio governante”. O que sobreleva é apurar se o servidor (qualquer que seja sua função) procedia no exercício de suas funções ao praticar o ato danoso, ou se agia fora de suas atividades (De Page, vol. cit., n.º 1.065). Aliás, neste passo, reporto-me ao que desenvolvi na definição da responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado (Capítulo IX, supra), transposição conceitual que encontra inteira procedência.

Fiel ao princípio segundo o qual “a um potencial crescente de danos, correspondente uma vez maior obrigação de garantia” (Jean Guyenot, La Responsabilité des Personnes Morales Publiques et Privées, p.3), é de ver que, independentemente de seu caráter público ou privado, a pessoa jurídica pode ser chamada a responder pelo dano causado pelos seus prepostos. Fixando-se no plano publicístico, podemos repetir com De Page, numa fórmula singela, que o Estado e os poderes públicos não têm o direito de lesar a pessoa e os bens de outrem (De Page, ob. cit., n.º 1.064-bis); o Estado, genericamente, em qualquer de suas ordens — União, Estado, Município; o Estado em qualquer de suas regras ou de seus poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário” (*Responsabilidade Civil*, 2ª ed., Ed. Forense, 1990, pp.138/139).

14 Toshio Mukai ensina: “A norma contempla o tema da responsabilidade civil do Estado, que desde a Constituição de 1946 (art. 194), segundo a doutrina e a jurisprudência pátrias, é objetiva, com

Como é do conhecimento público, a Constituição hospedou dois regimes jurídicos de exploração da atividade econômica, em seu Título Da Ordem Econômica. O regime da livre iniciativa para oferta de bens e serviços necessários a uma sociedade moderna e o regime dos serviços públicos de densidade econômica para sua prestação. O primeiro é disciplinado nos arts. 173 e 174, conformado pelo direito econômico e privado, tendo o Estado a faculdade de explorar tais atividades, de forma vicária, desde que submetido às regras próprias da iniciativa privada. O segundo é disciplinado pelo art. 175, conformado pelo Direito Administrativo, podendo a iniciativa privada explorar tais atividades, a título vicário, subordinando-se às regras próprias do Direito Administrativo¹⁵.

assento na teoria do risco administrativo (que admite excludentes: a culpa da vítima ou a força maior), e não na do risco integral (que inadmitte excludentes).

“A anterior disposição correspondente à presente (EC nº 1/69, art. 107) apenas se aplicava às entidades públicas (União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios e respectivas autarquias). Agora o novo texto estendeu a responsabilidade objetiva (continua sendo, posto que, como anteriormente se interpretava, se somente para a ação regressiva do Estado contra o funcionário se exige a prova de culpa ou dolo, é porque para a ação da vítima contra o Estado prescinde-se dos elementos subjetivos mencionados, razão por que aí a responsabilidade é objetiva), aplicável aos entes públicos, a toda entidade paraestatal (regida pelo Direito Privado), ou até mesmo às concessionárias e permissionárias, desde que prestadoras de serviços públicos” (*Administração pública na Constituição de 1988*, Saraiva, 198, p. 59).

15 Os arts. 173, 174 e 175 da Constituição federal têm a seguinte dicção: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou, a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 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 à 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 Lei.

O § 6º, à evidência, cuida do segundo regime jurídico, estendendo a responsabilidade do Estado, não só aos atos praticados por sua Administração Direta, como aqueles praticados pela Administração Indireta, inclusive pelas empresas privadas, subordinadas à disciplina jurídica própria dos serviços públicos com densidade econômica.

Por outro lado, é característica do § 6º, dois tipos de responsabilidade, a saber: a responsabilidade objetiva do Estado e aquela dos funcionários, esta apenas em casos de dolo ou culpa.

Pela responsabilidade objetiva, o Poder Público deve pagar todo o prejuízo que provocar, por sua Administração direta, indireta ou pelo regime de captação do segmento privado (concessionárias, permissionárias, contratadas etc.). É de nenhuma relevância que tenham atuado, os que agem em nome do Poder Público, com dolo, culpa, risco administrativo ou integral, posto que o Estado pagará sempre que tiver, contra a Constituição, causado prejuízo à sociedade. Deve, pois, sempre indenizar o lesado¹⁶.

Os agentes do ato lesivo, todavia, ressarcirão o Estado, em ação regressiva, em tendo agido com culpa ou dolo, isto é, de forma fraudulenta, com má-fé, sentimento pessoal preconceituoso ou de repúdio, ou ainda com negligência, imperícia, omissão ou imprudência. Nestes casos, em ação de regresso, deve o Estado que ressarciu o dano, recuperá-lo de seu agente.

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

§ único. A lei disporá sobre: I. o regime das empresas concessionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua promulgação, 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”.

16 José Afonso da Silva ensina: “A obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também.

O terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo, para lhe correr o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova, basta que comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada. A culpa ou dolo do agente, caso haja, é problema das relações funcionais que escapa à indagação do prejudicado. Cabe à pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou dolosamente para o fim de mover-lhe ação regressiva assegurada no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização. Se o agente não se houve com culpa ou dolo, não comportará ação regressiva contra ele, pois nada tem de pagar. Resta apenas observar que a Constituição foi mais técnica desta vez, primeiro por incluir no campo da responsabilidade objetiva todas as pessoas que operam serviços públicos, segundo por ter abandonado o termo “funcionário” que não exprimia adequadamente o sentido da norma, substituído agora pelo termo preciso “agente” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 189, pp. 567/568).

É que, na verdade, o servidor público ou prestador delegado terá, por sua ação impensada ou leviana, ocasionado prejuízo à sociedade e ao Estado, em nome de quem age, não sendo justo que ambos paguem pelo mal originado de servidor, que não atuou com a prudência ou a moralidade exigidas¹⁷.

Ora, como o texto constitucional pretérito e o atual não distinguem quais as pessoas jurídicas de direito público ou privado responsabilizáveis, à evidência, abrangem todas, de tal forma que o Banco Central e seus liquidantes delegados são responsabilizáveis por todo o prejuízo que venham a ocasionar à sociedade, por atos de interferência no sistema financeiro anterior à Constituição.

De lembrar-se que a liquidação extrajudicial é processo administrativo em que o Banco Central é juiz e parte, ao mesmo tempo, sendo o liquidante, não pessoa indicada e de inteira confiança de correntistas, investidores ou depositantes ou dos próprios liquidados, mas do Banco Central. Seus poderes emanam daquela entidade interventora — a meu ver, com atuação de duvidosa legalidade — e dos diretores do Banco Central e tem a missão de proceder a liquidação, nos termos da legislação pretérita à anterior ordem, ou seja, à Constituição de 1967.

Em outras palavras, tanto os diretores do Banco Central, que nomeiam ou mantêm os liquidantes, quanto os liquidantes, assumem igual responsabilidade perante o Estado — e responsabilidade solidária — e perante a sociedade no “ato do príncipe” que implica a liquidação extrajudicial. Os diretores

17 Hely Lopes Meirelles ensina: “A ação regressiva da Administração contra o causador direto do dano está instituída pelo § 6º, do art. 37, da Constituição da República, como mandamento a todas as entidades públicas e particulares prestadoras de serviços públicos, e quanto aos servidores da União, a Lei Federal 4.619, de 28.4.1965, impõe o seu ajuizamento pelo Procurador da República, dentro de sessenta dias da data em que transitar em julgado a condenação imposta à Fazenda (arts. 1º e 2º), sob pena de incidir em falta funcional (art. 3º). Para o êxito desta ação exigem-se dois requisitos: primeiro, que a Administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido; segundo, que comprove a culpa do funcionário no evento danoso. Enquanto para a Administração a responsabilidade independe da culpa, para o servidor a responsabilidade depende da culpa: aquela é objetiva, esta é subjetiva, e se apura pelos critérios gerais do Código Civil. A ação regressiva contra o servidor culpado é do rito ordinário sujeito às normas procedimentais comuns do Código de Processo Civil. Convém frisar, ainda, que tal ação só se pode instaurar entre a pessoa de direito público interessada e o seu servidor culpado, não sendo admissível o chamamento do agente causador do dano na ação de indenização que o particular intentar contra a Administração para haver os prejuízos sofridos, uma vez que o fundamento desta causa é diverso do da ação regressiva. Aliás, o próprio nome está indicando, que a ação contra o servidor há de suceder a do lesado contra a Administração, sem o que não surge o direito de regresso” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1990, pp. 557/558).

do Banco Central respondem, portanto, por *culpa in vigilando* pelos atos do liquidante e este, por culpa ou dolo nos atos que pratica¹⁸.

Aos dois aspectos retromencionados, acrescenta-se um terceiro, de não menor importância.

O denominado "Plano Collor", veiculado por medidas provisórias de densa inconstitucionalidade, tem sido fulminado pela Justiça Federal sempre que os cidadãos atingidos por sua ação a ela têm recorrido. Atingiu, o Plano Collor, duramente, os dois pilares de qualquer sociedade livre, que é "a propriedade" e "o contrato". E tem sido considerado inconstitucional exatamente por esta séria maculação da ordem constitucional, que o presidente Collor jurou respeitar, mas não o fez¹⁹.

Tem o Poder Judiciário considerado o empréstimo compulsório representado pelo denominado "bloqueio de contas", agressor aos arts. 148, 150, inc. IV, 154, 155, inc. I da C.F., visto que, sobre tal forma de imposição não ser elencada nas 3 hipóteses possíveis de incidência por força de lei complementar, à evidência, teve nítido efeito confiscatório²⁰.

18 Sobre a pretérita ordem escreveu Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "Note-se que funcionário público, no texto em exegese, abrange todo aquele que exerce função pública, seja a que título for. Abrange, portanto, os servidores de regime especial, nos termos do art. 106, os eventualmente sujeitos ao regime trabalhista etc. (cf. Pontes de Miranda, Comentários... 1969, cit., tomo III, pág. 543). "§ único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo". Responsabilidade do Causador do Dano. Este deverá ressarcir o Estado do que este despendeu para reparar o dano. Todavia, esta reparação pressupõe culpa ou dolo. Assim, este ou aquele deverá ser demonstrado para que o funcionário tenha de reparar o dano que causou" (*Comentários à Constituição Brasileira*, ob. cit., pp. 443/444).

19 O Ministro Paulo Brossard na ADIN nº 223 principiou seu voto com a seguinte indagação: "O caso é de singular gravidade e de importância. Desprezados aspectos circunstanciais, ele nos coloca diante desta indagação: a Constituição ontem promulgada solenemente e jurada publicamente está em vigor e a todos obriga ou é mero ornamento, a ser observada *si et in quantum*, conforme as conveniências e oportunidades?" e continuou:

"Privar a pessoa de usar, ou gozar, ou dispor do dinheiro depositado ou poupado, ou de usar, gozar e dispor dele ao mesmo tempo, alega-se, consiste em confiscar esse bem, ainda que a palavra não seja empregada. Dir-se-á que o confisco é provisório, mas, replica-se, a partir de agora, ninguém pode ter segurança de que passados 18 meses, esse prazo não seja prorrogado ou renovado uma e mais vezes. Quem não teve óbito em praticar o ato uma vez, não terá em repeti-lo outras vezes. E desse modo um direito individual constitucionalmente consagrado, pode ser reduzido a fútil e mera ficção.

Há os que entendem que se trataria de empréstimo compulsório. Mas o empréstimo compulsório está sujeito a regras constitucionais e o art. 148 exige que sua instituição se faça por *lei complementar*, verbis, "a União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios...". Assim, ou se trata de confisco, ou de empréstimo compulsório, ou de apropriação pura e simples. Mas apropriação do alheio tem um nome e uma definição no Código Penal".

20 Escrevi: "A primeira notória inconstitucionalidade é a que diz respeito ao empréstimo compulsório. Pela Constituição pretérita era admissível tal empréstimo compulsório para absorver temporariamente o poder aquisitivo, objetivando o combate à inflação de demanda. Não definia o constituinte suas hipóteses (art. 18, § 3º e 21, § 2º, inc. II), mas remetia à lei complementar que as estabelecia, em seu artigo 15, com o seguinte discurso: "Art. 15. Somente a União, nos seguintes casos excep-

Os certificados de privatização, impostos à aquisição pelo governo, sem que tenha sido privatizada uma empresa sequer, também foram considerados, pela Justiça, inconstitucionais, na medida em que caracterizam outra forma de empréstimo compulsório proibido pela lei maior²¹.

Acresce-se que o IOF transformou-se em imposto patrimonial e arrecadatório, inúmeras decisões judiciais tendo fulminado a M.P. 160, por manifesta inconstitucionalidade.

Por fim, ao obter "superávits orçamentários" pelo inconstitucional bloqueio de contas, elevação ilegal de carga tributária e moratória de fato de suas obrigações — o Poder que não paga suas contas, em péssimo exemplo de administração de recursos da sociedade, sendo o principal mentor intelectual das concordatas decorrentes do Plano Brasil Novo, na medida em

cionais, pode instituir empréstimos compulsórios: I. guerra externa, ou sua iminência; II. calamidade pública que exija auxílio federal impossível de atender com os recursos orçamentários disponíveis; III. conjuntura que exija a absorção temporária do poder aquisitivo.

§ único. A lei fixará obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate, observando, no que for aplicável, o disposto nesta lei".

O hábito de se criarem empréstimos compulsórios - teoricamente retornáveis às mãos dos cidadãos, mas não, na prática — assim como a latitude da expressão "absorção temporária", levou o constituinte a eliminar tal possibilidade da atual lei suprema, com o que apenas 3 panoramas justificam sua imposição — e sempre por lei complementar —, conforme exposto no artigo 148 da CF: "Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I. para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II. no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b.

§ único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição".

Não se diga que as medidas que integram o Plano não configuram empréstimos, porque os cruzados novos bloqueados encontram-se à disposição futura do mutuante. A verdade é que sua disponibilidade foi atingida pela autoridade que detém, em seu estabelecimento controlador da moeda (Banco Central), tais cruzados, utilizando-se do Banco depositário (sua *longa manus*), como mero instrumento de política de "enxugamento de liquidez".

E nem se diga, também, que pode a União legislar livremente sobre a moeda, posto que o legislar sobre a moeda não implica o afastamento das garantias constitucionais constantes do artigo 5º da Constituição Federal" (*O Plano Brasil Novo e a Constituição*, Forense Univ., 1990, pp. 8.9.10).

21 Impetrei mandado de segurança coletivo para a ABRAPP (Assoc. Bras. das Entidades Fechadas de Previdência Privada), tendo sido concedida liminar pela M.M. Juíza Ramza Tartuce Gomes da Silva, sobre o seguinte fundamento: "Entendo implementadas as condições específicas do Mandado de Segurança Coletivo.

Para a concessão da liminar, devem estar presentes os seus pressupostos, motivo pelo qual passo a analisá-los.

De fato, a relevância do fundamento é flagrante, em face das disposições contidas na aludida legislação, consubstanciada na exigência, que a Impetrante entende inconstitucional, da aquisição dos Certificados de Privatização a que alude.

Por outro lado, o *periculum in mora* também está presente, já que, como se trata de aquisição compulsória, as entidades poderão sofrer constrições ou penalidades, se não a efetuarem.

Diante dessas considerações, *concedo a liminar*, para suspender a exigência da aquisição dos mencionados Certificados de Privatização pelas entidades associadas à Impetrante, até decisão final da segurança" (Processo nº 90.0030875-5).

que recebe os serviços prestados pelas empresas privadas e oferta-lhes, em contrapartida, o “calote público” — o Governo Federal tem gerado prejuízos consideráveis à comunidade, por uma ação que, além de aética, é violadora da lei suprema.

A evidência, todos os administradores públicos do Plano Brasil Novo, que conformou um conjunto de medidas causadoras de evidentes prejuízos à sociedade e que foram, ou estão sendo consideradas, violadoras da Carta Magna, estão sujeitos à responsabilização pessoal. É que a autoridade pública não pode alegar desconhecimento da lei, até porque deve ser a primeira a conhecê-la e bem aplicá-la²².

E, à nitidez, o Estado deve ser responsabilizado por todo o prejuízo que tenha causado, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, devendo tal prejuízo ser ressarcido pelo órgão ou entidade que o provocou²³.

22 “*Ignorantia legis neminem excusat* — A ignorância da lei não exime a culpa de ninguém”. Acerca do ato em si não se pode acenar com o erro de direito, porque ninguém se escusa alegando ignorar a lei (*Ignorantia legis neminem excusat*).

Curso de Direito Civil, 3º vol., Washington de Barros Monteiro, pág. 198.

N. A. “Esta regra latina se fez norma em nossa legislação, tendo sido inserida na Lei de Introdução ao Código Civil, com a seguinte redação: “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece. “Se admissível dispensa fundada na *ignorantia legis*, a força imperativa da norma estaria comprometida e vacilante se tornaria todo sistema jurídico, com evidentes prejuízos para a comunidade”. *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, Washington de Barros Monteiro, 5ª ed., pág. 27. Ainda no Código penal, em seu artigo 16, *ipsis litteris*: Art. 16. “A ignorância ou errada compreensão da lei não eximem de pena” (*Novo Dicionário de Latim*, Forense, Ed. EUD, 1984, pp. 109/110).

23 Wolgran Junqueira Ferreira escreve: “Assim como acentua Washington de Barros Monteiro (497): “Modernamente, todas as questões relacionadas com a responsabilidade civil do Estado apóiam-se em preceitos do Direito Público”.

Assentam-se assim em princípios mais largos, ampliando-se o campo das reparações. Não esgota, portanto, o Código Civil, a responsabilidade do Estado pelos danos praticados por seus funcionários. Ele apenas fixa a responsabilidade na hipótese de culpa. E, como diz Aguiar Dias (498), “se a ação regressiva, cabe quando tiver havido culpa do funcionário público, segue-se que não haverá ação regressiva quando inexistir culpa, embora o Estado continue a responder pelas consequências do evento lesivo”.

Também não cabe, na hipótese, dificuldade em se conceituar o funcionário a que alude o texto constitucional. Serão os funcionários, os empregados públicos, os servidores, mesmo que eventualmente estejam no exercício de qualquer função do Estado. Não cabe discutir a validade ou não, da nomeação. Basta, que esteja exercendo a função em nome do Estado e não individualmente, no caráter de pessoa privada.

Fixada a responsabilidade do Estado, subsiste o direito regressivo contra o funcionário, que não fica isento da responsabilidade civil. Como acentua J. M. Carvalho Santos (499), “o Estado, pois, pode reaver do seu representante o que tiver despendido com a reparação do dano, por esse causado e por ele, Estado, pago”. Desaparece, consoante o mesmo autor, quando o dano é consequência de um caso de força maior”.

(*Comentários à Constituição de 1988*, vl. I, Ed. Julex Livros, 1989, p. 480).

Colocadas as premissas atrás expostas, passo a responder às duas questões apresentadas, após rápido exame, já delineado pelo eminente consultor do grupo, dos fatos que levaram as empresas da consulente a cuidarem de projetos respaldados pelo Governo Federal e cujos investimentos apenas foram feitos, por amplamente assegurados pelo Banco Central e pelo liquidante do Banco.

O primeiro aspecto a ser realçado é que no momento em que o Banco Central, sem respeitar o princípio do contraditório, decretou a liquidação extrajudicial do Banco, a entidade liquidante possuía mais de 60 contratos de financiamentos, em vigor, com empresários da construção civil, para construção e comercialização de aproximadamente 15.000 unidades imobiliárias.

À nitidez, a liquidação trouxe prejuízo imediato a tais empresas, com a paralisação do processo produtivo.

Há responsabilidade do Banco Central pelos prejuízos causados e que venha a causar, independente de ter sido correta e devida a liquidação ou não.

O Banco Central, todavia, em face da desorganização do setor imobiliário que a sua ação produzira, procurou equacionar o problema mediante intervenção, pelo liquidante, para permitir a solução adequada à perturbação considerável que criara o referido ato. Assim é que determinou o sr. diretor de Fiscalização da Autarquia Federal, a criação de Comissão Especial composta pelo liquidante, funcionários do BACEN e do BNH e o presidente da consulente²⁴.

A Comissão, ao apresentar seu relatório pela nota DIFIS-88/065 e o Banco Central ao determinar a implantação das soluções, à evidência, ressarciram em parte o prejuízo causado, restabelecendo os contratos, já agora assinados pelo representante do Banco Central na liquidação, que é o liquidante, e nitidamente sob sua supervisão e responsabilidade.

Deve-se lembrar que

- a) o Banco já não mais era administrado por seus dirigentes;
- b) o Banco estava sob regime de liquidação determinado pelo Banco Central;
- c) a *longa manus* do Banco Central, no momento, era o liquidante;
- d) o acordo de revitalização dos contratos, em variadas formas, foi firmado pelo liquidante, *longa manus* do Banco Central, a partir de propostas em que funcionários do Banco Central participaram.

24 Agiu o Banco Central, levado pelo princípio da moralidade pública, que está esculpido no *caput* do artigo 37, da C. F.: "A administração pública direta, indireta ou funcional, 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:" (grifo meu)

Em decorrência da referida revitalização, as empresas não só continuaram suas obras para a comercialização e construção das mencionadas unidades, como terminaram por investir o necessário, a fim de complementação do projeto. Enfim, adaptaram-se à nova realidade, abrindo mão de seu direito de responsabilização do passado, por uma novação contratual autorizada pelo Banco Central e assinada por sua *longa manus*, a saber: o liquidante²⁵.

O advento do Plano Collor, todavia, levou o governo a, novamente, interromper o financiamento, acarretando, em face de sua ação, indiscutível prejuízo a todas as empresas, aos mutuários e à própria sobrevivência do empreendimento com unidades paralisadas, cuja deterioração das obras praticamente poderá tornar inútil todo o esforço futuro de recuperação.

Ora, a evidente inconstitucionalidade do Plano Collor no que concerne ao bloqueio dos ativos financeiros, não pode servir de base para descontinuar obrigações assumidas com as empresas representadas pela consulente, na medida que impõe prejuízo evidente, à luz de um "ato do príncipe" flagrantemente violador da Constituição, como já atrás demonstrei e a Justiça tem confirmado²⁶.

De lembrar-se, como relata a consulta formulada, que na novação contratual o Banco Central, por seu representante, o liquidante, comprometeu-se

25 Antonio Chaves ensina: "Característica da novação é, pois, ser um modo de extinção da obrigação, pela criação de outra.

Não, é pois — observa Roberto de Ruggiero (*Instituições de Direito Civil*, trad., São Paulo, Saraiva, 1973, v. 3, p. 161) — uma simples transformação de um direito de crédito pela mudança de um dos seus elementos constitutivos ou acessórios, mas a constituição de um novo direito de crédito sobre a base e com a substância de uma precedente relação obrigatória, que fica extinta, ou mais precisamente a extinção de uma obrigação mediante a constituição de uma obrigação nova, que toma o lugar da precedente.

"Trata-se, por outras palavras, de um ato que, substituindo a uma obrigação existente por outra nova, opera ao mesmo tempo a criação de um vínculo obrigatório e a extinção de um outro, cujo conteúdo o novo absorve no todo ou em parte, mas do qual é sempre nitidamente distinto e diverso, ainda quando o conteúdo seja totalmente idêntico ao conteúdo do primeiro; de um ato de eficácia complexa, que repousa sobre a vontade destinada a extinguir um crédito pela criação de um novo e no qual, por isso, é sobretudo decisiva a vontade do credor da primitiva obrigação, sendo a segunda como que o cumprimento da primeira" (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 55, Saraiva, 1977, p. 69).

26 João José de Queiroz ensina: "Como o poder do Estado historicamente se confunde com o poder do governante, é costume também designar-se o ato de império pela expressão - ato do príncipe, encontrada em muitos autores. O uso dessa designação não corresponde, entretanto, a qualquer concessão à superada doutrina do absolutismo monárquico. É, apenas, reminiscência da passada realidade, ou mera metonímia. Nada tem que ver, também, o emprego de uma ou outra denominação — ato de império, ou ato do príncipe — com a controvérsia a respeito da personalidade do Estado, negada por doutrinadores que, como Duguit (1), apenas distinguem "poder dos governantes" e "poder dos governados" (vede: poder do Estado)" (*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, volume V, Ed. Borsoi, p. 10).

a ofertar os recursos necessários, sendo, pois, o responsável maior pela descontinuidade contratual, à luz de obedecer um inconstitucional Plano Econômico.

Não há que se dizer que o liquidante não representa o Banco Central e que a sua ação é desvinculada da ação do Banco Central. A afirmação sobre ser ingênua, pois, pretende transformar o Banco Central em poder julgador administrativo e o liquidante em parte, não encontra respaldo maior na teoria geral do Direito, na medida em que, ao contrário do Poder Judiciário, que reage quando provocado, o Banco Central é o agente provocador e decisório. Há, pois, vinculação inequívoca entre o liquidante e o Banco Central, sendo que se sua atuação não for correta, o Banco Central poderá ser responsabilizado pela *culpa in vigilando* no que concerne a sua ação.

Ora, a leitura que fiz das diversas formas contratuais adotadas nos diversos instrumentos que me foram submetidos, levam-me a considerar que:

a) o Banco Central é responsável direto pela paralisação dos financiamentos, não podendo louvar-se em inconstitucional plano para deixar de cumprir suas obrigações;

b) os prejuízos decorrentes da interrupção do financiamento e do bloqueio poderão ser exigidos da União, por força do art. 37, § 6º, da C.F., com a obrigação de a União usar o direito de regresso contra as autoridades que provocaram a interrupção, inclusive do próprio liquidante.

A fim de evitar a responsabilização das autoridades mencionadas pelos prejuízos evidentes que têm causado às empresas, poder-se-ia adotar sucessivamente o seguinte roteiro:

a) levar às autoridades os argumentos expendidos neste parecer, num encontro primeiro, para mostrar a responsabilidade civil real, a que estão sujeitas se insistirem em impor o prejuízo ilegal que estão impondo às empresas;

b) se infrutífero, interpelar judicialmente ao Banco Central e ao liquidante do Banco para que vertam os recursos necessários a fim de que completem a obra com prazo determinado para que tal versão de recursos se concretize;

c) em não havendo a versão de recursos, ingressar com ação de preceito cominatório e condenatório contra a União, objetivando obter os recursos necessários e quantificar os prejuízos, a fim de que se completem as obras interrompidas.

S.M.J.

São Paulo, 26 de dezembro de 1990

NÃO INCIDÊNCIA DO IOF EM OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA REALIZADAS NO EXTERIOR DE AÇÕES DE EMPRESA BRASILEIRA ENTRE SOCIEDADES ESTRANGEIRAS DO MESMO ACIONISTA CONTROLADOR — PARECER

CONSULTA

“1. Empresa pública, com sede em Lisboa, é titular de 273.478.062 ações ordinárias e 661.436 ações preferenciais representativas do capital de companhia brasileira;

2. Esta participação acionária decorre do investimento feito por aquela sociedade em sociedade incorporada pela referida empresa em 1973:

A empresa portuguesa nunca vendeu qualquer ação da sua participação na companhia brasileira e, ao correr dos anos, nos aumentos de seu capital, sempre subscreveu as ações a que tinha direito;

4. O investimento está registrado no Banco Central do Brasil;

5. Dentro do quadro das relações entre os dois países este investimento é expressivo em termos de presença de capitais portugueses no Brasil;

6. Em vista disso e na seqüência da política de privatização que está sendo seguida pelo governo português, decidiu o sr. Secretário de Estado das Finanças que, antes da empresa portuguesa ser privatizada (o que deverá ocorrer proximamente), as ações representativas de sua participação no capital da companhia brasileira, fossem transferidas para outra entidade financeira controlada pelo Estado português (sociedade de capitais exclusivamente públicos), de forma a que, por força da privatização, não perdesse a participação indireta que vem detendo no capital daquela companhia através da atual empresa portuguesa.

7. Em vista dessa decisão governamental, as ações brasileiras possuídas por aquela empresa passarão para esta empresa cujo capital pertence integralmente ao Estado português;

8. Acontece que a Lei nº 8.023, de 12.4.90, ao modificar a legislação do Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, instituiu a inci-

dência do referido imposto sobre a transmissão de ações de companhias abertas, tomando-se por base os títulos que o contribuinte possuía em 16.3.90;

9. É evidente que:

a) dado o domicílio e a nacionalidade das partes e por se tratar de uma operação feita, exclusivamente, com o objetivo de resguardar um ativo que dentro do quadro das relações luso-brasileiras é considerado importante manter pelos dois Governos;

Por serem duas empresas públicas, pertencentes ao Estado português, a transmissão de titularidade das ações não ocorre de fato, pois, por via indireta, o Estado continua a ser proprietário das ações.

— Entendemos não haver a incidência do referido tributo.

Solicitamos que nos confirme se está correta esta interpretação dando-nos seu parecer”.

RESPOSTA

Reza o artigo 153, inciso V, da Constituição Federal;

“Compete à União instituir impostos sobre:

....

V. operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários”;

reproduzindo o artigo 21, inciso VI, da E.C. n. 1/69¹.

¹ Yoshiaki Ichihara assim comenta o dispositivo: “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 art. 167, item IV da atual Constituição quando diz que é vedada a vinculação de receita de imposto 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 crédito;
- 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.

Outra interpretação, que dá margem a uma conclusão possível, é a da existência de outro imposto sobre operações com títulos a valores mobiliários, apesar de que, no nosso entender, as próprias operações de crédito poderão ser representadas ou ter como conteúdo “títulos e valores mobiliários”. Caso assim entenda, este item passa a conter cinco impostos, uma vez que poderá ser desdobrado em “imposto sobre operações relativas a títulos e impostos sobre operações relativas a valores mobiliários”, evidentemente, nos casos em que não incida imposto sobre operações de crédito ou de câmbio, uma vez que nestes casos se incorreria numa bitributação” (*Direito Tributário na Nova Constituição*, Ed. Atlas, 1989, pp. 127/128).

Este imposto foi conformado pelo Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), anterior aos dois diplomas mencionados, em seus artigos 63 a 69, sendo o referido Código lei ordinária que ganhou eficácia de complementar, em face do princípio da recepção no Direito Constitucional, quando da edição da Carta de 1967².

A lei complementar, no Brasil, possui dupla feição, podendo veicular normas gerais ou, nas hipóteses descritas na Constituição, impor regramento de aplicação imediata.

O Código Tributário Nacional enquadra-se no primeiro dos dois tipos de regulação complementar, veiculando apenas normas explicitadoras da Constituição, como teto e parâmetro de atuação dos poderes impositivos ordinários, a saber: União, Estados, Distrito Federal e Municípios³.

A anterioridade da lei complementar aos dois diplomas mencionados decorre de ter surgido a partir dos comandos da E.C. n.º 18/15, que criou, de rigor, pela primeira vez no país, um sistema tributário. E o IOF conformado naquela alteração da Carta Máxima de 1946, tinha o perfil idêntico àquele que apresentou nos textos supremos posteriores.

Como mero esclarecimento didático, a lei complementar, quando veiculadora de normas gerais nos termos do artigo 18, § 1.º, da E.C. n.º 1/69 ou do 146 da atual Constituição, apenas complementa o texto constitucio-

2 Após escrever que "o Direito brasileiro oferece um manancial de exemplos de aplicação do princípio da recepção" Luciano da Silva Amaro ensina: "Feita essa exposição, tem-se que a Lei n.º 5.172/66, editada validamente como lei ordinária, segundo o processo legislativo vigente na época de sua elaboração, permanece vigorando, após a Constituição de 1967, não obstante a exigência, por esta, de lei complementar para regular a matéria de que trata aquela lei. O Sistema Tributário Nacional, portanto, permanece, ainda hoje, regulado por uma lei ordinária: a Lei n.º 5.172/66, o Código Tributário Nacional. Entretanto, se se pretender, desde 15 de março de 1967, modificá-la, ou editar-se novo Código sobre a matéria, deve atender-se necessariamente à forma da lei complementar. Lei ordinária que, sob a vigência da Constituição de 1967, regule a matéria, será inconstitucional, não porque fira o Código Tributário Nacional, entendido como lei complementar, mas porque fere a Constituição (art. 18, parágrafo único, na redação atual; art. 19, parágrafo único, no texto original). Em síntese, a Lei n.º 5.172/66, com o advento da Constituição de 1967, não se transmutou em lei complementar, mas teve alterada sua eficácia, pois, sob essa Carta, só pode ser alterada por lei complementar" (*Direito Tributário* 5, Bushatsky, 1977, p. 292).

3 O artigo 146 da Constituição Federal tem a seguinte dicção: "Cabe à lei complementar: I. dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II. regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; III. estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas".

nal, explicitando-o, mas não podendo mudá-lo, nem reduzir ou aumentar seu espectro⁴.

Para mim, em que pesem opiniões abalizadas em contrário, sempre que assumo o desenho de um comando normativo veiculador de normas gerais, a lei complementar é uma lei nacional de escalão hierárquico superior, por que impõe fronteiras à atuação do Estado, que estão, implicitamente, contidas na Carta Magna⁵.

Os artigos 63 e 64 do CTN ofertam o perfil do IOF, denominação simplificada do imposto, conformando o que sejam suas operações e base de cálculo.

Os dois dispositivos estão assim redigidos:

“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: I. quanto às operações de crédito, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado;

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 em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este;

4 Escrevi: “Em Direito Tributário, como, de resto, na grande maioria das hipóteses em que a lei complementar é exigida pela Constituição, tal veículo legislativo é explicitador da Carta Magna. Não inova, porque senão, seria inconstitucional, mas complementa, esclarecendo, tornando clara a intenção do constituinte, assim como o produto de seu trabalho que é o princípio plasmado no texto supremo.

É, portanto, a lei complementar norma de integração entre os princípios gerais da Constituição e os comandos de aplicação da legislação ordinária, razão pela qual, na hierarquia das leis, posta-se acima destes e abaixo daqueles. Nada obstante alguns autores entendam que tenha campo próprio de atuação, no que têm razão, tal esfera própria de atuação não pode, à evidência, nivelar-se àquela outra pertinente à legislação ordinária. A lei complementar é superior à lei ordinária, servindo de teto naquilo que é de sua particular área mandamental” (*Sistema Tributário na Constituição de 1988*, 2ª ed., Saraiva, 1990, pp. 84/85).

5 O *Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 15* (Ed. CEEU-Centro de Estudos de Extensão Universitária/Resenha Tributária, 1990), com trabalhos de Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, Antonio Manoel Gonçalves, Aurélio Pitanga Seixas F.º, Cecília Maria Piedra Marcondes Hamati, Edvaldo Pereira de Brito, Fábio Leopoldo de Oliveira, Gilberto de Ulhôa Canto, Gustavo Miguez de Mello, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, João Caio Goulart Pentecado, José Eduardo Soares de Melo, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Paulo Lucena de Menezes, Plínio José Marafon, Ricardo Mariz de Oliveira, Sacha Calmon Navarro Coelho, Vittorio Cassone e Waldir Silveira Mello, por mim coordenado, procura dar o contorno jurídico atual da lei complementar no sistema brasileiro.

III. quanto às operações de seguro, a sua efetivação pela emissão da apólice ou do documento equivalente, ou recebimento do prêmio, na forma da lei aplicável;

IV. quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários, a emissão, transmissão, pagamento ou resgate destes, na forma da lei aplicável.

§ único. A incidência definida no inciso I exclui a definida no inciso IV, e reciprocamente, quanto à emissão, ao pagamento ou resgate do título representativo de uma mesma operação de crédito.

Art. 64. A base de cálculo do imposto é:

I. quanto às operações de crédito, o montante da obrigação, compreendendo o principal e os juros;

II. quanto às operações de câmbio, o respectivo montante em moeda nacional, recebido, entregue ou posto à disposição;

III. quanto às operações de seguro, o montante do prêmio;

IV. quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários: a) na emissão, o valor nominal mais o ágio, se houver; b) na transmissão, o preço ou o valor nominal, ou o valor da cotação em Bolsa, como determinar a lei; c) no pagamento ou resgate, o preço”.

Pelos dois textos, poder-se-ia ter a impressão de que a lei federal nº 8.033/90, ao impor a incidência do IOF sobre as operações de transmissão de ações de sociedades de capital aberto, seria constitucional, mormente levando-se em consideração que o princípio da anterioridade não se aplica ao IOF, sobre ser possível delegação de competência legislativa, nos termos da lei, ao Executivo para alterar alíquotas.

Com efeito, o artigo 150, inciso III, letra “b”, está assim redigido:

“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”,

redação esta complementada pelos §§ 1ºs dos artigos 150 e 153, assim veiculados, respectivamente:

“A vedação do inciso III, b, não se aplica aos impostos previstos nos arts. 153, I, II, IV e V, e 154, II”;

“É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V”⁶.

Desta forma, à primeira vista, o artigo 1º, inciso IV e § 1º, do artigo 2º, da lei 8.033/90 assim redigidos:

“São instituídas as seguintes incidências do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, sobre Operações Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários:

...

IV. transmissão de ações de companhias abertas e das conseqüentes bonificações emitidas;

§ 1º. A apuração do valor total das ações detidas, pelo titular, mencionado no inciso IV deste artigo, será obtida tomando-se por base:

a) o valor da ação no último pregão da Bolsa em que tenha sido mais negociada, anterior a 16 de março de 1990, atualizado até 30 de março de 1990, de acordo com a variação verificada no índice representativo de ações da Bolsa de Valores de maior movimento no país e convertido o valor apurado, nessa data, em BTN fiscal; e

6 Sacha Calmon Navarro Coelho esclarece: “Os fundamentos históricos e axiológicos do princípio tributário da anterioridade radicam: (a) na possibilidade de os contribuintes poderem prever a lei de regência a que estarão, no exercício seguinte, sujeitados os seus negócios, bens, renda e patrimônio (antes de realizarem os fatos geradores) e (b) na certeza de que durante o transcurso do exercício, lei alguma terá eficácia para alterar a *lex proevia*, em que se basearam para a realização dos fatos jurídicos tributários. Saber antes: certeza e segurança. Eis o significado da anterioridade. É dizer, o princípio da anterioridade nada tem a ver com a época em que os contribuintes pagam os tributos, decorrentes da realização dos fatos geradores. A regulação jurídica de um fato jurídico não pode ser posterior à ocorrência deste. O princípio atua antes do fato jurídico e não depois (irretroatividade substancial).

A regulação do lugar, da forma e do tempo do pagamento do tributo (fórmula normal de extinção das obrigações de dar, pecuniárias) também devem estar previstas *ex lege*, antes do início do exercício financeiro em que ocorrem os fatos geradores da obrigação. É errôneo supor que tais matérias são “administrativas” podendo ser alteradas ao alvedrio do credor, no caso, ao alvedrio das pessoas jurídicas de direito público, territoriais e não territoriais. Ao revés, são temas interditados ao Estado-Administração (sujeito ativo da obrigação tributária). Uma parte não pode unilateralmente alterar a obrigação.

Salvens e Acippiens, por força de contratos ou leis (obrigações *ex lege*) devem saber antes, com anterioridade, todos os elementos estruturais das obrigações a que se vinculam, af incluídos o lugar, a forma e o tempo do pagamento” (*Comentários à Constituição de 1988*, Forense, 1990, pp. 325/326).

b) caso não seja possível determinar o valor de acordo com o critério estabelecido na alínea anterior, o valor patrimonial da ação em BTN fiscal, segundo o último balanço da respectiva sociedade'' ,

legitimariam a imposição do IOF pela transferência nominal pretendida — mas não real — de titularidade das ações, visto que, aparentemente, a lei 8.033/90 preencheria os requisitos conformados pela Constituição Federal e pelo Código Tributário Nacional⁷.

Só à primeira vista e aparentemente, a conclusão pode ser esta. O exame mais aprofundado da questão e dos textos constitucionais e complementares, assim como do sistema tributário do país, leva-me, todavia, à conclusão de que nenhuma incidência é cabível na operação exposta pela consultente.

De início, entendo que a lei 8.033/90 é, por inteiro, inconstitucional⁸.

Muito embora determine o § 1º, do artigo 150, que o IOF não se submete ao princípio da anterioridade, o artigo 165, § 2º, submete-o ao princípio da anualidade.

Está o dispositivo assim escrito:

7 Marcos Paulo de Almeida Salles, ao comentar o artigo 63 do CTN, escreve: "As operações com títulos e valores mobiliários merecem algumas considerações de ordem econômica pois é de se entender que o desenvolvimento do mercado de capitais, onde elas vão aparecer em sua maior parte, está intimamente ligado ao desenvolvimento do país e ao combate à inflação. Assim sendo, o legislador prendeu em uma teia de malha muito fina, a liberdade do governo de ser maleável em sua política econômico-financeira, neste terreno. Tal é esta amarração que até agora não se regulamentou este tributo, *que a nosso ver é não só desinteressante como também de custosa e difícil cobrança*. Entendemos até poder ser eliminado este tipo de tributo se atentarmos para os dizeres do parágrafo único do artigo em tela, onde vamos encontrar a alternativa correta para a tributação de operações financeiras das quais se originem títulos de crédito, que pela própria autonomia do direito cartular, devem entrar em circulação já tributados em sua origem e totalmente desvinculados do fato que lhes deu origem e que fora gerador do imposto em apreço" (grifos meus) (*Direito Tributário 4*, ed. Bushatsky, 1976, pp. 71/72).

8 Escrevi: "Por outro lado, o IOF se transformou em autêntico imposto sobre o patrimônio, na medida em que incidirá sobre valores superiores ao valor agregado na operação. Em outras palavras, o IOF não poderia abranger mais do que o *valor real* da operação, isto é, o agregado pecuniário, dele subtraindo-se a correção monetária (reposição do valor da moeda) e o valor original da operação. O fato de ter atingido o próprio patrimônio, de tal maneira que a pessoa iniciou a operação com um valor determinado e a concluirá com um valor menor, por força da imposição, representa a criação de inquestionável imposto sobre o patrimônio, proibido no sistema rígido da Constituição brasileira, que apenas permite imposição, via uma das 15 formas elencadas nos artigos 153, 155 e 156, e outorga à União competência residual para criar novos impostos, *por lei complementar*, nos termos do artigo 154, inciso I, 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" (*Plano Collor — Avaliações e Perspectivas*, Ed. LTC, 1990, pp. 19/20).

“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 financeiras oficiais de fomento” (grifos meus).

Pelo mesmo, qualquer alteração tributária para o exercício posterior deve estar plasmada na lei de diretrizes orçamentárias. A lei orçamentária poderá acatá-la ou não, mas não poderá introduzir alteração que, previamente, não conste da lei de diretrizes orçamentárias⁹.

O discurso do texto supremo é muito claro. Fala, sem restrições, em:

“disporá sobre as alterações da legislação tributária”.

A lei de diretrizes orçamentárias é um diploma preparatório da lei orçamentária no sistema brasileiro, visto que o capítulo “Dos Orçamentos” refere-se, em seu artigo 165, a três veículos legislativos, a saber: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e orçamento propriamente dito¹⁰.

O discurso do § 2º conforma as diversas matérias, que devem compor a lei de diretrizes, considerando meras propostas, as:

- a) metas e prioridades da administração pública federal.
- e
- b) orientação na elaboração da lei orçamentária.

9 José Afonso da Silva ensina: “O orçamento é previsão, programação de atividades e projetos a serem realizados no futuro. Como tal, supõe periodicidade, que tem interesse: a) do ponto de vista político, por conceder ao Congresso Nacional a oportunidade de intervir periodicamente na atividade financeira, quer aprovando a proposta de orçamento para o período seguinte, quer fiscalizando a administração financeira do governo e tomando-lhe as contas; b) do ponto de vista financeiro, porque marca um período durante o qual se efetuam a arrecadação e a contabilização dos ingressos e se comprometem as despesas autorizadas, encerrando as contas públicas em determinado momento; c) do ponto de vista econômico, para o fim de influir nas flutuações dos ciclos econômicos.

O período atual tem sido preferido pela maioria das legislações estrangeiras e é adotado no Brasil desde a Constituição do Império. Está consagrado na Constituição vigente quando dá destaque e conteúdo específico à lei orçamentária anual (arts. 48, II, 165, II, § 5º, e 166).

O princípio da anualidade supõe, claro está, o período de tempo de um ano, para a execução do orçamento, mas não quer dizer que ele coincida com o ano civil. No Brasil, como se vê do art. 165, § 9º, I, cabe à lei complementar dispor sobre o exercício financeiro, que, atualmente, de acordo com a Lei 4.320/64, vai de 1º de janeiro a 31 de dezembro, ano civil, portanto” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, pp. 617/618).

10 O caput do artigo 165 da C.F. está assim veiculado: “Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I. o plano plurianual; II. as diretrizes orçamentárias; III. os orçamentos anuais”.

No que concerne à política tributária e às agências financeiras de fomento, o constituinte abandona o discurso genérico e flexível para um discurso incisivo e definitivo:

“disporá sobre...”

e

“estabelecerá”¹¹.

A lei de diretrizes orçamentárias, portanto, contém dois tipos de comandos, a saber:

a) os genéricos e flexíveis

e

b) os impositivos e inextensíveis.

Em relação aos primeiros, a lei orçamentária pode adaptá-los a seu perfil. Em relação aos segundos não, devendo a lei orçamentária adaptar-se, por inteiro, à lei de diretrizes orçamentárias¹².

Qual é a razão de, em relação às duas matérias mencionadas no § 2º e que constituem o feixe de dispositivos inextensíveis, a lei orçamentária não poder modificá-las?

A resposta é simples e decorre do fato de que as duas matérias dizem respeito à retirada de recursos da sociedade, por norma de rejeição social,

11 Celso Ribeiro Bastos informa: “Quanto aos orçamentos nota-se uma maior complexidade normativa. Passam a ser três, na verdade, os orçamentos existentes no país (art. 165). São todos leis de iniciativa do Poder Executivo.

O plano plurianual tem por objeto as despesas de capital para aqueles programas de duração contínua, é dizer, que extravasam o orçamento anual em que foram iniciadas.

Já as leis de diretrizes orçamentárias também têm uma duração maior do que a do exercício financeiro atual. Nela deverão constar as metas e as prioridades da Administração, assim como servirá de critério para a elaboração da lei orçamentária anual; da mesma forma, *disporá sobre as alterações na legislação tributária (art. 165, § 2º)*” (grifos meus) (*Curso de Direito Constitucional*, 11º ed., Saraiva, 1989, pp. 355/356).

12 Regis Fernandes de Oliveira, Estevão Horvath e Teresa Cristina Castrucci Tambasco ensinam:

“Discute-se sobre a aludida lei de diretrizes. Cuida-se de lei anual, porque fala o texto nas “despesas de capital para o exercício financeiro subsequente”. Ora, a lei de diretrizes, o próprio nome está dizendo, deve traçar regras gerais para aplicação no plano plurianual e também aos orçamentos anuais. Deve traçar “metas e prioridades” que deverão constar do plano plurianual, orientando “a elaboração da lei orçamentária anual”, ou seja, o que deve ela conter. *Deverá dispor, também “sobre as alterações na legislação tributária”, isto é, quando pode haver a inserção das receitas*” (grifos meus) (*Manual de Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p.76).

que é a tributária, e à aplicação de recursos públicos, que não podem ser desperdiçados¹³.

Não só os tributos devem ser cobrados objetivando o menor peso para a sociedade quanto à obtenção dos recursos necessários ao Estado, como sua aplicação deve obedecer a rígidos parâmetros, mormente na linha dos financiamentos à produção.

Intentou o constituinte, através da Lei de Diretrizes Orçamentárias, que é diploma mais técnico — não sujeito às pressões, que sempre ocorrem na apreciação da lei orçamentária —, proteger a sociedade contra o excesso de imposição, na trilha mais sábia de que o primeiro objetivo de uma adequada política fiscal é ser justa.

Por esta razão, a alteração que não conste da lei de diretrizes orçamentárias, não pode constar do orçamento e, à evidência, o tributo elevado ou instituído sem estar esculpido em tal veículo, é inconstitucional, pois sua exação fere o princípio da anualidade, que garante o contribuinte e não o Estado¹⁴.

13 Escrevi: "No concernente à divisão em normas de aceitação social e de rejeição social, o dilema se compõe na medida em que as normas de aceitação social têm, nas sanções, intrumental repressivo de rara aplicação, posto que as normas de comportamento seriam cumpridas mesmo que não houvesse penalidades.

As denominadas leis naturais — na moderna concepção de direito natural que não se choca com o Direito Positivo, visto que há normas que o Estado apenas reconhece e outras que cria — são, quase sempre, normas de aceitação social. O respeito ao direito à vida é típica norma de comportamento, que seria cumprida pela maior parte de qualquer população, mesmo que sanção não houvesse. Para tais normas compreende-se que as normas sancionatórias sejam secundárias, visto que o brilho das normas primárias ou de comportamento por si só assegura a força de sua aplicação e aceitação pela comunidade. Desta forma, quanto às normas de aceitação social, Cossio tem razão, sendo a norma sancionatória mero apêndice de aplicação restrita aos desajustados sociais.

O mesmo não acontece quanto às normas de rejeição social. Nestas, prevalece a necessidade da norma sancionatória, única capaz de fazer cumprida a norma de rejeição social.

O tributo, como o quer Paulo de Barros Carvalho, é uma norma. É uma norma de rejeição social. Vale dizer, sem sanção não seria provavelmente cumprida. A sanção é que assegura ao Estado a certeza de que o tributo será recolhido, visto que a carga desmedida que implica, traz, como consequência, o desejo popular de descumpri-la.

Tanto assim é que um contribuinte, que seria incapaz de matar alguém, mesmo que não houvesse norma sancionatória, muitas vezes, é tentado a não pagar tributos, só o fazendo em face do receio de que a norma sancionatória lhe seja aplicável.

É que todos os contribuintes sabem que pagam mais do que deveriam pagar para atender às necessidades maiores do Estado e às necessidades menores dos detentores do poder" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6º vol., tomo I, Saraiva, 1990, p.12).

14 A equipe da Price Waterhouse assim comenta o dispositivo:

"Já no que concerne à previsão de que as alterações na legislação tributária devam ser objeto da lei de diretrizes, isso significa uma maior tranquilidade para os contribuintes quanto à política fiscal a que se sujeitarão.

Por fim, outro aspecto que deve ser tratado pela lei de diretrizes diz respeito às agências financeiras oficiais de fomento, cuja política de aplicação, ou seja, a destinação de seus recursos, deve ser por ela estabelecida.

Tendo em vista a necessidade da redução das desigualdades regionais, buscada por esta Constituição e comprovada por diversos de seus dispositivos, é possível afirmar-se que essa política deverá favorecer as regiões menos desenvolvidas" (grifos meus) (*A Constituição do Brasil 1988*, Price Waterhouse, 1989, p.700).

Poder-se-á perguntar, em face do exposto, como inserir a dispensa de respeito ao princípio da anterioridade para 4 impostos, com a não dispensa do princípio da anualidade para todos os tributos.

A explicação é também simples. Pelo princípio da anterioridade, a lei deve ser anterior ao exercício, mas não necessariamente anterior ao orçamento. Pelo da anualidade, deve ser a lei tributária instituidora ou elevadora de tributos, anterior ao exercício e à lei orçamentária¹⁵.

Ora, se a lei de diretrizes orçamentárias permitir que qualquer um dos 4 impostos (IOF, IPI, IR e IE) possa ser alterado, no exercício seguinte até determinados níveis, tal disposição respeitará o princípio da anualidade, ofertando ao Poder Público a faculdade de aumentar ou não o tributo, no exercício seguinte ou no próprio exercício, nos limites estabelecidos pela LDO.

Desta forma, se o aumento se der no próprio exercício, mas se estiver autorizado pela LDO, terá tal elevação de qualquer dos 4 impostos, respeitado o princípio da anualidade, embora dispensada de submissão ao princípio da anterioridade.

Por essa interpretação, percebe-se ser perfeitamente conciliável a não exclusão de nenhum imposto à sujeição ao princípio da anualidade e a exclusão de alguns deles da exigência imposta pelo princípio da anterioridade¹⁶.

Em face das explicações acima, vislumbra-se claramente que a lei 8.033/90 é, por inteiro, inconstitucional, visto que a LDO de 1989, aplicável para o exercício de 1990, não dispôs sobre a alteração nela contida, com o que foi violentado o § 2º, do artigo 165, da Constituição Federal, ao ser editada.

15 Roque Carrazza, ao falar sobre a inexistência do princípio da anualidade, no direito pretérito, escreve:

“Vamos entender bem a assertiva. A lei que cria ou aumenta um tributo — esta é a regra geral — ao entrar em vigor, fica com sua eficácia paralisada, até o início do próximo exercício financeiro, quando, aí sim, passará a produzir todos os seus efeitos, na ordem jurídica. Exemplificando para melhor esclarecer, se uma lei criar um tributo agora, em 1981, ele só poderá ser exigido a partir do dia 1º de janeiro de 1982. Este é o tão decantado princípio da anterioridade que não deve ser confundido com o princípio da anualidade, pelo qual nenhum tributo podia ser cobrado em cada exercício, sem prévia autorização anual. Este princípio — o da anualidade — que existiu no Brasil durante a vigência da Constituição de 1946 — cedeu passo ao princípio da anterioridade, que acabamos de sumariamente expor. De forma que, nos termos do art. 153, § 29, da Constituição, a lei que cria ou aumenta um tributo, ao entrar em vigor, fica com sua eficácia paralisada até o início do próximo exercício financeiro, quando, aí sim, passará a produzir todos os seus efeitos” (*Curso de Direito Tributário*, Saraiva, 1982, p.70).

16 Toshio Mukai, na mesma linha, esclarece: “Portanto, esta lei de diretrizes orçamentárias é novidade na matéria, posto que será ela que condicionará a elaboração do próprio orçamento anual, a fixação das despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, disciplinará e condicionará qualquer alteração na legislação tributária para o ano seguinte (*com o que se volta ao princípio da anualidade da lei tributária e não mais bastando o da anterioridade da lei tributária*) e, ainda, fixará política de aplicação das agências oficiais de fomento (BNDES, Caixa Econômica, Banco do Brasil etc.)” (grifos meus) (*Administração pública na Constituição de 1988*, Saraiva, 1989, p.119).

Raciocinar de forma distinta, seria declarar a LDO como instrumento absolutamente inútil e reconhecer que, apesar de o constituinte exigir deva esse diploma dispôr sobre todas as alterações tributárias, nem o Poder Executivo nem o Poder Legislativo estariam obrigados a obedecê-la.

Em outras palavras, o constituinte teria apenas instituído uma lei inócua para que os deputados brincassem de legislar, produzindo um diploma legislativo sem nenhuma validade, posto que não obrigando ninguém, nem a eles mesmos. A função da LDO objetivaria apenas gastar o dinheiro dos contribuintes, pois o Legislativo ao aprová-la estaria legislando para nada.

Em homenagem à inteligência dos preclaros constituintes e ao respeito que tinham pela nação, não posso admitir que tenham criado um instrumento legislativo que seria, nesta hipótese, rigorosamente inútil¹⁷.

E o parecer poderia parar por aqui, em face da manifesta inconstitucionalidade da lei 8.033/90, por veicular alteração tributária não disposta na LDO de 1989, com o que sem possibilidade de ser aplicada no ano de 1990 para as operações em 1990 realizadas.

Um outro aspecto merece, todavia, também reflexão.

Com a nova Constituição, dois princípios foram valorizados, a saber: o do respeito à capacidade contributiva e o da proibição de confisco¹⁸.

Estão o § 1º, do artigo 145 e o inciso IV, do artigo 150, assim redigidos:

“§ 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;

17 Wolgran Junqueira Ferreira assim comenta o dispositivo: “Como o plano plurianual de investimentos é para quatro anos, as *diretrizes orçamentárias* são para dois. Têm elas as seguintes finalidades: a) definir metas; b) definir prioridades. Ambas para o exercício financeiro subsequente. Deverá orientar a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária que seja indispensável para a obtenção das receitas públicas, e finalmente estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento” (*Comentários à Constituição de 1988*, 1º ed., Ed. Julex, 1989, p.922).

18 O Caderno de Pesquisas Tributárias nº 14 (Ed. CEEU/Resenha Tributária, 1989), foi dedicado ao tema Capacidade Contributiva, com estudos de Agostinho Toffoli Tavoraro, Angela Maria da Motta Pacheco, Cecília Maria Marcondes Hamati, Edvaldo Pereira de Brito, Fábio Leopoldo de Oliveira, Gilberto de Ulhôa Canto, Gustavo Miguez de Mello, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, João Caio Goulart Penteadó, José Eduardo Soares de Melo, Marçal Justen Fº, Ricardo Mariz de Oliveira, Wagner Balera, Waldir Silveira Mello e Ylves José de Miranda Guimarães.

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”.

A Constituição Brasileira consagra, pois, o respeito à capacidade contributiva e ao princípio da não confiscatoriedade.

Pelos dois, a tributação não pode ser excessiva. O princípio da capacidade contributiva vincula-se à capacidade econômica geral do contribuinte, de suportar tributação confiscatória, mesmo sem perder sua capacidade econômica¹⁹.

A vedação ao efeito de confisco objetiva tornar a tributação justa, não atingindo a capacidade de contribuir do sujeito passivo em relação a cada operação tributária. O efeito de confisco não leva em consideração a capacidade econômica do contribuinte, mas a injustiça e o confisco da imposição em uma operação em particular.

Ora, a lei 8.033/90 foi, nitidamente, confiscatória por atingir, não apenas o agregado financeiro nas operações de crédito, mas o próprio patrimônio das operações mencionadas, sendo, em relação àquelas enunciadas anteriormente à data de sua edição, inconstitucional por ferir outro princípio de proteção do contribuinte, que é o da irretroatividade²⁰. Nem se comente a segunda incidência sobre as operações de aquisição de ouro realizadas em data anterior a 15.3.90, em percentual de 35% sobre o patrimônio, tornando-se para esta hipótese um imposto retroativo e patrimonial, sobre ser ainda violentamente maculador da capacidade contributiva e do direito à propriedade garantidos pela Constituição.

19 Escrevi: “De início, mister se faz um esclarecimento. Capacidade contributiva e capacidade econômica não se confundem. Embora sejam ambas dimensões de 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*, vol. 14, Ed. Resenha Tributária/CEEU, 1989, pp. 34/35/36).

20 O artigo 150, inciso III, letra “a” da Constituição Federal tem a seguinte dicção:

“Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: ... III. cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”.

Discute-se na doutrina se o IOF poderia ou não atingir mais do que o agregado financeiro nas referidas operações, isto é, o próprio patrimônio. O CTN o permite, mas de forma moderada, em face da vedação aos efeitos de confisco. Outros entendem, todavia, que sempre que o IOF retirar mais do que a lucratividade da operação, seria notoriamente inconstitucional por se transformar em imposto patrimonial²¹. E neste caso, apenas poderia ser veiculado por lei complementar, como determina o artigo 153, inciso VII, da Constituição Federal, assim veiculado:

“Compete à União Instituir Impostos sobre:

.....

VII. grandes fortunas, nos termos de lei complementar”.

E se fosse um imposto patrimonial atípico — o que se admite apenas para argumentar pelo absurdo — deveria ter sua veiculação também pelo instrumento superior da lei complementar, nos termos do artigo 154, inciso I, da Constituição Federal.

Se alguém pretender aplicar no sistema financeiro — por enquanto estou apenas falando das operações de crédito — 100 para receber 105, o IOF poderá atingir no máximo 5 e não mais do que 5, visto que, além desse nível, estaria retirando o próprio sentido da operação e ganhando o efeito de confisco que a Constituição pretende proibir.

As alíquotas impostas pela lei 8.033/90 foram notoriamente confiscatórias porque muito além do agregado financeiro, razão pela qual não só a doutrina repudiou tal imposição, como já inúmeras decisões de 1ª instância têm sido proferidas no sentido de considerar inconstitucional a referida lei, por esse argumento.

Um último aspecto diz respeito ao fato de parcela ponderável da doutrina brasileira acreditar que norma tributária não pode ser veiculada por medida provisória, não se convalidando de sua transformação posterior em lei, por vício insanável²².

21 Gilberto de Ulhôa Canto ensina: “Poderá, entretanto, haver efeito confiscatório de impostos sobre a produção e a circulação de mercadorias e/ou serviços, sempre que a alíquota real do tributo for maior do que a margem de lucro com que o contribuinte opera. Por exemplo, se um determinado imposto for de 15% e incidir sobre mercadoria vendida com a margem de lucro de 10%, em tese poderá haver confisco, a não ser que o contribuinte possa transladar o montante do imposto. A hipótese poderia verificar-se, segundo se alega, no caso de incidência do ICMS sobre exportações de produtos semi-elaborados, uma vez que o mercado internacional tem preços inelásticos, os quais eventualmente não comportam a translação do imposto” (*Caderno de Pesquisas Tributárias*, ob. cit., p.28).

22 Escrevi em parecer encomendado pelos deputados Ulisses Guimarães e Nelson Jobim: “O Presidente da República pode legislar por leis delegadas e por medidas provisórias. As leis delegadas ofertam

Entendemos que o que não pode o Presidente da República produzir por lei delegada, veículo de maior dignidade legislativa, tampouco poderá ser objeto de medida provisória, veículo condenado a morrer em 30 dias e de dignidade incomensuravelmente menor. Até porque sua rejeição ou não aprovação retira-lhe toda a eficácia (perda de eficácia *ex tunc*), ao contrário da lei delegada, cuja revogação não elimina os efeitos produzidos enquanto em vigor (perda de eficácia *ex nunc*)²³.

Dentre os juristas que assim entendem encontram-se Sacha Calmon Navarro Coelho, Edvaldo Pereira de Brito, Carlos Mário Velloso, Celso Bastos, Mizabel de Derzi, Aires Fernandino Barreto etc.

poder — não precário — ao Presidente de legislar com a devida autorização do Congresso. O espectro de importância, relevância e grandeza da lei delegada é incomensuravelmente maior do que o oferecido à medida provisória, cuja condicional constitucionalidade é de tal ordem, que sua eficácia pode ser destruída até por decurso de prazo.

Ora, se o constituinte, para a lei delegada, impôs limites ao Poder Executivo, não teria sentido não impô-los para a medida provisória. O veículo de maior estatura não pode valer menos do que aquele de menor, de tal forma que à medida provisória está vedada, implicitamente, tratar de matéria que a lei delegada não pode cuidar.

Já deste assunto cuidei em meu livro "Direito Econômico" (Ed. Forense, 1987), razão pela qual me dispensei de tecer maiores comentários a respeito, remetendo à sua leitura o eventual interessado. Ora, se a lei complementar deve regular todo o processo legislativo, sem exceção, e se neste processo o veículo maior, de delegação, sofre limites, pelo menos os mesmos limites daquela delegação definitiva — e com perda de eficácia *ex nunc* e não *ex tunc* — são de extensão obrigatória às medidas provisórias.

É, de resto, a tese que defenderam, no já referido Congresso da Bahia, o Deputado Michel Temer, o ex-Senador Josafá Marinho, o Ministro Carlos Mário Velloso, o ex-Ministro Oscar Corrêa, os professores Edvaldo Brito, Sílvio Faria e muitos outros, além do signatário deste parecer.

Nesta mesma linha de raciocínio está o professor Celso Bastos, com postura já ofertada em estudos escritos, desde a Constituição anterior.

Por todo o exposto, entendo que as limitações impostas ao poder precário de legislar do Presidente da República, são constitucionais, sendo juridicamente irrepreensível o projeto de lei complementar dos deputados consulentes.

De resto, não dizem coisa nova os eminentes parlamentares, mas apenas reproduzem o ensinamento dos países mais desenvolvidos, em matéria orçamentária, tributária, de finanças públicas, no que concerne às restrições de direito, posto que, nesses países, o Congresso exerce o seu papel fundamental de defensor da sociedade contra o Estado, na medida em que discute e elabora as leis de tal natureza, retirando de um só homem tal decisão" (*O Plano Brasil Novo e a Constituição*, 1ª ed., Forense Univ., 1990, p.96/97/9&).

23 Fátima Fernandes de Souza Garcia ensina: "A terceira característica é a *provisoriidade* da medida. Embora o conteúdo da medida provisória configure o modo definitivo que se quer regulada determinada situação, o ato em si mesmo é provisório.

Com efeito, se não for convertido em lei, esse ato perderá sua eficácia, nos termos do disposto no art. 62 da Constituição Federal, desde a sua edição. Se, entretanto, convertido, será substituído por outro, ou seja, pela própria lei. Assim, a vigência e a valência do conteúdo são incertos até a conversão. Apesar disso, os destinatários e a própria administração devem obedecer ao estatuído na medida provisória, tanto assim que o art. 62 faz referência às relações jurídicas dela decorrentes" ("A medida provisória", tese p/curso de pós-graduação Mestrado Direito Constitucional da PUC, pp. 32/33).

Em face do exposto, por mais este aspecto, seria inconstitucional a M.P. 160/90 que deu nascimento à lei 8.033/90.

Apesar de convencido da manifesta inconstitucionalidade da lei 8.033/90, considero-a, todavia, de nenhuma aplicação à hipótese consultada — já agora falando das operações relativas a títulos e valores mobiliários —, mesmo que constitucional fosse, em face dos argumentos que, perfunctoriamente, passo a expor:

O primeiro deles é o de que a operação será realizada fora dos limites soberanos da lei impositiva brasileira. O princípio da soberania conforma todo o sistema jurídico mundial. Salvo acordo entre países, de natureza bilateral, regional ou setorial, as forças de ação da lei morrem onde morre a capacidade de o país fazer prevalecer sua imperatividade²⁴.

Até mesmo no que concerne ao princípio da territorialidade nas relações em que são envolvidos cidadãos e estabelecimentos de outros países ou mesmo outros países, sua aplicação só se justifica se a operação puder ser atingida pela *longa manus* do país impositor, como ocorre com a retenção na fonte do imposto sobre a renda nas remessas para o exterior de royalties, juros ou dividendos. O contribuinte estrangeiro, por força do regime da fonte, nesta modalidade de incidência é alcançado pela imperatividade da legislação brasileira. E é, por esta razão, que o modelo dos tratados contra a dupla tributação da OECD, adotado pelo Brasil nos mais de 15 acordos assinados, inclusive com Portugal, cuidam fundamentalmente do I.R.²⁵

Em relação ao IOF não há como o Estado brasileiro atingir operação em que o transmitente e o adquirente encontrem-se fora da soberania das leis brasileiras e não sejam contribuintes no país²⁶.

24 Alberto Xavier esclarece: "Ora, um dos dados que importa ter presente para a dilucidação do referido problema consiste desde logo na autonomia formal das normas fiscais que definem o âmbito de validade espacial da ordem tributária interna. Poderá dizer-se — e o argumento é inegavelmente poderoso — que a autonomia formal de um preceito não prejudica a unidade substancial da norma, resultando apenas de razões de técnica legislativa que, para tornar mais clara a interpretação e mais fácil a aplicação da lei, desmembrou o mesmo comando substancial em preceitos formalmente autônomos. A verdade, porém, é que a especialidade na estrutura destas normas, construídas com vista à escolha de um elemento de conexão e à definição dos critérios da sua localização territorial, permitem ao menos duvidar da sua integração substancial nas normas tributárias materiais definidoras da hipótese de incidência dos tributos" (*Direito Tributário Internacional do Brasil*, Ed. Resenha Tributária, 1977, p. 16).

25 Entre outros o Brasil tem tratados contra dupla tributação com Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Luxemburgo, Itália, França, Japão, Noruega, Portugal e Suécia.

26 O Supremo Tribunal Federal já decidiu antes do D.L. 1.418/76 que: "585 — Não incide o Imposto de Renda sobre a remessa de divisas para pagamento de serviços prestados no exterior, por empresa que não opera no Brasil", lembrando-se que o D.L. 1.418/76 ao considerar tributável a operação levou em consideração o exercício possível do poder impositivo, em face de ter o direito de autorizar ou não as remessas. Em outras palavras, havia a possibilidade do exercício do poder de impor.

O inciso IV, do artigo 1º e o § 1º, do artigo 2º da Lei 8.033/90, já atrás transcritos, dão o perfil de operações realizadas no país com contribuintes brasileiros e não de operações realizadas no exterior entre pessoas que não são sujeitos passivos de relação tributária no Brasil.

Em outras palavras, à falta de sujeito passivo e de operações realizadas e quantificáveis no país, não há como considerar a relação tributável.

Faltam, de resto, todos os elementos para a incidência, a saber: o aspecto temporal (não há como a União determinar o momento da transmissão), o aspecto material (a formação do contrato), o aspecto pessoal (sujeitos passivos fora da soberania das leis brasileiras), o aspecto especial (não é operação realizada no Brasil ou no âmbito de influência das leis brasileiras), o aspecto instrumental (a transmissão é realizada nos termos da lei portuguesa e não brasileira)²⁷.

Não há, pois, mesmo que constitucional fosse a lei 8.033/90 — que não é — como fazê-la aplicável à transmissão ocorrida fora do Brasil, entre não contribuintes.

Poder-se-ia, todavia, alegar o fato de que a transmissão externa terá que ser registrada no Banco Central.

O certificado de registro de capital estrangeiro não é, todavia, um instrumento de transmissão. O IOF incide sobre a *transmissão*, como de resto, determina o CTN (art. 64) e esta, por ter sido realizada, nos moldes da lei portuguesa, entre entidades portuguesas, não contribuintes no Brasil, à evidência, não está sujeita ao IOF.

O certificado apenas determina no presente quem detém as ações da companhia brasileira, mas não é instrumento de transmissão.

Tal consideração é de relevância para que não se tenha a impressão de que a alteração do titular no certificado possa ser tido por ato translativo. A alteração no certificado de registro de capital estrangeiro no Banco Central corresponde apenas à fotografia de uma realidade, cuja ocorrência foi neces-

27 Paulo de Barros Carvalho ensina: "Acreditamos que os elementos indicadores da condição de espaço, nos supostos das normas tributárias, hão de guardar uma dessas três formas impositivas, diretriz que nos conduz a classificar o gênero tributo na conformidade do grau de elaboração do critério espacial da respectiva hipótese tributária:

- a) hipótese cujo critério espacial faz menção a determinado local para a ocorrência do fato típico;
- b) hipótese em que o critério espacial alude a áreas específicas, de tal sorte que o acontecimento apenas ocorrerá se dentro delas estiver geograficamente contido;
- c) hipóteses de critério espacial bem genérico, onde todo e qualquer fato que suceda sob o manto da vigência territorial da lei instituidora, estará apto a desencadear seus efeitos peculiares" (*Curso de Direito Tributário*, Saraiva, 1985, p.146).

sariamente anterior e fora dos limites, possibilidades e competência fiscalizatória do governo brasileiro²⁸.

Não sendo o ato de transmissão, à nitidez, tal alteração de titularidade, por força de transmissão anterior, não está sujeito ao IOF que só pode incidir sobre a *própria transmissão*, nos termos da lei ordinária e da lei com eficácia de complementar, que é o CTN.

Não vejo, pois, como considerar a alteração de titularidade no certificado, como transmissão incidível pelo IOF, não só por não ser este o ato translativo, como por ser anterior e operado fora dos limites de imperatividade da lei brasileira.

Em consulta, todavia, à Receita Federal, em que a própria autoridade que a responde declara que sua resposta não produz efeitos jurídicos em processos administrativos, lê-se o seguinte trecho:

“Neste contexto, há que se concluir pela improcedência da afirmação de que inexistiria a exigibilidade do IOF sobre operação narrada, pois muito embora a tradição do ativo possa ocorrer no exterior, entre não residentes no país, a transmissão de propriedade, no caso sob exame, ocorre com o competente registro da operação no Brasil, caracterizando, neste momento e de forma irretorquível, o fato gerador tributário, nos termos previstos na legislação de regência. O contribuinte, nesta situação, é transmitente (art. 9º, IV, da Lei 8.033/90) proprietário dos títulos em 16.3.90, ao qual cabe, diretamente ou através de seu representante legal no país, recolher o tributo devido”.

28 Áttila de Souza Leão Andrade Jr., ao comentar o artigo 52 do Decr. 55.762/65, demonstra estar fora da alçada das leis brasileiras as operações realizadas no exterior: “O artigo 52 do Decreto 55.762/65 estabelece que: “Os reinvestimentos de lucros e as transferências ou cessões de capitais, créditos ou contratos entre pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas ou com sede no exterior, não estão sujeitos a operações simbólicas de compra e venda de câmbio.

Parágrafo único — Quando a cessão ou a transferência se fizer a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no país, será cancelado o registro”.

Devemos entender o *caput* do art. 52 do Dec. 55.762/65 com a cessão de capitais, créditos ou contratos registrados no BACEN entre pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas ou com sede no exterior. Todavia, a lei não permite, conforme anuncia o parágrafo único do mesmo artigo, a referida cessão de uma pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no exterior a uma pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no país. É justificável a exceção, pois a cessão resultaria uma descaracterização do conceito de “capital estrangeiro” *apud* art. 1º da Lei 4.131/62 amplamente estudado no Capítulo I” (*O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro*, Forense, 1979, p.139).

Em que pese o respeito que nutro pela autoridade mencionada, parece-me ter incorrido em dois equívocos.

O primeiro deles é o de que reconhece que a transmissão ocorre no exterior, ao dizer:

“muito embora a tradição da propriedade possa ocorrer no exterior entre não residentes no país”...,

declara, *por ficção jurídica*, que:

“a transmissão da propriedade, no caso sob exame, ocorre com o competente registro da operação no Brasil”²⁹.

A observação fere dois princípios. O primeiro de ofertar o intérprete a exigência de que pode a legislação tributária alterar o conceito, a definição e o perfil dos institutos privados, quando o CTN apenas lhe permite oferecer efeitos, nos termos de seus artigos 109 a 110, assim descritos:

“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”³⁰.

29 Limongi França e sua equipe assim se referem à transmissão de propriedade: Transmissão de propriedade — Designa a transferência da propriedade. Pode a transmissão dar-se por ato entre vivos ou *causa mortis*.

Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (CC, art. 1.572).

Por ato entre vivos é de considerar que o domínio das coisas não se transfere pelos contratos antes da tradição (CC, arts. 620 e 675). Em se tratando de coisa imóvel, cumpre o registro do título no Cartório de Imóveis (CC, art. 530, I)” (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 74, Saraiva, 1977, pp. 388/389).

30 Aliomar Baleeiro ensina: “Limites do predomínio do direito privado. Combinado com o art. 109, o art. 110 faz prevalecer o império do Direito Privado — civil ou comercial — quanto à definição, conteúdo e ao alcance dos institutos, conceitos e formas daquele direito, sem prejuízo de o Direito Tributário modificar-lhes os feitos fiscais. Por ex., a solidariedade, a compensação, o pagamento, a mora, a quitação, a consignação, a remissão etc. podem ter efeitos tributários diversos. A quitação

Da mesma forma que o legislador tributário não pode dizer que o comodato é locação, não pode declarar que a transmissão ocorrida fora do território brasileiro não é transmissão, mas mera tradição sem qualquer consequência jurídica e que a transmissão só se dará no momento em que a referida operação — *já realizada* — for comunicada ao país, por termo lavrado no livro de “Transferências de Ações Normativas” da companhia.

Confunde o eminente consultor fazendário a formalização das operações — para conhecimento de terceiros — com a operação de transmissão que se dá quando cedente e cessionário acordam preço e se outorgam os títulos translativos.

A operação de tradição é que gera a transmissão. Assim é que o artigo 32 das Leis das Sociedades por Ações declara que:

“A propriedade das ações endossáveis presume-se pela posse do título com base em série regular de endossos, mas o exercício de direitos perante a companhia requer a averbação do nome do acionista no livro “Registro de Ações Endossáveis” e no certificado (§ 2.º).

§ 1.º. A transferência das ações endossáveis opera-se: a) no caso de ação integralizada, mediante endosso no certificado, em preto ou em branco, datado e assinado pelo proprietário da ação ou por mandatário especial; b) no caso de ação não integralizada, mediante endosso em preto e assinatura do endossatário no certificado; c) independentemente de endosso, pela averbação, efetuada pela companhia, do nome do adquirente no livro de registro e no certificado, ou pela emissão de novo certificado em nome do adquirente.

§ 2.º. A transferência mediante endosso não terá eficácia perante a companhia enquanto não for averbada no livro de registro e no próprio certificado, mas o endossatário que demonstrar ser possuidor do título com base em série regular de endossos tem direito de obter a averbação da transferência, ou a emissão de novo certificado em seu nome.

fiscal, p.ex., é dada sob ressalva implícita de revisão do crédito fiscal (cfr. CTN, art. 158). Para maior clareza da regra interpretativa, o CTN declara que a inalterabilidade das definições, conteúdo e alcance dos institutos, conceitos e formas do Direito Privado é estabelecida para resguardá-los no que interessa à competência tributária. O texto acotovela o pleonasma para dizer que as “definições” e limites dessa competência, quando estatuídos à luz de Direito Privado, serão as deste, nem mais nem menos” (*Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed., Forense, 1981, pp. 444/445).

§ 3º. No caso da alínea “c” do § 1º, o adquirente que pedir averbação da transferência ou a emissão de novo certificado em seu nome deverá apresentar à companhia o certificado da ação e o instrumento de aquisição, que ela arquivará.

§ 4º. Presume-se autêntica assinatura do endossante se atestada por oficial público, sociedade corretora de valores, estabelecimento bancário ou pela própria companhia.

§ 5º. Aplicam-se, no que couber, ao endosso da ação, as normas que regulam o endosso de títulos cambiários”³¹.

reconhecendo que a averbação nos livros têm apenas efeitos para exercício de direitos contra terceiros. Por outro lado, o § 2º do artigo 31, em relação às ações nominativas recebidas em sucessão universal, determina que sejam registradas apenas mediante prova, apesar de utilizar-se da expressão “transferência”:

“§ 2º. A transferência das ações nominativas em virtude de transmissão por sucessão universal ou legado, de arrematação, adjudicação ou outro ato judicial, ou por qualquer outro título, somente se fará mediante averbação no livro de “Registro de Ações Nominativas”, à vista de documento hábil, que ficará em poder da companhia”.

A evidência, a transferência a que faz menção o legislador ordinário é apenas a formalização, por reconhecer que a transmissão se deu anteriormente, *senão não faria menção a ato judicial ou qualquer título regulatório da transmissão*, prova clara e inequívoca de que reconhece ser não aquele o ato da transmissão, mas apenas de formalização para conhecimento de terceiros³².

31 Darcy Arruda Miranda Jr. escreve: “As ações nominativas oferecem ao investidor uma segurança maior que a ação “ao portador”, embora esta tenha maior facilidade de circulação. A ação endossável reúne essas duas qualidades, pois se trata de título nominativo que circula mediante endosso.

Presume-se seu proprietário, aquele que estiver de posse do título apoiado em uma cadeia regular de endossos, afirma, equivocadamente a lei, pois a ação endossável pode permanecer em poder de seu titular originário.

Pode-se transferir o título sucessivamente, sem que seja necessária a cada ato de transferência a emissão de um novo certificado ou a averbação do antigo. É preciso lembrar que o endosso por si só não concretiza a transferência. Como se trata de documento indispensável para o exercício de direitos, é necessário que seja o aludido endosso acompanhado da tradição do certificado, isto é, da sua entrega ao endossatário (comprador)” (*Breves comentários à lei de sociedade por ações*, Saraiva, 1977, pp. 49/50).

32 Feliz Ruiz Alonso preleciona sobre a matéria: “A transferência, pois, tanto pode-se realizar no âmbito da companhia (assinando o termo de transferência no livro próprio) como fora dela — em juízo ou

De resto, reza o artigo 1.572 do Código Civil que a transmissão se dá na abertura da sucessão:

“Aberta a sucessão, o domínio e a posse de herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

E, à nitidez, o Código Civil, com propriedade, fala em *transmissão*...

No caso em espécie, tendo a transmissão ocorrido no exterior entre não residentes e não contribuintes do país, não há como confundir conceitos e alterar princípios, pretendendo, por *ficção jurídica* considerar transmissão de títulos *não a transmissão real*, mas sua comunicação para conhecimento de terceiros, nos termos da legislação comercial, formalização necessariamente posterior.

Tal veledade exegética é inadmissível no campo do Direito Tributário, devendo-se lembrar a conclusão do IX Simpósio Nacional de Direito Tributário, de que participaram mais de 200 professores de Direito Tributário, Ministros do Supremo Tribunal Federal e procuradores da República, da Fazenda Nacional e magistrados, em que o Plenário concluiu ser a “ficção jurídica” técnica impositiva vedada pelo sistema:

“Por ficção não se pode considerar ocorrido o aspecto material do fato imponible, pois ou se estará exigindo tributo sem fato gerador ou haverá instituição de tributo fora da competência outorgada pela Constituição. O mesmo se aplica à instituição da presunção absoluta, pois de sua aplicação, poderá resultar exigência de tributo sem fato gerador (unânime)”³³.

Não se pode, pois, alterar a natureza jurídica de uma operação objetivando criar hipótese de imposição não aceita pela legislação de incidência.

fora dele. Vários, portanto, os modos de operar a transferência das ações nominativas. Desenham-se três maneiras: uma judicial e duas extrajudiciais — entre estas a cessão societária do § 1º e a cessão extra-societária do § 2º, mediante qualquer instrumento público ou privado, que poderá ser averbado, para que surta efeito perante a companhia.

Os títulos de crédito, incluídas as ações, têm sido tratados de maneira demasiadamente abstrata e uniformizante, em constante pugna com a realidade subjacente a que cada título serve. O formalismo, na transferência das ações nominativas, ficou superado — resta agora a prudência dos administradores da companhia, à hora de aceitarem os instrumentos particulares de cessão de ações, antes de averbá-los no “Registro de Ações Nominativas” (*Comentários à lei das sociedades por ações*, volume II, Ed. IASP/Resenha Tributária, 1980, p. 106).

33 *Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 10*, Ed. CEEU/Resenha Tributária, p. 354).

O segundo equívoco do probo consultor fazendário é aquele de exigir do cessionário e cedente o pagamento de IOF, não sendo os dois contribuintes, nem residentes no país, o mesmo podendo ocorrer com seu representante.

Como a almejada responsabilidade de pagamento é de pessoas fora do alcance da legislação brasileira, vejo como insólita a pretensão do governo brasileiro de enviar um representante seu a Portugal para autuar o sujeito passivo da pretendida relação que não é nem residente, nem contribuinte do Brasil. E no caso terminaria por autuar o governo português, que se transformaria em sujeito passivo indireto de um imposto incidente em operação realizada fora do Brasil entre não brasileiros, nem residentes, nem contribuintes do país!!!

Nem mesmo a inaceitável observação de que poderá exigir o tributo de seu representante legal é pertinente, na medida em que os detentores do capital estangeiro no país, necessitam deter apenas o certificado de registro no Banco Central. Seu representante, poderá, inclusive, não ter poderes plenos, se representante houver, para representar os investidores estrangeiros.

Não vislumbro, pois, como possa o governo brasileiro exigir, fora de sua soberania, imposto à nitidez indevido, de não residente, nem contribuinte, em operações realizadas em outro continente — e sem quantificação de valores ao alcance do governo brasileiro — tendo que, de resto, executá-lo, no país em que a operação se realizou e não no Brasil.

Em face de todo o exposto, respondo afirmativamente à questão formulada, entendendo não ser tributada, a operação mencionada na consulta, pelo IOF.

S.M.J.

São Paulo, 26 de novembro de 1990

**A LIVRE INICIATIVA E A INTERVENÇÃO CONCORRENCIAL
DO PODER PÚBLICO — A EMPRESA ESTATAL, POR ABUSO
DO PODER ECONÔMICO, ESTÁ SUJEITA ÀS SANÇÕES
APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS PRIVADAS — A TEORIA DA
IMPREVISÃO EM FACE DOS PLANOS DE ESTABILIZAÇÃO
DA ECONOMIA — A NECESSIDADE DE REVISÃO DAS
CLÁUSULAS PACTUADAS EM CIRCUNSTÂNCIAS DIVERSAS E
ANTERIORES — ORTN, OTN E BTN SÃO OS ÍNDICES
OFICIAIS PARA CORREÇÃO MONETÁRIA SEMPRE QUE O
CREDOR FOR ENTIDADE CONTROLADA PELO PODER
PÚBLICO — PARECER**

CONSULTA

As consulentes, por intermédio de seu eminente advogado Mário Rubens de Mello Filho, perguntam-me o seguinte:

“I — HISTÓRICO

01. Em 7 de dezembro de 1978 foi firmado o contrato de repasse com garantia hipotecária e fiança, celebrado entre o Banco do Brasil S.A. e uma das empresas consulentes, de empréstimos externos efetuados com fundamento na Resolução 63 do Banco Central do Brasil, na importância de US\$..., convertidos à taxa de câmbio do dia, à quantia, em moeda nacional, de Cr\$...

Como garantia, foi dada ao Banco, em hipoteca o terreno e o edifício do hotel situado no Rio de Janeiro, avaliados àquela data em Cr\$..., e mais a fiança, a que se comprometeram, como principais pagadores, acionistas e suas respectivas esposas.

02. Em 4 de dezembro de 1980 procedeu-se a uma segunda operação de repasse, similar à anterior, na importância de US\$ convertida a Cr\$... sendo dada como garantia o mesmo imóvel onde se encontra instalado o hotel citado, já então avaliado em Cr\$... Uma outra hipoteca foi igual-

mente pactuada compreendendo o imóvel de hotel localizado no Estado da Bahia. Como fiadores restaram os acionistas e suas respectivas esposas.

03. Em 16 de janeiro de 1987 o Banco do Brasil S.A. firmou com duas das empresas consulentes um contrato de confissão e assunção de dívidas, resultante da negociação que se vinha efetuando com vistas à consolidação de todos os débitos daquelas duas empresas perante o Banco. Uma das empresas confessou-se devedora, na data-base acordada de 31 de julho de 1985, da importância de Cr\$... Na mesma data foi firmado pelas mesmas partes contratantes um contrato de compra e venda de imóvel com arrendamento mercantil (lease back) no valor de Cr\$...

II — EVOLUÇÃO DAS OPERAÇÕES DE CONSOLIDAÇÃO DOS DÉBITOS E VENDA COM ARRENDAMENTO MERCANTIL (SALE AND LEASE-BACK)

04. *Cartas de 11 e 18 de novembro de 1985*

Conforme despacho e aprovação da Diretoria do Banco do Brasil S.A. em fins de 1985 as operações seriam convoladas e contratadas nas bases descritas nas cartas de 11.11.85 e 18.11.85, ou seja:

a) *Contrato de Confissão de Dívida* (Docs. nº 3). (i) atualização a partir de fev/84 pela aplicação *linear* da variação das ORTNs e juros de 9% a.a., até 31.7.85;

(II) contrato em moeda nacional com correção monetária *pela variação das ORTNs* e juros de 9% a.a.;

(III) prazo: 14 anos com amortizações semestrais.

b) *Contrato "Sale and Lease-back"*.

(I) atualização a partir de fev/84 pela aplicação *linear* da variação das ORTNs e juros de 6% a.a. até 31.7.85;

(II) contrato em moeda nacional com correção monetária *pela variação das ORTNs* e juros de 6% a.a.;

(III) prazo: 17 1/2 anos com amortizações semestrais.

05. *Carta de 24 de fevereiro de 1986*

Tendo em vista que a avaliação do Banco do Brasil para o hotel situado na Bahia era superior ao da transação de "Sale and Lease-Back", o Banco do Brasil exigiu das consulentes uma carta concordando que a operação fosse feita por um valor *menor* do que valia.

06. *Aprovação das operações e fatos supervenientes (Plano Cruzado).*

Levadas à reunião do Conselho Diretor do Banco, foram as operações aprovadas, por despacho, nos termos de sua proposição, conforme descritos na correspondência acima mencionada. Todavia, ocorreu o Plano Cruzado e durante a gestão do ministro Dilson Funaro toda a economia ficou congelada, inclusive, em seu valor nominal, as ORTNs (Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional), cuja denominação passou a ser OTNs (Obrigações do Tesouro Nacional), prejudicadas em sua função de escala-móvel, face à sua inalterabilidade.

07. *Conseqüências do imprevisto sobre as operações em via de concretização.*

Em fins de 1986 quando da preparação dos contratos o Banco do Brasil corrigiu-os pela LBC, *contrariando o despacho* e a aprovação da Diretoria, inclusive aumentando as taxas de juros em cerca de 20%, passando para 7,3% para uma das consulentes e 11% para a outra.

As consulentes concordaram com as taxas e discordaram da correção monetária.

08. *Da novação contratual obtida por meios coercitivos e da pronta reação das contratantes.*

Em 16 de janeiro de 1987 foram assinados os dois contratos de confissão de dívida e de compra e venda com arrendamento mercantil, cujas cláusulas mereceram a aprovação das partes contratantes, com exceção de um único ponto, sobre o qual foi manifestada a discordância das consulentes em carta da mesma data, 16.1.87.

A assinatura dos contratos foi obtida por meio do argumento de que estes deveriam ser imediatamente formalizados, por representarem o ato final de um longo processo de negociação que não deveria se alongar ainda mais. Quanto às variações em relação às operações anteriormente aprovadas, seriam facilmente sanadas em fase posterior.

Para que ficasse registrada a manifestação da vontade das empresas devedoras, consentiu o Banco em que, por garantia, lhe fosse dirigida, naquele mesmo dia, a carta solicitando revisão do indexador da correção monetária para OTN.

III — CORRESPONDÊNCIA POSTERIOR

Toda a correspondência enviada ao Banco do Brasil S.A. durante os anos

de 1987 a 1990 retrata a crescente preocupação das empresas devedoras em consequência da, cada vez mais, visível constatação da enorme lesão que haviam sofrido, conduzindo a situações insuportáveis, como será a seguir demonstrado:

De lá para cá, a análise das cartas demonstra os absurdos existentes entre as correções monetárias pela LBC/LFT e pela OTN/BTN.

Pelos cálculos do Banco do Brasil e das consulentes a posição é a seguinte:

CONTRATO A (Confissão de Dívida):

B.B. (LBC/LFT) (Consulentes (OTN/BTN) 30.6.90

CONTRATO B (Sale and Lease-Back):

B.B. (LBC/LFT) Consulentes (OTN/BTN) 30.6.90

É inadmissível que os empréstimos estejam atrelados a LBC/LFT, que foi o instrumento de política monetária do Governo nos anos passados, sendo que as receitas das consulentes ficaram sujeitas a congelamentos periódicos e a correção expressa pela variação das BTN's e pelo mercado, quando das liberações. Para se ter uma idéia, a cópia xerox dos avisos de atualização dos débitos do Lease-Back, em anexo, entre 30.6.89 e 29.12.89 é a seguinte:

30.6.89	NCr\$...	
29.12.89	NCr\$...	
Variação no período:		12,3248 vezes
Variação BTN no período:		5,5008 vezes

OBS: Convém notar que o valor de 30.6.89 já está corrigido desde a base contratual (31.12.86) pela variação das LBCs/LFTs, portanto, rejeitada pelas consulentes.

IV — CONSULTA

01. Exposição preliminar

Conforme ficou demonstrado no exame das novações contratuais de que veio a resultar a consolidação das dívidas das empresas consulentes para com o Banco do Brasil, aquelas empresas foram e continuam sendo lesadas em altíssimos valores que o credor pretende sejam acrescidos aos de suas obri-

gações, tornando em insuportável encargo uma forma de pagamento que havia sido mutuamente acordada após criterioso exame da aptidão financeira das devedoras, em função de sua receita mensal bruta.

Os dois negócios jurídicos de consolidação das obrigações anteriormente contraídas e de compra e venda com arrendamento mercantil (lease back) foram simultaneamente concebidos e negociados em um processo de análise econômico-financeira que, por exigência do Banco financiador, chegou ao exame dos fluxos de caixa das empresas mutuárias, para que, com base em seu potencial de arrecadação, fosse fixado o montante das amortizações mensais.

Todavia, no ato de formalização do negócio, com a assinatura dos instrumentos contratuais, foram postas de lado as normas que haviam presidido a longa fase de negociação precedente, vindo a ser adotado um índice de reajustamento dos valores dos débitos diversos daquele que é o legalmente autorizado e que foi concebido como instrumento de política econômica para emprestar uma rentabilidade artificial às Letras do Banco Central. Essa rentabilidade que excede, percentualmente, o aumento dos índices do custo de vida, semelhantemente ao que ocorre com os dos índices de salário mínimo, exclui as LBCs da qualidade de índices indicativos da desvalorização da moeda, razão pela qual as LBCs não podem ser adotadas nos cálculos da correção monetária.

Quando foi manifestada a estranheza das contratantes devedoras ante a modificação dos critérios de atualização do valor da dívida em função da correção monetária, com a adoção de um “índice” inadequado que lhes foi arbitrariamente imposto como fato consumado, o Banco do Brasil assegurou-lhes que os contratos poderiam vir a ser aditados, com o retorno aos índices oficiais legalmente autorizados.

Por este motivo as empresas aqui consulentes efetuaram os pagamentos de amortização do principal, corrigindo as quantias respectivas pelo índice oficial, ou seja, o do valor das OTNs, depois convertido no das BTNs, prática que foi aceita pela parte credora, o que veio a confirmar a expectativa das mutuárias em relação à retificação dos “índices” irregularmente adotados.

A correspondência enviada ao Banco no próprio dia da assinatura dos contratos, registrando a discordância das devedoras, e a que se lhes segue, durante todo o período que medeia entre a data dos contratos, que é a de 16 de janeiro de 1987 e a presente, demonstra a firme determinação das empresas devedoras no sentido de não aceitar os “índices” de correção monetária impostos pelo credor, de vez que estes são, além de inadequados, leoninos.

Pretendem as consulentes impugnar, por via judicial, a adoção dos referidos “índices”, com fundamento na legislação vigente, que estabelece base para a correção monetária (Lei nº 6.423 de 17.6.77) e com apoio na jurisprudência à mesma atinente, contemplando a viabilidade da anulação das cláusulas contratuais que vieram a ser alteradas por *novação*. Para tanto, desejam examinar suas possibilidades do êxito na discussão sobre a *ilegitimidade da novação*, tendo em consideração o fato de que, na mesma data da assinatura do contrato, as contratantes devedoras manifestaram expressamente, por carta, sua não aceitação da cláusula contratual que contém a modificação do índice de correção monetária de ORTN para LBC.

Acreditam, outrossim, que são válidas as suas alegações baseadas na ocorrência de *lesão*, face à enorme desproporção existente entre o valor do débito em sua origem e os absurdos valores que lhe estão sendo atualmente exigidos no pagamento das prestações. Considerando-se que o Banco do Brasil tem assento no Conselho Monetário como um dos formadores da política econômico-financeira do país, a imposição aos seus clientes do “índice” criado exclusivamente para determinar a valorização das LBCs reveste-se de todas as características do *dolo de aproveitamento*.

Acreditam as consulentes que também incidem sobre a *fatispecie* em apreço outros institutos, como, por exemplo, aquele que deriva da *teoria da imprevisão*. Não devida à desvalorização da moeda, pura e simples, que há tempos vem sendo prevista e inserida como cláusula contratual, mas pelo fato de, à época, estar em plena vigência o Plano Cruzado, com inflação zero e comprometimento governamental de eliminar a inflação, além do comportamento *ex abrupto* e absurdo de um contratante todo poderoso quando, por sua única deliberação, desvia-se da lei que rege a correção monetária, das normas já consolidadas dos contratos existentes e do costume consagrado na jurisprudência do STF e decide impor, unilateralmente, aos seus devedores critério de correção monetária que lhe é três vezes mais lucrativo do que o anterior vigente.

E, finalmente, quanto à maneira abrupta e imprevista pela qual foram impostas às consulentes aquelas lesivas *novações* contratuais, desejam estas que se examine a viabilidade da anulação de tais modificações, por estarem eivadas do vício da *coação*, considerando-se a debilidade em que se encontra qualquer contratante que se veja forçado a aceitar o que se lhe queira impor, quando a parte contrária é nada menos que o maior estabelecimento de crédito do país, munido de todos os poderes de agente-mor da administração econômico-financeira do país.

A força coativa que lhes levou a firmar contratos “por conveniência da administração”, ao mesmo tempo em que, para engodo, se lhes abria a perspectiva de retorno ao índice oficial das ORTNs dentro do qual se haviam procedido todas as negociações, veio a ser, ademais, reforçada pelo poder de persuasão inerente ao temor reverencial que inspira a gigantesca instituição estatal ao lidar com empresas devedoras de importâncias que por seu vulto, se exigidas por via judicial, as levariam, fatalmente, à falência e à liquidação.

02. *Questões*

02.1 — As negociações entre as partes credora e devedoras iniciaram-se nos meses finais da vigência dos contratos de mútuo e prolongaram-se até o mês de janeiro de 1987, ocasião em que foram celebrados os dois contratos identificados respectivamente como de Confissão de Dívida e de Compra e Venda com *Lease Back* (Documentos anexos n.ºs 3 e 4). Tendo em consideração que, em ambos negócios jurídicos, o contrato posterior extinguiu as obrigações do contrato anterior, pode-se dizer que ocorreu *novação*, num e no outro caso? A compra e venda com arrendamento mercantil escapa à categoria de contrato de mútuo a juros? Deixando de ser um empréstimo, é admissível que o contrato de *lease-back* comporte juros, os quais viriam a remunerar um capital que já não mais se encontra no ativo realizável do Banco? A inserção dos juros embutidos no bojo das amortizações configura uma simulação com o objeto de disfarçar uma cláusula potestativa usurária?

02.2 — Na hipótese de que tenha ocorrido a *novação* no contrato de Confissão de Dívida, poderia ser alterada unilateralmente uma de suas cláusulas, contrariando a vontade expressa de uma das partes e as bases e condições contratuais mutuamente ajustadas e aprovadas pela diretoria da entidade credora? Em vista da nítida configuração do vício da vontade, é anulável, judicialmente, a cláusula impugnada?

02.3 — Comprovada que seja, a inexistência de *animus novandi* em relação à cláusula que modifica o índice de correção monetária, substituindo o valor da OTNs, previamente acordado, pelo do rendimento das letras do Banco Central, pode ser mantida a eficácia do novo contrato cujo consenso foi obtido em todas as suas cláusulas, exceto quanto à adoção do rendimento das LBCs como “índice” de correção monetária? Prevêem os contratos em suas cláusulas quinta e décima, respectivamente, a “inaplicabilidade legal”

das LBCs indicando em sua substituição uma escala móvel que seja índice oficial de variação do custo de vida apurado por instituição federal. Sendo essa uma exigência contratual, pergunta-se: é o rendimento das LBCs um índice oficial de variação da correção monetária? Por que motivo é utilizada no contrato a expressão “rendimento nominal das Letras do Banco Central do Brasil” no lugar da palavra *índice*?

02.4 — Solicita-se ao sr. consultor que esclareça se tem qualquer validade a declaração feita na cláusula vigésima do Contrato de Confissão de Dívida de que os contratantes não têm qualquer intuito de novação das obrigações anteriores, eis que o referido contrato tem por objeto a extinção de uma dívida anterior, substituindo-a por uma nova obrigação. Ficando estabelecido o entendimento de que ocorreu com a celebração do novo contrato a novação das obrigações instituídas no anterior, indaga-se, agora, se a declaração feita pelas devedoras em sua carta de 16.1.87, que porta a mesma data dos contratos, (documento anexo n.º 8) tem a validade de uma condição (conditio) incorporada ao novo negócio jurídico na forma de disposição pela qual a parte credora, face à inaplicabilidade do rendimento das LBCs só poderia calcular a correção monetária se respeitada a condição, ou seja, se condicionada a correção ao uso do valor das OTNs como “índice oficial de variação do custo de vida”.

02.5 — As novas obrigações instituídas pelos contratos firmados em 16.1.87, em plena vigência do Plano Cruzado, encontraram as OTNs congeladas no valor de 106,4. Esse valor congelado assim se manteve até o término daquela política econômico-financeira do Governo, em março de 1987.

Decisões dos nossos tribunais ferindo a questão da atualização das dívidas contraídas durante o *Plano Cruzado* determinaram que se utilizasse o critério da variação *pro rata temporis* da OTN no mês do empréstimo. Em vista dessa orientação, pergunta-se:

a) É de ser seguida a orientação da jurisprudência citada (vide cópia anexa, documento n.º 22) e a do Supremo Tribunal, quando em decisão de sua Segunda Turma, declara que “as ORTNs são hoje o padrão de todos os negócios bancários do país, uniformemente aceito”? (documento n.º 23)

b) Estando congelado em 106,4 o valor das OTNs à data da celebração dos contratos, não estariam obrigadas as partes a manter o índice de correção adotado nos contratos anteriores, que é exatamente o das ORTNs, já então convertidas em OTNs”?

c) O índice de correção monetária foi instituído pela Lei nº 6.423 de 17.6.77, que, no parágrafo terceiro de seu art. 1º estabelece que “*considerar-se-á de nenhum efeito a estipulação, na vigência desta lei, de correção monetária com índice diverso da variação nominal da ORTN*”. Tendo o Banco credor imposto a adoção como “índice”, da variação das letras do Banco Central, é esta disposição juridicamente nula por ser contrária à lei?

Se o índice autorizado por lei era adotado nos contratos anteriores, seria lícita a sua substituição por outro índice não autorizado por lei e impugnado pela outra parte contratual?

02.6 — Com apoio na *teoria da imprevisão* pergunta-se se ético e juridicamente aceitável que um órgão do Governo que instituiu o Plano Cruzado e decretou o congelamento do valor das ORTNs em 106,4, convertendo aquelas obrigações em OTNs e mantendo-as congeladas até março de 1987, imponha aos seus clientes em janeiro de 1987, vale dizer, *em plena vigência do Plano Cruzado*, que se obriguem a corrigir o valor de seus débitos com base em outro “índice” diferente daquele cujo valor-base encontrava-se congelado. Em consequência, pergunta-se se seria previsível tal comportamento, principalmente levando-se em conta que o Banco credor veio a *triplicar* seus rendimentos, com essa manobra, sem nunca haver mencionado, em nenhum momento, sua intenção de efetuar a substituição das OTNs pelas LBCs, não obstante a volumosa correspondência que lhe foi dirigida pelas empresas mutuárias.

02.7 — Conforme ficou demonstrado nos quadros e gráficos que acompanham a presente consulta o valor do débito das consulentes, se adotado o índice de correção monetária com base na variação do valor das OTNs/BTNs é tres vezes menor do que se calculado com base na variação do valor das letras do Banco Central. Considerando-se a aplicabilidade, no caso presente, da norma que promana do artigo 4º, letra “b” da Lei nº 1.521, de 26.12.51, configura-se a *usura real* no abuso da premente necessidade das empresas mutuárias, principalmente após o vencimento dos contratos, situação que as colocava dentro de um quadro circunstancial da sujeição a uma execução ruínosa. Para completar o quadro fáctico da configuração da usura real qualificada, as circunstâncias agravantes previstas na lei: a época de grave crise econômica, o dano individual enorme, correspondendo a um acréscimo vertiginoso no montante dos débitos, verdadeiramente insuportável, a dissimulação da natureza usurária da cláusula contratual inserida e a autoria

por parte de um estabelecimento estatal com assento nos órgãos formuladores da política econômico-financeira do Governo, em especial, e no Conselho Monetário Nacional que fixa o valor das LFTs, outrora LBCs.

Quanto ao pressuposto do lucro patrimonial, os gráficos e quadros supracitados demonstram que este excede em muito mais do que o quinto do valor da obrigação.

Tendo em vista a situação fática iniludível acima descrita, a consulta volta-se para os aspectos jurídicos-processuais de um posicionamento das empresas credoras face à execução das dívidas. Devem elas requerer a declaração da nulidade da cláusula estipuladora da escala móvel baseada na variação do valor das letras de câmbio do Banco Central, com apoio na alegação de *usura real*?

E, mais ainda: comprovado o enriquecimento ilícito do credor que vitimou as empresas devedoras com uma lesão muitas vezes mais danosa que a “lesão enormíssima” encontrada no direito português clássico, poderiam as empresas lesadas dar curso a um processo criminal com fundamento no artigo 4º da Lei nº 1.521 de 26.12.51?

02.8 — Pode-se considerar o procedimento do Banco credor como típico do *dolo do aproveitamento* ou se sendo certo que aquele estabelecimento tem assento no Conselho Monetário Nacional, na qualidade de órgão coadjuvante na execução da política econômico-financeira do governo, poder-se-ia classificar o seu comportamento como intencional, com o objetivo de obtenção de enriquecimento ilícito?

02.9 — Questionada, no mesmo dia da sua imposição, a modificação do índice de correção monetária e aceitas pelo credor as prestações pagas com a correção monetária com base no índice oficial OTN/BTN, poderia o estabelecimento mutuante alegar a existência de *liquidez* em seus créditos?

02.10 — Quanto ao pressuposto da *certeza*, no tocante à parte relativa à correção monetária, poderia o Banco alegar a existência desse pressuposto, sabendo-se que 2/3, ou seja, duas terças partes da dívida correspondem a acréscimos decorrentes da aplicação questionada do “índice” ilegal, arbitrário, unilateral e ilicitamente adotado no cálculo da correção monetária? Ainda que estribado no formalismo contratual que fixou o “índice” LBC a partir de 16.1.87, o Banco credor poderia insistir na tese da liquidez das obrigações, mesmo sabendo-se que o seu valor foi atualizado com base nas

LBCs no período de 30.6.86 a 31.12.86, ou seja, antes mesmo de haverem sido firmados os dois contratos?

02.11 — Finalmente, no tocante à ilicitude do ato viciado pela coação, caracterizado o vício da vontade expressamente, nos termos da Carta de 16.1.87, é de indagar-se, quanto à caracterização da coação, na forma como foi demonstrada na exposição inicial da presente consulta, a maneira coativa que lhes levou a firmar os contratos “por conveniência da administração”, ao mesmo tempo em que se lhes abria a perspectiva de retorno ao índice oficial das ORTNs, dentro do qual se haviam procedido todas as negociações, veio a ser, ademais, reforçada pelo poder de persuasão inerente ao temor reverencial que inspira a gigantesca instituição estatal ao lidar com empresas devedoras de importância, que por seu vulto, se exigidas por judicial, as levariam, fatalmente, à falência e à iliquidez.

A indagação que se faz é a seguinte: configurada a coação irresistível, em face do risco de uma liquidação iminente, ameaça que paira sem que seja preciso consubstanciar-se de forma concreta, a alteração da cláusula contratual que veio a traduzir-se em imenso lucro para o credor foi, inquestionavelmente evitada do vício da vontade? Assim sendo, pode ser ela anulada pela via judicial? Na mesma linha de raciocínio, poderia ser anulada, também, a correção do valor dos contratos feita com base nas LBCs, no período de 30.6.86 a 31.12.86, ou seja, antes mesmo de haverem sido firmados os contratos?

02.12 — As consulentes desejam que fique definida, juridicamente, a ratificação, pelo uso, da adoção, consensual, do índice oficial legalmente instituído para a correção monetária na execução operacional dos contratos firmados em 16.1.87. Nesse sentido, a sua pergunta é a seguinte: invalidado, juridicamente, o rendimento das letras do Banco Central seja por não ser, tecnicamente, índice de variação de custo de vida, seja pela sua ilegalidade, seja por ter sido estipulado com vício da vontade, inoperando-se a novação nesse particular, operou-se, juridicamente, a sua substituição pelo índice da variação do valor das OTNs e, posteriormente das BTNs? Entendem as consulentes que sim, desde que, tendo o credor aceitado amortizações do débito corrigido pelo índice das OTNs, foi este índice oficial por ele ratificado. Como subsídio à resposta deste item da consulta, reportam-se as consulentes às informações já aqui prestadas, acrescidas de outras tantas resultantes da pesquisa por elas efetuada na correspondência enviada ao Banco

do Brasil durante a negociação dos contratos e, posteriormente, já na fase operacional da sua execução, a partir de janeiro de 1987, nestes termos:

a) em 11.11.85: carta propondo que o valor do principal da operação seria o que resultasse dos montantes levados a crédito em fevereiro de 1984 devidamente transformados pela aplicação linear da variação das OTNs e juros de 6% a.a. até a data de 31.7.85.

b) em 18.11.85: ratificação do despacho do Banco aprovando a solicitação de 11.11.85 confirmando a aplicação do índice ORTN.

c) em 3.7.87: carta demonstrando a incongruência da situação vivida no primeiro semestre do ano de 1987, em função do Plano Cruzado: com o congelamento de preços e tarifas produzindo drástica redução dos fluxos de caixa, o rendimento das letras do Banco Central atingiu a elevadíssima taxa de 178,58% quando as previsões da economia para 1987 haviam sido elaboradas com uma base de correção monetária de 37,2%.

d) em 8.10.87: carta denunciando o descompasso entre o ritmo do aumento do custo da correção monetária e o reajuste das receitas operacionais das empresas devedoras. Mencionam-se ambas as variações: LBC e OTN.

e) em 30.6.88: carta em que se ratifica que “de acordo com entendimentos verbais mantidos com V.Sas. ... vimos ainda enviar-lhes, em anexo, um cheque no valor de Cz\$... destinado a diminuir o saldo oriundo das correções monetárias devidas e não pagas, relativas às parcelas da composição de dívida da própria empresa, junto a esse Banco”.

f) em 20.7.89: carta reportando-se à conversação com o diretor de Operações do Banco sobre a compatibilização, considerada *imperiosa*, do reajuste dos saldos devedores com a situação atual das consulentes, “que se normalizarão na medida em que os referidos saldos forem corrigidos até junho, segundo os índices das OTNs de janeiro e, a partir daí, com base nos índices dos Bônus do Tesouro Nacional (BTNs)”.

g) em 3.10.89: carta de uma das consulentes em que se mencionam as *prescrições legais para os reajustes de contratos de “leasing”*, nestes termos: “a correção do saldo devedor de 31.12.88 até 30.6.89 deverá ser feita segundo a variação dos índices das OTNs de janeiro/89 e, a partir daí, com base nos índices dos Bônus do Tesouro Nacional (BTNs), pois caso contrário, poderá comprometer a solução do problema”.

h) em 21.12.89: carta enviada pelas consulentes, em que se ressaltam os seguintes pontos:

A) *Equivalência dos fluxos de caixa com as amortizações*

Registra-se que as operações creditícias foram precedidas de exames por

parte do Banco com os fluxos de caixa *analisados e aprovados* pelo credor da diretoria-chave de que “*não seriam admissíveis as operações, caso o comportamento dos fluxos de caixa demonstrassem diferença entre os resultados auferidos pelas consulentes, devidamente corrigidos, e a correção dos valores alocados pelo Banco*”.

B) *Descompasso entre as variações das LBCs/LFTs e das OTNs/BTNs*

“Na realidade o que ocorre presentemente é um total e absurdo descompasso entre as variações, ocasionando o mais completo desequilíbrio contratual”.

i) *em 8.6.90*: carta dirigida ao gerente da Agência Centro do Banco do Brasil, reportando-se às correspondências anteriormente enviadas, dando continuidade à reunião com ele efetuada em 30.5.90. É ali registrado que as operações foram aprovadas pelo Banco, determinando a utilização do índice das ORTNs como indexador da correção monetária dos empréstimos a serem firmados.

Com acuidade é demonstrada a razão da inadequação das letras do Banco Central como índice do aumento do custo de vida: “a LBC, como sabemos, agrega à correção monetária real uma taxa de juros determinada pelo Banco Central de acordo com as necessidades de gerenciamento da dívida pública interna do país”.

É numericamente expressada a diferença entre o multiplicador da variação das OTNs/BTNs e das LBCs/LFTs no período de vigência do contrato até o dia 30.4.90, a saber:

a) OTNs/BTNs: 2.418

b) LBCs/LFTs: 5.197

O quadro exposto pelas cartas acima transcritas em seus itens relacionados com a matéria objeto da presente consulta é complementado pelos quadros e planilhas anexos ao presente texto.

RESPOSTA

Algumas considerações iniciais são necessárias para a compreensão das respostas, que pretendo ofertar às questões suscitadas, à luz de matéria ainda não devidamente refletida pela doutrina e jurisprudência, em face dos novos contornos sinalizados pela Constituição brasileira a respeito da ordem econômica. E tais considerações versam, fundamentalmente, sobre os princípios de Direito Econômico, que, de forma manifesta, estão sendo agredidos pela atuação abusiva do Banco do Brasil.

A ordem econômica plasmada na Constituição, privilegia a livre iniciativa, como seu fundamento maior. Ao lado da valorização do trabalho, torna a livre concorrência um dos princípios de seu perfil e preconiza o livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização governamental, apenas subordinado às exceções legais de capacitação profissional, no discurso do artigo 170 da C.F. assim redigido:

“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 dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”*
(grifos meus)¹.

Por outro lado, oferece dois regimes à sua exploração, a saber: o do artigo 173 e aquele do artigo 175. O primeiro, torna a participação do Estado vicária no processo econômico. O segundo, inverte a ordem da equação, levando o segmento privado a prestar participação auxiliar e secundária em processo com densidade econômica da Administração.

¹ Celso Ribeiro Bastos ensina:

“Encontramos no *caput* do artigo referência a quatro princípios: valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna, conforme os ditames da justiça social. Do contexto extrai-se que o Brasil filia-se ao modelo capitalista de produção também denominado economia de mercado, embora a Lei Maior só vá fazer referência ao mercado no art. 219. De qualquer sorte fica clara a filiação do nosso país a esse modelo econômico que é um dos dois fundamentais encontráveis na nossa era. Ao lado dele encontra-se o sistema de direção central da economia, também denominada socialista.

Não há negar-se que o sistema capitalista é hoje temperado por graus diversos de intervenção do Estado, o que tem levado alguns autores a falarem na existência de uma forma de economia mista. No entanto, quer em termos econômicos, quer em termos jurídicos, a ordem econômica é ainda tributária de um desses dois modelos cardeais” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 7º volume, Saraiva, 1990, p. 169).

As regras do artigo 173 são expressas e cristalinas, estando seu *caput* e os § 1.º e 2.º assim redigidos:

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

§ 1.º. 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.

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

O Estado, sobre não poder ter qualquer espécie de preferência na sua atuação econômica em relação ao setor privado, somente é chamado a participar de tal processo para suprir, complementar, preencher áreas não atendidas pelo mais vocacionado a tal atividade, que é a livre iniciativa.

À tal atuação vicária, sem privilégios, denomina a doutrina de “intervenção concorrencial”, no que me parece que bem rotulou tal secundária participação do Estado na Economia³.

2 Escrevi, sobre o liberalismo supremo na ordem econômica brasileira, o seguinte: “O artigo 170, assim redigido: ‘Art. 170. A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... IV. livre concorrência; ...’, faz menção clara à livre iniciativa, como fundamento da ordem econômica, e a livre concorrência como princípio relevante à iniciativa empresarial.

A livre concorrência oferta inequivocamente perfil mais liberal à Constituição atual que a anterior. A livre iniciativa pode existir ao lado de um planejamento econômico severo, obrigatório, determinante para o setor privado. A livre iniciativa exterioriza a possibilidade de acesso aos meios de produção por parte do setor privado, mas, necessariamente, à determinação das regras de mercado para a economia. A livre iniciativa pode, inclusive, existir em países de economia socialista, na medida em que diz respeito apenas ao acesso ao mercado produtor e não à economia plena de mercado. A livre concorrência, não. Só pode existir, à luz das livres regras de mercado, que passam a ser as depuradoras da qualidade e do valor dos bens negociados” (*A Constituição Aplicada*, volume 2, ed. CEJUP, 1990, p. 155).

3 No anteprojeto sobre a Ordem Econômica da CECAM (Comissão de Estudos e Assessoramento Constitucional sobre Assuntos de Interesse Municipal do Município de São Paulo, constituída por Cássio de Mesquita Barros Jr., Celso Seixas Ribeiro Bastos, Cláudio Antonio Mesquita Pereira, Hamilton Dias de Souza, Hely Lopes Meirelles e por mim relatada), enviado à Constituinte, na justificação de motivos fizemos menção à intervenção concorrencial:

É, todavia, no concernente à dualidade de iniciativa econômica que o anteprojeto avança para definir a triplíce forma de intervenção estatal (concorrencial, monopolística e regulamentar) limitando-a

Pelo artigo 175, o regime jurídico do serviço público, com densidade econômica, faz do Estado o agente principal e o sujeito privado mero coadjuvante, pelos mecanismos da concessão, permissão e autorização, estando assim disposto:

“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”⁴.

Em relação à atuação dos segmentos privado e público, no regime do artigo 173, possui o Estado instrumento adicional de controle, que é o da intervenção regulatória, intervenção esta que se justifica sempre que distorções surjam no atuar do setor privado e do setor público, vicário e concorrencial. Os §§ 4.º e 5.º do artigo 173 oferecem bem a dimensão dessa intervenção regulatória, estando assim redigidos:

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

§ 5.º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta,

às distorções do mercado, sem permitir que a presença desmesurada do Estado-Empresário termine por afetar a totalidade da vida política, social, econômica e jurídica da nação, com problemas que o passado recente tem demonstrado não serem de fácil solução” (*Roteiro para uma Constituição*, Forense, 1987, p.111)

4 Celso Antonio Bandeira de Mello ensina:

“A concessão é ato jurídico complexo, composto de um ato regulamentado do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação de serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; é um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário” (*Prestação de serviços públicos e administração indireta*, 1973, pp. 35 e 37).

sujeitando-as às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”⁵.

Por eles, sempre que o agente econômico atuar de forma a gerar lucros abusivos, eliminar a concorrência, dominar mercados, assim como agir contra a ordem econômica, financeira e economia popular, estará, de rigor, sujeito a sanções regulatórias, visto que o constituinte pretendeu não permitir que a ação menos ética de qualquer agente econômico perturbe o bom andamento de tais atividades.

E, por não estar, a participação do Estado, privilegiada, à evidência, as sanções aplicáveis ao segmento privado, são também aplicáveis à intervenção concorrencial ao Estado. É que não pode haver qualquer distorção nesta matéria, em que pese a dualidade da iniciativa econômica⁶.

5 Luís Olavo Baptista ensina:

“A meta da legislação *antitrust* é primariamente econômica, se é que se pode dissociar o econômico do social em direito. A exposição do que é e do que visou o Sherman Act, — a primeira e principal lei *antitrust* — é impossível nos limites desse trabalho. Mas uma palavra se faz necessária, antes de abordarmos o aspecto do alcance internacional desta regulamentação, que nos interessa mais de perto.

Na sociedade americana, como aqui, ideologia da livre empresa domina a criação legislativa e influência de modo categórico a organização social. A legislação *antitrust* visa manter o ideal da livre iniciativa e da livre empresa, através da correção das distorções que apresenta na prática.

A lógica legalista do sistema jurídico norte-americano, associada a esses ideais, levou inexoravelmente ao estabelecimento dessa regulamentação como o único meio de impedir práticas monopolísticas e de competição desleal.

Há um postulado de que a livre empresa conduz os indivíduos à competição, e esta à maximização dos esforços de crescimento e de lucro da empresa, somente assegurada pelo monopólio e pela eliminação dos competidores. Isto entretanto, paradoxalmente, leva à negação da liberdade de empresa. Daí se justificar a criação da legislação *antitrust* como meio de impedir estas práticas aberrantes e de manter a liberdade de empresa e atividade. Assim, na lição de Steiner (p. 988) “the governmental infrastructure of laws and institutions necessary for the functioning of the market not only provides a facilitative legal framework involving rules of contract, property, tort, and so on, but also defines the boundaries within which the private ordering lacking advantage of that facilitative framework must proceed”.

Essa legislação tem como característica uma firme orientação contra a intervenção DIRETA do Estado no domínio econômico” (*Caderno de Direito Econômico n.º 3*, ed. CEEU/COAD, p. 161)

6 Diogo de Figueiredo Moreira Neto prefere denominar esta intervenção como sancionatória, ao dizer: “C) Institutos de Intervenção Sancionatória: São em número de cinco, sendo três deles voltados à execução da política urbana, para o combate à especulação imobiliária, todos dependentes de leis infraconstitucionais.

— Art. 173, § 4º — repressão ao abuso do poder econômico visando à denominação dos mercados, à eliminação de concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Sua aplicabilidade depende de lei. Hoje, aliás, existente e satisfatória, de vez que a modalidade já estava prevista no art. 160, V, da antiga Carta, embora em criticável localização, como se fora um “princípio da ordem econômica e social”.

— Art. 173, § 5º — responsabilidade da empresa por atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Naturalmente, a ser definida em lei para ser aplicável.

Qualquer agente econômico, mesmo que pertencendo à administração indireta (fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista etc.), está sujeito às mesmas sanções que as empresas privadas, podendo virem a ser, seus diretores, responsabilizados e a terem que se submeter às mesmas punições, se praticarem atos tidos como contrários à livre iniciativa.

A primeira conclusão, portanto, é de que, em matéria de abuso do poder econômico, tanto as empresas privadas quanto as estatais, estão sujeitas a idêntico regime de punição, sempre que pratiquem atos considerados abusivos⁷.

Um segundo aspecto merece reflexão.

Se, de um lado, do ponto de vista das regras pertinentes à livre concorrência e livre iniciativa, não podem as empresas estatais gozar de qualquer privilégio, respondendo pelos abusos que possam praticar, nos exatos termos colocados nos §§ 4.º e 5.º do artigo 173, por outro lado, estão tais empresas, enquanto pessoas jurídicas, sujeitas ao regime interno de Direito público no que diz respeito à sua estrutura e às responsabilidades inerentes à Administração.

Em outras palavras, enquanto exteriorizando a intervenção concorrencial do Poder, seguem as regras, sem privilégios, de todas as empresas que atuam nesta área, seja no que diz respeito às obrigações comerciais, trabalhistas, tributárias e de outra natureza, seja na inexistência de benefícios diferenciados em face dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, seja no que concerne à sua eventual atuação abusiva, submetida às sanções próprias de tal aética postura⁸.

Inovação constitucional de questionável valia, uma vez que são os dirigentes em última análise, os responsáveis por aqueles atos" (*Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988*, ed. APEC, 1989, p. 73).

7 Marcos Paulo de Almeida Salles esclarece: "A ciência jurídica em razão do pensamento liberal dominante no século XIX passou a ver na livre concorrência um bem possível de sua tutela buscando, pois, seu disciplinamento.

Pertencem ao campo de incidência das normas protetoras da liberalidade de concorrência ou competição, aquelas figuras de que se ocupa o chamado Direito industrial, que principiam por tratar da criatividade do empresário em dedicar-se por assumir responsabilidade pela prática da atividade empresarial e vão até a proteção ao consumidor, como o respeito devido ao ser humano, fim último de toda esta criatividade.

No entanto, como a liberdade de agir não é jamais absoluta, pois sua não limitação implicaria em prejuízo à liberdade dos demais e todo o universo de convivência humana em harmonia se esfaldaria, o Direito passou a reprimir a concorrência insidiosa ou maliciosa, e até mesmo violenta, deflagrada não com o fito de competição, mas com o intuito de destruição da própria concorrência assegurando o domínio dos mercados" (*Caderno n.º 3 de Direito Econômico*, ob. cit. p. 65).

8 José Afonso da Silva reconhece que sem repressão ao abuso do poder econômico não pode haver livre concorrência, ao dizer: "A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos

Por esta linha de raciocínio, se lhe aplica toda a legislação tributária, penal, trabalhista, privada etc., inclusive a repressiva, com a lei 4.137/62 ou, mais recentemente, a medida provisória nº 218/90, que considera em seu artigo 1º que:

“Compete à Secretaria Nacional de Direito Econômico, por meio de seu Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica-DNPDE, a apuração e correção de todo e qualquer ato, individual ou coletivo, ou atividade econômica de mercado que atente ou possa atentar contra a ordem econômica e os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

§ único. O DNPDE atuará de ofício, mediante provocação de órgão ou entidade da Administração Pública, ou em razão de representação de qualquer interessado”.

e conclui, em seu artigo 15, que a atuação contra os princípios da livre iniciativa e livre concorrência independem de culpa ou dolo, como se lê a seguir:

“Na apuração e correção dos atos ou atividades de que trata o art. 1º, a autoridade levará em conta, primordialmente, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, ainda que não se caracterize dolo ou culpa dos agentes causadores”⁹.

mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º). Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e especialmente proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro, esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado, intervir para coibir o abuso.

“Quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a iniciativa de outros, com a ação no campo econômico, ou quando o poder econômico passa a ser fator concorrente para um aumento arbitrário de lucros de detentor do poder, o abuso fica manifesto” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 664).

9 Walter Ceneviva não faz distinção entre as empresas estatais e as privadas ao escrever:

“É abuso do poder econômico (art. 173, § 4º), sujeitando seus responsáveis a penas previstas em lei, o que tenha por objetivo:

- a) dominar mercados;
- b) eliminar a concorrência;
- c) aumentar os lucros de modo arbitrário.

Todo ato praticado contra a ordem econômica e financeira e contra a ordem econômica popular (defesa do consumidor, em todos os seus aspectos) é punível na forma da lei (art. 173, § 5º). A pena pode atingir tanto o dirigente da pessoa jurídica, quanto a própria empresa, que fica sujeita a punições compatíveis com a natureza e a repercussão econômica dos atos praticados” (*Direito Constitucional Brasileiro*, ed. Saraiva, 1989, p. 9).

Enquanto entidade da administração indireta e sujeita aos rigores da legislação própria, tais empresas não só devem atuar pelo princípio da moralidade pública, como é expressamente previsto no artigo 37 *caput* da Constituição:

“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 ...”¹⁰,

como seus agentes e dirigentes são responsabilizáveis pelos danos que vierem a causar à sociedade. É que, de rigor, tais órgãos da administração indireta pertencem à sociedade, que o Estado representa pelo governo que o empalma. Por isto se justifica a dicção do artigo 37 § 6º da C.F. assim redigido:

“§ 6º As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”¹¹.

10 Pinto Ferreira ensina: “Outro princípio importante a que se refere o texto constitucional é o princípio da moralidade administrativa, também conhecido pelo nome de princípio da probidade administrativa. Como afirma Hauriou, o sistematizador do conceito, “não se trata da moral comum, mas sim de moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração”.

O seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo enuncia e consagra o princípio no Direito pátrio: “O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas, por legalidade ou legitimidade se estende não só a conformação do ato com a lei como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo” (TJSP, RDA, 89:134).

Na França, o Conselho do Estado, desde 1945, admitiu que os princípios de Direito Público são aplicáveis, mesmo na ausência de textos”. A doutrina passou assim “a reconhecer o caráter de regra de direito aos princípios gerais, e, nem conseqüência, admite que sua violação é determinante de nulidade”. No país o problema foi debatido em perfeição única pelo mestre paranaense Manoel de Oliveira Franco Sobrinho em valiosa monografia” (*Comentários à Constituição Brasileira*, ed. Saraiva, 1990, p. 363).

11 Hely Lopes Meirelles preleciona: “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

O aspecto, que releva acentuar, no dispositivo ora mencionado, é que seu espectro hoje é mais alargado que o do antigo artigo 107 da E.C. n.º 1/69, assim redigido:

“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”,

abrangendo, inclusive, as pessoas jurídicas de Direito Privado que, porventura, atuarem na área própria de atividade econômica, que, primacialmente, é explorada pelo Estado, por veicular serviços de natureza pública (art. 175)¹².

Desta forma, sempre que a empresa privada atuar na área de sua vocação natural (art. 173), estará sujeita às regras que lhe são próprias, estando as empresas estatais que, vicariamente, atuarem na mesma área, submetidas

a terceiros, pois, como dissemos precedentemente (cap. II, item I), não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de 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” (*Direito Administrativo Brasileiro*, Revista dos Tribunais, 1990, p. 551).

12 Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre o artigo 107 escreve: “Responsabilidade Objetiva do Estado. Mantém-se na Constituição vigente a solução adotada na Lei Magna de 1946 (art. 194), ou seja, a responsabilidade, dita objetiva, do Estado por danos causados no exercício de função pública a particulares. Em face desse princípio, quem sofreu o dano, para haver do Estado a reparação desse dano, apenas deve provar ter sido ele causado no exercício de função pública. A reparação prescindindo de prova de culpa ou dolo por parte do causador, depende exclusivamente de estar este no exercício de função pública.

Esta solução é de justiça social. Visa a repartir de modo equitativo os encargos sociais. O custo do serviço público, no qual se inclui o dano causado a particulares, deve ser repartido por todos. Se a vítima do dano arcasse com este ou tivesse de comprovar culpa ou dolo para vê-lo ressarcido, estaria suportando mais do que sua parte, como integrante da comunidade.

Note-se que funcionário público, no texto em exegese, abrange todo aquele que exerce função pública, seja a que título for. Abrange, portanto, os servidores de regime especial, nos termos do art. 106, os eventualmente sujeitos ao regime trabalhista etc. (cf. Pontes de Miranda, *Comentários...* 1969, cit., tomo III, pág. 543).

‘§ único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo’. *Responsabilidade do Causador do Dano*. Este deverá ressarcir o Estado do que este despendeu para reparar o dano. Todavia, esta reparação pressupõe culpa ou dolo. Assim, este ou aquele deverá ser demonstrado para que o funcionário tenha de reparar o dano que causou” (*Comentários à Constituição Brasileira*, 6.ª ed., Saraiva, 1986, pp. 443/444).

a idênticas normas e mais àquelas inerentes ao regime do Direito Administrativo. Sempre que as empresas privadas atuarem, ancilarmente, na área de presença preponderante da Administração, estarão sujeitas às regras próprias de sua estrutura organizacional e àquelas inerentes à das empresas estatais, alargando-se, pois, o campo de sua eventual responsabilização, por se revestirem da roupagem de empresa acessória da Administração. Em outras palavras, sempre que a empresa estatal atue sob o regime da iniciativa privada, ela assume as responsabilidades pertinentes às empresas privadas, sem se desvestir das responsabilidades inerentes à Administração. Ao contrário, sempre que as empresas privadas estejam na área de prestação de serviços públicos, essenciais ou periféricos, elas se revestem das responsabilidades inerentes à administração pública¹³.

Ora, uma empresa estatal que tenha abusado do poder econômico, causando dano à economia e às empresas privadas, não só está sujeita às sanções da lei 4.137/62, MP 218/90, à luz do Direito Econômico, e à lei 1.251/52 pelo prisma da lei penal, como a Administração Pública, obrigada a arcar com os prejuízos, poderá se ressarcir, atuando contra as pessoas de seus administradores, que responderão com seus próprios recursos. É que tanto o Estado quanto a sociedade em geral terão sido vítimas de administradores ineptos, por dolo ou culpa.

Estabelecidas as premissas anteriores, há outra consideração a ser referida. Sempre que as empresas estatais ingressem na denominada intervenção concorrencial, mas gerem desequilíbrios nas relações econômicas por decisão de seu acionista majoritário ou detentor do controle — desequilíbrios que lhe tragam benefício sem justa causa — e muitas vezes ilegal — em detrimento da outra parte que com elas se relacione, à evidência, a caracterização do abuso de poder econômico conforma-se com uma agravante. É princípio cediço em Direito que ninguém pode se beneficiar da própria tor-

13 Toshio Mukai, na mesma linha, informa: "A norma contempla o tema da responsabilidade civil do Estado, que desde a Constituição de 1946 (art. 194), segundo a doutrina e a jurisprudência pátrias, é objetiva, com assento na teoria do risco administrativo (que admite excludentes: a culpa da vítima ou a força maior), e não na do risco integral (que inadmite excludentes).

A anterior disposição correspondente à presente (EC n.º 1/69, art. 107) apenas se aplicava às entidades públicas (União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios e respectivas autarquias). Agora o novo texto estendeu a responsabilidade objetiva (continua sendo, posto que, como anteriormente se interpretava, se somente para a ação regressiva do Estado contra o funcionário se exige a prova de culpa ou dolo, é porque para a ação da vítima contra o Estado prescinde-se dos elementos subjetivos mencionados, razão por que aí a responsabilidade é objetiva), aplicável aos entes públicos, a toda entidade paraestatal (regida pelo Direito Privado), ou até mesmo às concessionárias e permissionárias, desde que prestadoras de serviços públicos" (*Administração Pública na Constituição de 1988*, Saraiva, 1989, p. 59).

peza, não se justificando que o Estado detentor da empresa estatal que se deveria manter em relação de igualdade com as outras empresas do segmento privado, venha a estabelecer regras que a beneficiem, prejudicando-as e desequilibrando os contratos com elas preestabelecidos, sob outras circunstâncias e situação¹⁴.

O princípio do artigo 104 do Código Civil, assim descrito:

“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”,

que vem da tradição latina, objetiva, de rigor, recolocar a ética como elemento fundamental do Direito. A evidência, é aplicável a todas as empresas estatais, desde que se beneficiem, sem justa causa, de regimes estabelecidos por seus controladores e sempre que tais regimes desequilibrem contratos firmados sob outras condições, em detrimento da parte privada, que não produz a lei. Quem produz a lei não pode dela ser o único beneficiário, à custa da destruição da outra parte, que livremente acordou condições, à luz de um Direito estável e anterior. Tal procedimento constitui agravante ao abuso do poder econômico da empresa estatal, que alega, *pro domo suo*, terem sido estabelecidas condições especiais por seu controlador¹⁵.

14 José Celso de Mello Filho anota:

“Responsabilidade civil do Estado: o texto constitucional institui a responsabilidade objetiva (sem culpa) do Poder Público e consagra a teoria do risco administrativo. Nesse sentido: RDA, 55:261, 58:319, 97:177; RT, 202:163, 255:328, 382:138, 449:104, 273:700, 330:270.

...

Ato inconstitucional: o Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional” (RDA 20:42). No mesmo sentido: Amaro Cavalcanti, Responsabilidade Civil do Estado, Borsoi, 1957, v. 1, p. 313, nº 54; Themístocles Brandão Cavalcanti, Tratado, cit., 5ª ed., 1964, v. 1, p. 437. Contra: Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo, cit., 8ª ed., p. 629.

Entidades paraestatais: A responsabilidade civil das empresas públicas e das sociedades de economia mista, por atos danosos praticados na execução dos serviços públicos, é objetiva. Em caso de insolvência dos entes paraestatais, o Poder Público responde subsidiariamente, de modo integral e objetivo. Nesse sentido: Celso Antonio Bandeira de Mello, Prestação de serviços públicos e administração indireta, 2ª ed., Revista dos Tribunais, 1979, p.118-20 e 141-2; Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo, cit. p. 626. Contra: RT, 535:199” (*Constituição Federal Anotada*, Saraiva, 1984, p. 243).

15 Hart, no livro “The concept of law” (Ed. Clarendon), declara que a diferença entre os Estados de direito e os totalitários está em que nos primeiros as leis são feitas para serem aplicadas, indiscriminadamente, a governantes e governados, enquanto nos segundos, por serem produzidas pelos governantes, aplicam-se apenas aos governados.

A este aspecto se acrescenta um outro, qual seja, o de que o enriquecimento sem justa causa, de um lado, à custa do empobrecimento ilegítimo, de outro, por força de desequilíbrio contratual imposto pela parte que dele se beneficia, também é repudiado pela doutrina e jurisprudência e pelos princípios gerais de Direito. A Ciência Jurídica não permite que a injustiça seja guindada a princípio geral de Direito, enaltecendo o arbítrio dos fortes contra os fracos. E a injustiça torna-se inequívoca, em relação que se descompassa por alteração do pactuado imposto pela parte mais forte¹⁶.

Elaborou-se no país toda uma doutrina a respeito da impossibilidade de se permitir que, sem justa causa, haja enriquecimento, de um lado, e empobrecimento de outro, em relações econômicas estabelecidas sob o signo do equilíbrio e da justa adequação às possibilidades das partes. É de impossível admissão que a alteração das condições, que gere tal desequilíbrio, sem participação das partes e sem constrangimentos, possa permanecer a reger tais relações¹⁷.

16 Em Gilberto Caldas lê-se: "*Nemo Turpitudinem Suam Audire Potest*. Expressão equivalente: *Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans*".

Ninguém será ouvido (em Juízo) quando alega a sua própria torpeza.

"Se o que foi lesado por simulação nela interveio, não pode alegá-la, em juízo. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*". Tratado de Direito Privado, tomo LVI, Pontes de Miranda, 3ª ed., p. 17. "O cônjuge adúltero, por exemplo, não pode invocar o próprio crime para o fim de nele fundar pedido de desquite. *Nemo turpitudinem suam audire potest*" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, Moacir Amaral dos Santos, 1ª ed., p. 44).

17 Em meu livro "Advocacia Empresarial" (ed. OAB, 1988, p. 64) referi-me a alguns conceitos de Direito Comparado sobre a teoria que reproduzo:

Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur.
Henri de Page: "*La théorie juridique de l'imprévision tend à faire admettre qu'en toute matière, la partie lésée para un contrat peut être déliée de ses engagements lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment ou le contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie qu'il est certain que cette partie n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation de charges qui en resulte, si elle avait pu prévoir les événements qui ont provoqué cette aggravation.*

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

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

A agravante de desequilíbrio provocada por uma das partes, através de seu acionista controlador ou detentor do poder societário, torna ainda tal procedimento mais aético e repugnado pelo Direito, que, na busca de um ideal de justiça, com ele não se concilia. Nem mesmo os mais ferrenhos positivistas deixam de reconhecer um mínimo ético a regular todas as relações sociais e sem o qual o Direito não se sustenta. Em ocorrendo tal forma de agir, mais nítidas se fazem as violações à ordem econômica e a necessidade de elevação da pena¹⁸.

Um último aspecto merece reflexão. É o que diz respeito à teoria da imprevisão. Desde que o presidente Sarney lançou o primeiro plano de estabilização da economia, fatos inevitáveis e imprevisíveis têm desestabilizado os contratos firmados, à luz do princípio da *pacta sunt servanda*. A teoria da imprevisão é mais ampla na sua concepção do que a da força maior ou do caso fortuito, muito embora também a inevitabilidade e a imprevisibilidade sejam elementos presentes nos dois últimos¹⁹.

Na força maior e no caso fortuito, a previsibilidade existe em tese, mas sua ocorrência é imprevisível para aquele contrato, razão pela qual desde

18 Miguel Reale, ao relembrar a teoria utilitarista de Bentham, escreve:

“Em primeiro lugar, recordemos a teoria do ‘mínimo ético’, já exposta de certa maneira pelo filósofo inglês Jeremias Bentham e depois desenvolvida por vários autores, entre os quais um grande jurista e politólogo alemão do fim do século passado e do princípio deste, Georg Jellinek.

A teoria do ‘mínimo ético’ consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre” (*Lições Preliminares de Direito*, Bushatsky, 1974, p. 48).

19 Escrevi: “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 Sólon até a consolidação do *jus civile romanorum*, 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 supervenientes.

Encontra-se, todavia, no Código de Hammurabi dispositivo colocado na coluna nº XIV § 48 das leis, na versão de Frederico 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” (*A Constituição Aplicada nº 6*, Ed. CEJUP, no prelo).

Hammurabi o Direito conforma tais realidades e suspende os efeitos do contrato²⁰.

A teoria da imprevisão fundamenta, neste elemento, genérica e especificamente, a razão do desequilíbrio da relação contratual. Se previsível fosse o elemento desestabilizador, certamente a pactuação não teria sido firmada. Em palavras mais claras, a inevitabilidade e a imprevisibilidade são de tal forma relevantes, que é de se admitir que se previsíveis fossem tais elementos desestabilizadores, contratos não teriam sido acordados, com o que a necessidade de sua revisão judicial decorre da busca da justiça, restabelecendo-se a potencialidade de sua adimplência e não permitindo que o ônus excessivo, imposto pela nova conjuntura, gere lucros sem justa causa para uma das partes²¹.

Ora, nos diversos planos de combate à inflação — o Brasil conheceu quatro, de 1986 para cá — a novidade residiu na diferença da forma de sua implantação, de tal maneira que, se previsível era o combate ao mal, abso-

20 "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 suplira las normas que no se recogían y que hubieron de ser muchísimas más. El própio 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).

21 Escrevi: "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 das relações equilibradas entre as partes"(*).

(*) "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.

El cuerpo legal, redactado también bajo fórmulas condicionales, contempla los siguientes temas: alquiler de barcas, bienes raíces (especialmente huertos), esclavos, impuestos, daños, falsa acusación, fondos, 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 formulismo que será copiado más tarde por Hammurabi e incorporado en su famoso Código" (grifos meus) (*Código de Hammurabi*, ob. cit. p. 17/18)" (*A Constituição Aplicada* n.º 6, no prelo).

lutamente imprevisível fora supor que se fizesse daquela maneira e que, pelo menos em três deles, houvesse rotundo fracasso na obtenção da meta proposta.

A imprevisibilidade na forma em cada plano (Cruzado, Bresser, Verão e Brasil Novo) e a inevitabilidade, de rigor, passaram a permitir a revisão daquelas cláusulas que se lastreavam em situação anterior e sob condição diversa.

Este é o motivo pelo qual se revigorou, nos últimos 4 anos, o reestudo da teoria da imprevisão no Direito brasileiro, à luz dos descompassos gerados, nas relações privadas, por todos os planos, supostamente apresentados como de estabilização da economia²².

22 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 desejevelmente 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 Souza Monteiro, Caio Mário da Silva Pereira, Carlos Medeiros Silva, na década dos quarenta; de Alfredo de Almeida Paiva, Geraldo Serrano Neves, Paulo Carneiro Maia, Arnaldo Wald, Regina Gondin, na década dos cinquenta; de 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 juristas insígnies que, retratando com exatidão a realidade moderna, falam com eloquência do imperativo da teoria revisionista dos contratos. Começamos com Arnaldo Medeiros da Fonseca, cuja obra sempre festejada e preferida não autoriza a inclusão do mestre, senão nos termos, no ról 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 ímqua 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 superveniência, 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, pp. 80/81/82).

Ora, nas relações econômicas em que as empresas estatais participam — e em nível de igualdade e concorrência — não podem elas fugir à submissão aos mesmos princípios que regem as relações entre empresas do segmento privado da Economia, razão pela qual a teoria da imprevisão aplica-se a todas elas, sempre que o desequilíbrio estrutural se colocar por força da imprevisibilidade e inevitabilidade dos planos ditos de estabilização²³.

A albergagem da teoria da imprevisão torna-se ainda mais necessária, sempre que a imprevisibilidade e inevitabilidade dos acontecimentos desestabilizadores só ocorrerem para a parte vinculada ao segmento privado, que não formula políticas econômicas. Não para a outra parte, cujo controlador é também o responsável pelo estabelecimento da política descompassadora. É imprescindível que se reequilibrem contratos inviabilizados, sempre que, usando da força que lhe é própria, a empresa estatal, controlada pelo Poder descompassador, imponha condições contratuais, utilizando-se de coação incontornável.

Em face do exposto até o presente, percebe-se a responsabilidade maior das empresas estatais, sempre que participem de atividades econômicas, em nível de submissão às regras próprias da ordem econômica. Administrativamente, não lhes é permitido o abuso do poder econômico, nem o enriquecimento sem justa causa, não só por violarem a moralidade administrativa, que devem seguir, mas por lhes ser aplicável a teoria da imprevisão, sempre que as relações negociais de que participem restem desequilibradas em face das circunstâncias imprevisíveis e inevitáveis que impactaram os contratos firmados²⁴.

23 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 súplica 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).

24 Ao contestar o direito do Estado de lesar o cidadão para beneficiar o interesse coletivo, Fernando Facury Scaff escreve: “É descabida a manutenção de quaisquer situações individuais quando o interesse da coletividade requerer soluções globais. Neste caso de conflito de princípios individuais e coletivos, a solução mais compatível será a da opção pelos princípios referentes à coletividade. Não entendemos esta exceção como capaz de inviabilizar a regra geral. São necessários parâmetros bem delimitados acerca do que seja o “interesse social”, o “interesse coletivo” e também o “inte-

Na consulta formulada pela consulente, todos os pressupostos atrás analisados surgem, com meridiana clareza, visto que o Banco do Brasil é entidade da União, que interfere no processo econômico, através da denominada intervenção concorrencial.

Na anterior Constituição, não só estava a empresa estatal inibida de atuar abusivamente no mercado, por força do artigo 160, inciso V, da E.C. nº 1/69, como não podia ter qualquer privilégio em relação ao setor privado, por força do artigo 170, ambos assim descritos:

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

...

V. repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio de mercados, a eliminação de concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”²⁵;

resse público”. Tais parâmetros se tornariam inviáveis na hipótese de ser estipulados por uma norma, uma vez que esta fixaria o termo do conceito aplicável hoje, mas que indubitavelmente não será o mesmo de amanhã. Daí por que advogamos o envio do equacionamento deste conceito ao Poder Judiciário, único capaz de solucionar caso a caso, este impasse, e consoante os padrões da coletividade em um momento dado.

Então, nesta hipótese, e somente nesta hipótese — de verdadeiro e judicialmente comprovado interesse público —, é que se poderá falar de exceção à regra sancionadora supradescrita.

Dever-se-á proceder de conformidade com a regra geral. O interesse público nunca deverá ser pressuposto, mas judicialmente provado.

Para reger a reparação deve ser estipulada uma regra geral, que deve determinar o pagamento de indenização, a mais ampla possível, para as pessoas lesadas, de tal forma que possibilite o retorno do lesado a seu status *quo ante*. Deve englobar não tão-somente os prejuízos, mas também os lucros cessantes.

Obviamente tal regra deve determinar que as pessoas que tiverem sido lesadas pelo Estado, mas tiverem que permanecer lesadas em face do interesse público, devida e judicialmente comprovado (ver item 15.5), deverão receber indenização em valor superior àquela exposta na hipótese retro-descrita” (grifos meus) (Responsabilidade do Estado Intervencionista, Saraiva, 1990, p.110).

25 José Carlos Graça Wagner escreve sobre tal dispositivo que: “O art. 160, Capítulo da Ordem Econômica e Social por sua vez reza: “Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I. liberdade de iniciativa;

II. valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III. função social da propriedade;

IV. a harmonia e a solidariedade entre as categorias sociais de produção;

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

VI. expansão das oportunidades de emprego produtivo”.

Não é só o desenvolvimento econômico que está fundado nos princípios enunciados. O desenvolvimento nacional e a justiça social são também, prioritariamente, objeto de liberdade de iniciativa, ou seja, da liberdade de empreender dos cidadãos, não podendo a lei obstaculizar a atuação dos mesmos, mas tão-somente desenvolver ação supletiva, não pela execução direta mas, em especial,

“Art. 170. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º. Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

§ 2º. Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

§ 3º. A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas”²⁶.

Ora, em face dos planos de estabilização, detecto atuação do Banco do Brasil, que pode ser considerada abusiva como ocorreu nos contratos com os agricultores, para financiamento das safras agrícolas. Neles os preços da safra foram definidos pelo governo, que controla o Banco. Os juros e correção monetária, todavia, foram estabelecidos em patamares incomensuravelmente mais altos pelo próprio governo. A atuação foi considerada tão escandalosamente contrária à ética econômica, que obrigou a Constituinte a ofertar tratamento reequilibrador de tão deletéria atuação do acionista controlador daquela entidade que, não obstante tabelando os preços, exigia juros e correção, no melhor estilo da fábula do lobo e do cordeiro, em versão moderna ainda menos edificante²⁷.

através da lei e da formulação de políticas gerais, propiciadoras da ação adequada dos cidadãos” (*Caderno de Direito Econômico n.º 1, Resenha Tributária*, 1983, p. 302).

26 Geraldo de Camargo Vidigal explicou-o da forma seguinte: “Mesmo no *caput* do art. 170, entretanto, a referência ao estímulo e ao apoio do Estado evidencia que não se insere, nossa Ordem Econômica, em um quadro de ideologia liberal: a presença do estímulo e do apoio do Estado, para fortalecimento da empresa privada, caracteriza os regimes econômicos de dualismo de iniciativa, nos quais o Estado e o empreendedor privado participam do poder-dever de promover o desenvolvimento e o bem-estar social.

As limitações se definem ainda, desde o *caput* do art. 170, pela presença do advérbio “preferencialmente”, que em si já contém a idéia de que também o poder público participará da organização e da exploração de atividades econômicas.

Os três parágrafos do art. 170, no entanto, detalham formas de participação do Estado. Enfatiza-se, no § 1º, que a atividade econômica estatal terá apenas caráter suplementar.

O § 2º afirma o princípio de isonomia, tutelando empresas públicas, sociedades de economia mista e empresas privadas quanto às normas obrigacionais e trabalhistas a observar na exploração da atividade econômica. É ainda o princípio da isonomia, em matéria tributária, que se acha presente na disposição do § 3º” (*Caderno de Direito Econômico n.º 1*, ob. cit. pp. 78/79).

27 O artigo 47 das Disposições Transitórias da Constituição Federal tem a seguinte dicção: “Na liquidação dos débitos, inclusive suas renegociações e composições posteriores, ainda que ajuizados, decorrentes de quaisquer empréstimos concedidos por banco e por instituições financeiras, não existirá

Tendo sido convidado a proferir conferência no Tribunal de Justiça da Bahia, em semana comemorativa dos 50 anos de magistério do professor Orlando Gomes, pedi-me o saudoso mestre que tratasse dessa matéria na palestra, a que assistiu. Cuidei, exatamente, dessas distorções contratuais provocadas pela atuação descompassadora do mercado por parte do acionista controlador do Banco do Brasil, sugerindo, nas diversas pactuações, o reequilíbrio contratual, a partir da aplicação da teoria da imprevisão. Expus, na ocasião, a tese constante de meu livro “Advocacia Empresarial”, prefaciado pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, prof. Oscar Corrêa. Ali sustentei que o exemplo típico de situação, em que se impõe a aplicação da teoria da imprevisão, é aquele dos contratos afetados pela desestabilização da economia, provocada pela inépcia do acionista controlador do Banco do Brasil, que, em conseqüência, não pode se enriquecer sem justa causa, exatamente à custa das vítimas dos erros de seu controlador. E, publicamente, o professor Orlando Gomes — dois meses antes de seu falecimento (junho de 1988) — ao agradecer a palestra em sua homenagem, perante o auditório seletivo do mais antigo Tribunal de Justiça do país (fundado em 1609), declarou sua inteira adesão à linha por mim exposta, sem qualquer reparo ou acréscimo²⁸.

correção monetária desde que o empréstimo tenha sido concedido: I. aos micros e pequenos empresários ou seus estabelecimentos no período de 28 de fevereiro de 1986 a 28 de fevereiro de 1987; II. aos mini, pequenos e médios produtores rurais no período de 28 de fevereiro de 1986 a 31 de dezembro de 1987, desde que relativos a crédito rural”.

28 Escrevi para aquele encontro: “As autoridades brasileiras, todavia, fizeram o povo — o empresariado, inclusive — acreditar que o plano de estabilização brasileiro seria diverso de tudo o que se fizera até aquele momento, posto que tinham-se preparado para enfrentar a realidade de forma mais profissional e científica.

As poucas vozes (entre as quais, a minha) que desde o início se levantaram contra o plano cruzado, foram, de imediato, alcunhadas de impatriotas, tendo eu inclusive ouvido de amigos, alunos e clientes que as minhas críticas eram injustas e imotivadas.

No período áureo do plano cruzado, os escassos críticos eram considerados traidores da pátria, enquanto o governo vendia a falsa idéia de que se poderia investir, pois a inflação seria zero: que deveria ser banida da mentalidade do brasileiro a memória inflacionária; que o Brasil retomaria seu caminho de grande nação e que todos os financiamentos necessários ao processo produtivo poderiam ser obtidos, principalmente dos Bancos governamentais.

Foi neste período de euforia — em que uma maciça propaganda governamental era produzida e em que os marginais deixavam de ser os assaltantes, mas os modestos gerentes de supermercados assim eram considerados — que os cafeicultores nacionais foram convidados, pelo governo federal, ao investimento no setor. A idéia era produzir, graças ao plano cruzado, uma safra nacional nunca vista.

Ainda, há alguns dias, o Ministro da Fazenda da época, em um programa de televisão no qual deixou muitas dúvidas e apresentou poucas respostas, declarou que a safra *record* deveria-se ao estímulo à produção agrícola gerado pelos financiamentos durante o plano cruzado.

Ora, no momento em que a nação saiu da euforia apoteótica e caiu na dura realidade — o que de rigor só aconteceu após o fracasso do segundo plano cruzado, ou seja, o Plano Bresser — é que se percebeu que a Economia estava por inteiro descompassada, os investimentos prejudicados,

Ora, nos contratos em exame, que principiam com forma de pactuação, cuja “correção monetária” — não os juros — sobe de forma fantástica (quase três vezes em relação à ORTN-OTN-BTN e quase duas vezes em relação à cotação do dólar), em período em que o próprio acionista controlador do Banco do Brasil congelou os preços do pactuante por *quatro vezes*, impondo prejuízo nos preços e almejando *lucro abusivo* na correção, a atuação do Banco do Brasil é condenável e manifestamente ilícita, por objetivar lucros abusivos, proibidos pela Constituição *pretérita* e pela *atual*. Em face dessa atuação lamentável, estão seus dirigentes sujeitos à eventual aplicação da lei penal (lei 5.172/51) e à responsabilização civil por danos, nos termos do pretérito artigo 107 da C.F. e do atual 37 § 6.º, pois atentatória à moralidade pública²⁹.

o Direito esfregalhado, a nação desesperançada e o país navegando à deriva.

Celso Ribeiro Bastos, no discurso de abertura do Congresso Nacional de Direito Constitucional de Maceió, de forma gráfica, comparou o período à festa magnífica ofertada por um Rei, da qual todo o povo participou, e que, na hora da despedida, quando já tudo acabara, para surpresa geral, o anfitrião pediu para que cada um pagasse a conta.

Ora, neste quadro de melancólica lembrança, os cafeicultores que acreditaram no governo e obtiveram financiamentos, em clima de segurança de inflação zero, foram surpreendidos pela pior inflação da História brasileira, na liquidação de seus contratos, assim como pelos preços mais aviltados para venda de sua produção. No momento em que financiaram sua produção, o custeio da cultura era calculado em pouco mais da metade do valor final da produção. No momento em que devem vendê-la, a produção vale metade do custeio financiado, pois um duplo fator de corrosão incidiu sobre o mercado do café, ou seja, o controle de preço estabelecido pelo governo, de um lado, e a correção monetária dos contratos financeiros, de outro.

Ora, neste quadro percebe-se claramente que a teoria da imprevisão é a única aplicável a tais contratos, visto que se fosse previsível a inflação que são obrigados a enfrentar hoje, assim como o ilegal controle de preços do governo sobre o setor cafeeiro, que será objeto de outro estudo meu, à evidência, teriam os cafeicultores procurado outras formas mais rentáveis e menos trabalhosas de servir à nação.

Neste particular, portanto, a teoria da imprevisão aplica-se, por inteiro, aos contratos firmados, razão pela qual parcela substancial dos bancos privados têm revisto as cláusulas, desonerando os produtores de seu cumprimento.

Os bancos oficiais, todavia, pretendem que o contrato seja cumprido, à luz do princípio *pacta sunt servanda* e não da cláusula *rebus sic stantibus*.

Nada me parece mais injurídico, senão mais imoral” (*Advocacia Empresarial*, ed. OAB/SP, 1988, pp. 57/58).

29 José Afonso da Silva ensina: “A moralidade é definida como um dos princípios da Administração Pública (art. 37). Já discutimos o tema quando tratamos da ação popular, e vimos que a Constituição quer que a imoralidade administrativa em si seja fundamento de nulidade do ato viciado.

A idéia subjacente ao princípio é a de que moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica. Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto. Significa, como disse Hauriou, que a moralidade administrativa consiste no “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina da Administração”.

Pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, p.ex., com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa” (*Curso de Direito Constitucional Positivo, Revista dos Tribunais*, 1989, p. 563).

Em verdade, nos contratos em exame, está ferida a *moralidade administrativa*, principalmente a partir do momento em que foram *imprevisíveis* e *inevitáveis* os efeitos de todos os planos de estabilização da economia sobre a consulente. Nem a imprevisibilidade, nem a inevitabilidade, todavia, poderiam ser alegadas pelo Banco do Brasil, pois com assento no Conselho Monetário e controlado pelo governo que, por três vezes fracassou, com efeitos especiais no melhor estilo “spielberguiano”, no combate à inflação, impondo prejuízo considerável à sociedade e à consulente. Não pode agora deixar de suportar sua controlada os ônus de seus erros e incompetência, antes deles querendo se beneficiar. Percebe-se tal realidade pelo quadro abaixo transcrito, em que aparece o nível de indexação imposto pela lei — que apenas o admitia pela ORTN (depois, OTN, hoje BTN) (Lei 6.423/77) — e a correção monetária efetivamente exigida pelo Banco do Brasil da consulente, a saber:

“OTNs/BTNs — 2.418
LBCs/LFTs — 5.197³⁰.”

Em resumo — antes de passar a responder às questões suscitadas — entendendo que se conforma nítido caso de abuso do poder econômico, por lucros excessivos, pretendíveis a partir da inevitabilidade e imprevisibilidade de con-

30 Embora não aceitasse a imposição da lei 6.423/77, por entendê-la inconstitucional à luz da E.C. 1/69, considerava-a, todavia, obrigatória sempre que aplicável aos créditos do Poder Público, por ser aquele com o direito de produzir o Direito. Escrevi: “Nevertheless, there still remains a query. The Federal Constitution, in Art. 153, § 2, states: “The right to ownership is guaranteed, except in the case of expropriation because of necessary ou public utility, or social interest, by means of prior, fair compensation in cash, subject to the provisions in Section 161, and the expropriated party has the option to accept payment in public indebtedness certificates, with a precise monetary correction clause. In the event of impending public danger, the appropriate authorities may use a private property, and the owner shall be entitled to subsequent compensation (our emphasis)”. Thus, the Constitution itself uses the words “precise monetary correction”. Although dealing with a specific case, the Constitution recognizes the general principle that the State, if it causes loss for a citizen, must indemnify the individual with precise monetary correction, that is, monetary correction that is not misrepresented or incorrect.

Now, the country has various indices for evaluating the loss of substance of the value of currency, the cost of living, inflation etc.

These include the UPC (Standard Capital Unit), INPC (the National Consumer Price Index), the ORTN (National Treasury Bond) etc., whereby it would be lawful to admit that monetary correction applicable to recoupment of an undue debt should be that representing the true devaluation of currency and not that imposed and bound to ORTN indices.

However, it could be asked whether it would be fair, at a time of adulteration of ORTN rates, to use lower calculations for tax debts and higher ones for recoupment of an undue debt?

We think so, because the Tax Authority has the power of self-limitation since, in final analysis, it is the beneficiary of the imposition.

The taxpayer, however, may not be jeopardized in his legitimate right to be compensated for what belongs to him by “precise monetary correction” (Monetary Indexation in Brazil, Inter. Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1983, p. 45).

juntura posterior, que desequilibrou os contratos, com prejuízo evidente para as consulentes e benefício

sem justa causa para o Banco do Brasil. Acrescente-se a agravante de ter, seu acionista controlador, imposto tais prejuízos às consulentes e tais lucros ao Banco do Brasil, por força de três desastrosas tentativas de estabilização da economia (Plano Cruzado, Bresser e Verão) e uma nova tentativa pelo plano atual, em que o governo, quando devedor, passou a pagar suas dívidas em BTN (correção de 41 % em março) e quando credor, a exigir em IPC (correção de 82 % no mesmo mês).

A agravante, portanto, na prática de abuso do poder econômico pelo Banco do Brasil, sujeita-o não só ao devido enquadramento nas hipóteses da lei 4.137/62 e MP 218/90, como a eventual responsabilização criminal e provável responsabilização civil de seus dirigentes, visto que essa responsabilidade decorre, não necessariamente do dolo, bastando a ocorrência de culpa³¹.

O contrato, por outro lado, necessita ser reequilibrado em nível da única correção monetária que uma entidade controlada pelo governo pode impor, qual seja, a dos próprios índices da ORTN, OTN, BTN e nenhum outro³².

31 O artigo 4º da Lei 1.521/51 tem a seguinte dicção: "Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real assim se considerando: a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei: cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito; b) obter ou estipular em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena: detenção de 2 meses a dois anos e multa de 5 mil a 20 mil cruzeiros.

§ 1º Nas mesmas penas incorreção os procuradores, mandatários ou mediadores que intervierem na operação usurária, bem como os cessionários de crédito usurário que ciente de sua natureza ilícita, o fizeram valer em sucessiva transmissão ou execução judicial.

§ 2º São circunstâncias agravantes do crime de usura: I. ser cometido em época de grave crise econômica; II. ocasionar dano individual; III. dissimular-se a natureza usuária do contrato; IV. quando cometido: a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso, por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima; b) em detrimento de operário ou de agricultor; de menor de 18 anos ou deficiente mental, interdito ou não.

§ 3º A estipulação de juros ou lucro usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido".

32 No dia 12 de setembro de 1990, o eminente jurista e juiz da 5ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, professor Humberto Marques Filgueiras, em caso semelhante (o banco federal era o BNDES) concedeu liminar para restabelecer os índices da BTN, em contratos firmados com os particulares, nos seguintes termos: "Informa, também, que quando se afetou a cessão do financiamento, não vigendo mais a OTN, foi estabelecido índice de atualização monetária com base na variação do IPC, ou outro índice/título que venha a ser estabelecido em lei ou pelas autoridades monetárias do país. Argumento, entretanto, que embora originalmente coincidentes, as variações daqueles índices, OTN e IPC, hoje se distanciam sensivelmente, estando o segundo duas vezes superior ao que substituiu, legalmente, a antiga OTN, ou seja, o BTN, o que tem gerado para a requerente onerosidade excessiva e exagerado benefício para as requeridas.

Isto posto, passo a responder às diversas questões colocadas.

2.1.1. Os documentos de confissão de dívida e de compra e venda com *lease back*, embora com aparência de “novação”, de rigor, encobrem forma abusiva para obter resultados superiores ao das pactuações anteriores, em momento em que o acionista controlador do Banco do Brasil ainda mantinha o primeiro plano de estabilização, pelo qual obrigava a consulente a ter seus preços sob rígido controle. A elevação exagerada do mecanismo indexatório imposto sob protesto à consulente, em verdade, pela teoria da desconsideração, não tornou o contrato uma novação real sob este aspecto, mas uma pactuação leonina, vedada pela lei maior³³.

Acresce, segundo alega, que a intervenção do Banco Central do Brasil na instituição financeira estatal primeiramente contratada, acarretou atraso de seis meses no financiamento, que repercuta na dívida, prazo este que pretende ver restabelecido na carência.

Pretende ver demonstrada a existência do *fumus boni iuris* na alteração unilateral da indexação contratual originalmente estabelecida, visto que a primeira requerida é empresa pública incumbida de investimento federal, tanto quanto configurado o *periculum in mora*, pela impossibilidade de adimplemento do contrato, conforme seus índices alterados.

Entendo presentes, no caso, os pressupostos do artigo 804 do CPC, concedo a medida, liminarmente, sem a audiência das requeridas, para que seja restabelecida a carência do contrato, devolvendo-se à requerente prazo igual ao da interrupção do financiamento concedido originalmente pela instituição financeira que foi objeto da intervenção referida, e a que não deu causa a requerente, prorrogando-se, assim, por igual prazo, os vencimentos das prestações estabelecidas no contrato cedido.

Concedo-a, também, para que o pagamento das prestações vencidas a partir de 16 de março de 1990 sejam corrigidas segundo a variação do índice dos Bônus do Tesouro Nacional, imputando-se os pagamentos já efetuados a título de juros, visto que, na forma do disposto na Lei 7.801/89, art. 5º, este índice substituiu a OTN” (Proc. 90.0036526-0).

33 Escrevi: “Embora sejam muitas as facetas da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, no Direito Comparado, no Brasil restringe-se sua discussão a duas grandes vertentes, ou seja, à teoria extensiva e à teoria limitativa.

Pela primeira, sempre que os atos praticados, por intermédio da pessoa jurídica, refugirem aos limites de sua personificação, tais atos não seriam inválidos, mas ineficazes para aquela forma, embora ganhando eficácia atributiva a outra conformação jurídica. O superamento da pessoa jurídica decorreria da sua inadequação no receber a forma pretendida pelas partes, forma esta incapaz de tirar a validade jurídica do negócio acordado, mas recebendo tais atos jurídicos outro tratamento jurisprudencial ou legislativo.

Pela teoria limitativa, a desconsideração seria necessariamente formulação jurisprudencial, visto que a previsão legal da hipótese desconsiderativa já representaria tratamento legislativo pertinente, razão pela qual não hospedaria a teoria da desconsideração, mas apenas uma singela teoria da imputação dos efeitos legais aos atos normados.

As duas correntes possuem, no Brasil, adeptos de escól, quase sempre, em sua versão privativista, ou seja, naquela em que a lacuna legal é preenchida pelo fenômeno superativo ou a previsão legal já lhe dá tratamento pertinente.

O aspecto de interesse, todavia, é que a desconsideração da pessoa jurídica prevê a utilização da personificação de forma inadequada.

Os atos são praticados pela sociedade, mas nela não têm os reflexos pretendidos, embora válidos, pois superam a conformação legal de suas virtualidades” (*Direito Público e Empresarial*, Cejup, 1988, pp. 61/62).

2.1.2. Como já demonstrei em inúmeros artigos e pareceres, o arrendamento mercantil, embora com algumas características de contrato financeiro, não é um contrato de mútuo, nem comporta juros, posto que sua remuneração se faz pelo pagamento de arrendamento de bem. Não se compatibiliza, pois, com o pagamento de juros³⁴.

2.1.3. No arrendamento mercantil, estando o bem arrendado no patrimônio do arrendante, do qual se desvincula a partir do momento em que a operação se transforma em contrato de *lease back* ou arrendamento mercantil de retorno, à evidência, o pagamento de juros de um capital que não admite tal tipo de remuneração, desnatura a modalidade contratual que, como já disse, pela forma como foi obtida, deve ser desconsiderada, prevalecendo as cláusulas remuneratórias dos contratos originais e anteriores à pretendida dupla novação.

2.1.4. A inserção de juros embutidos em contratos, cuja desconsideração se impõe, configura mais do que eventual ato com características dolosas, pois disfarça inequívoca cláusula potestativa embutida³⁵.

34 Assim escrevi sobre a Lei 6.099/74: "A Lei 6.099/74 é antes de tudo uma lei de natureza tributária.

Regula as operações, objetivando permitir sua dedutibilidade. Oferece os caminhos para a intervenção simultânea, em nível de fiscalização, dos dois principais agentes governamentais de controle da moeda, a saber: Banco Central e Receita Federal, encarregados, respectivamente, das políticas monetária e fiscal.

Ora, nesta regulação percebe-se que o *leasing* — ou "arrendamento mercantil" no Brasil — pressupõe a aquisição ou detenção de bens, que estão ativados nas empresas de *leasing*, os quais, sem perderem tal condição, são arrendados aos consumidores ou usuários. O arrendatário não prescinde do bem, mas o recebe para uso, através de empresa autorizada a funcionar no mercado, que os adquire apenas para tal finalidade.

Por essa razão, as despesas dedutíveis na empresa arrendatária são compensadas pela ativação dos bens nas empresas de *leasing*, em cujo permanente são contabilizados.

Permite, por outro lado, a lei a tais empresas:

a) vender o bem ao final do contrato por valor residual;

b) garantir a eventual compra com caução, proibindo, todavia, que os contratos de "leasing" sejam redigidos de forma distinta do que preceitua a lei" (*Direito Administrativo e Empresarial*, Cejup, 1989, pp. 60/61).

35 Embora o contrato aparente uma simulação (concordância das duas partes em fazer uma declaração fictícia), não o é, de rigor, lembrando-se a lição de A. Machado Pauperio: "Simulação. Do latim *simulatio* (fingimento ou artifício), é a declaração fictícia da vontade, em qualquer ato, com a concordância de ambas as partes, com a finalidade, geralmente, de fugir de determinados imperativos legais. Traduz também má-fé, como o dolo. A única diferença é que, enquanto no dolo a má-fé é de uma parte contra outra, na simulação a má-fé é de ambas as partes contra um terceiro, que pode ser, inclusive, o Estado.

Pela simulação, na prática de um ato ou na execução de um contrato, por meio de artifício ou fingimento, tem-se a intenção de enganar, dando aparência de verdadeiro ao que é por si falso.

Traduz a simulação, portanto, qualquer disfarce ou simulacro capaz de esconder a realidade ou a verdade, de modo a fazer crer coisa diferente da que é" (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, Vol. 69, Saraiva, 1977, p.78).

2.2.1. Se, todavia, a teoria desconstitutiva não se aplicasse, como entendendo que se aplica, às hipóteses analisadas no bloco 2.1, nem por isto, na ocorrência de novação, poderia haver adulteração unilateral de cláusulas expressas e com bases e condições contratuais mutuamente ajustadas, com aprovação da Diretoria do Banco do Brasil. A alteração unilateral é, evidentemente, de nenhuma eficácia jurídica, mormente quando a adesão pretendida — que não se deu em face do protesto — não a poderia convalidar, pois obtida por vício de vontade”³⁶.

2.2.2. À nitidez, o vício de que se revestiram os documentos do início de 1987, tornam a cláusula da confissão de dívida anulável judicialmente³⁷.

2.3.1; O novo contrato não é válido, não só por que a alteração *pro domo suo* da cláusula indexatória beneficiou, sem justa causa, a entidade financeira controlada pelo governo federal, como pelo fato de o governo ter imposto rígido controle de preços à consulente, não lhe permitindo obter

36 João Casillo ensina: “Aquele que erra, e tem sua vontade viciada o faz sozinho. Não há qualquer co-participante. Se por erro alguém comprou candelabros de cobre pensando que fossem de ouro, assim agiu sem que qualquer outra vontade tivesse participado.

Já no dolo a situação é diversa. No dolo não há “espontaneidade”. No dolo alguém, maliciosamente, com astúcia, obra no sentido de levar outrem à prática de um ato que não queria, advindo proveito em benefício de quem agiu ou de terceiros. Para que haja dolo, sempre alguém deve agir (ou omitir-se) maliciosamente para influenciar ou prejudicar a vontade de outrem.

Entretanto, é necessário notar que se alguém age dolosamente, visando prejudicar a outrem, este quando é levado pelo dolo, erra. Mas aí o erro tem uma causa externa, não imputável ao declarante. Quando há participação dolosa, e o artifício consegue desvirtuar a vontade daquele contra quem o dolo se dirige, vamos encontrar também erro, mas agora absorvido pelo próprio dolo. Uma análise em nossa jurisprudência vai mostrar que é muito comum a ementa referir-se a erro, mas a leitura do corpo do acórdão acaba mostrando que o que realmente ocorreu foi erro do declarante, mas induzindo a tal ação dolosa.

Já na coação não vamos encontrar o engenho da inteligência maligna, mas a violência agindo sobre uma pessoa a fim de que ela manifeste sua vontade num determinado sentido. Sem esta violência, por certo, a manifestação de vontade seria outra. A violência sobre a pessoa, pressionando-a a manifestar sua vontade é que caracteriza a coação” (*O erro como vício da vontade*, Revista dos Tribunais, 1982, pp. 28/29).

37 É ainda João Casillo, quem relembra: “I — O elemento vontade deve ser ainda considerado como mola mestra do ato jurídico, com as restrições que a moderna doutrina lhe faz no sentido de acatar esta importância sem um cunho exclusivamente individualista, mas tendo em vista o significado social das relações jurídicas.

II — Toda vez que a vontade apresentar-se viciada, seja porque o defeito foi na sua própria formação, na declaração ou na transmissão, e isto se der por erro, deve esta situação anômala merecer a atenção do legislador, pelo respeito devido à vontade;

III — Para que o erro tenha significado e importância mister se faz que ele seja substancial (em todas as espécies vistas), não tendo qualquer relevância o erro acidental;

IV — Dentro da denominação “vícios da vontade” não há lugar para o “erro obstativo”, porque nas hipóteses apontadas como tal ocorre é a verdadeira ausência da vontade, e se não houve não se pode falar em erro como vício. O erro obstativo deve ser considerado fora dos vícios da vontade;

V — O erro de direito só deve ser admitido na medida em que ele seja invocado para impugnar o ato jurídico no seu nascimento e tenha em vista o próprio conteúdo da declaração. O que ocorre então é que houve erro de fato” (*O erro como vício da vontade*, ob.cit., p. 71)

recursos suficientes para o atendimento de suas obrigações. Desta forma, o único caminho a seguir é a correção monetária exprimir os índices de inflação, a saber: as ORTNs, depois OTNs e hoje BTNs.

2.3.2. O rendimento do IPC não é o índice oficial da variação da correção monetária, que o Direito brasileiro conformou como sendo aquele imposto pela variação das ORTNs, depois OTNs e hoje BTN³⁸.

2.3.3. Entendo que a expressão “rendimento nominal” em vez de “índice” é utilizada para contornar a adoção de índice oficial da correção monetária, o que torna mais vulnerável a pretensão diversa, do Banco do Brasil, imposta às consulentes.

2.4.1. Não estou convencido de que houve “novação” no que concerne à forma indexatória, em face da nítida conformação desconsiderativa dos documentos de janeiro de 1987. As outras cláusulas — inclusive as de extensão dos prazos — caracterizam novação, por acordada, sem contestação, pelas partes. À evidência, sobre a parte não contestada e modificada no contrato, a novação pode ter-se configurado, por força de norma legal e não da intenção das partes, que não têm a força de mudar o Direito posto. Em outras palavras, a novação existe ou não, não por força de qualquer declaração, mas da real intenção de novar³⁹.

2.4.2. Parece-me, outrossim, que a imposição de cláusula indexatória não oficial e geradora de lucros arbitrários proibidos pelo artigo 160, inciso V, da E.C. n.º 1/69 e o protesto em relação à cláusula referida, anunciada pela consulente no momento da assinatura e com a manifestação escrita entregue no mesmo dia, tornam-na sem qualquer validade, por exteriorizar abuso do poder econômico e por não representar concordância por parte da consulente.

38 Lei 7.801/89.

39 Álvaro Villaça Azevedo faz a distinção entre novação e conformação da obrigação anterior, ao dizer: “Como percebemos, a novação é um meio de execução obrigacional, que importa a extinção da obrigação primitiva, pelo nascimento da nova. É, em síntese, a extinção da obrigação originária por uma nova.

Os pressupostos existenciais da novação são, portanto: obrigação primitiva, obrigação nova a extinguir aquela e o ânimo de novar (*animus novandi*). Sim, porque, “não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma, simplesmente, a primeira”, reza o art. 1.000 do Código Civil Brasileiro. Nesse caso, haveria cumulação das obrigações, mero reforço da primeira pela segunda. 2. Espécies: Há três espécies de novação: a subjetiva, a objetiva e a mista. A primeira importa a substituição dos sujeitos da relação jurídica obrigacional primitiva (credor e devedor ou ambos), a segunda a alteração de objeto da prestação jurídica e a última congrega, simultaneamente, as duas categorias atrás.

O art. 999 do Código Civil prevê, expressamente, as espécies referidas” (*Teoria Geral das Obrigações*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, 1987, p.174)

2.5.1. Entendo que o congelamento das OTNs por um ano exige a adoção de indexador hospedeiro do critério de variação *pro rata temporis* da correção monetária, como, de resto, algumas decisões dos Tribunais superiores têm indicado. Adotar o critério da variação de 1 ano para contratos assinados no fim do período, é ofertar lucro arbitrário ao beneficiário da indexação, que as Constituições passada e atual impedem⁴⁰.

2.5.2. b) Sim. Os índices que deveriam ser adotados, por exteriorizarem a correção oficial, seriam os da ORTNs, OTNs e BTNs.

2.5.2. c) Embora tenha posição que a lei n.º 6.327/77 não poderia impor um único índice à pactuação privada, não se trata de discutir tal orientação no caso presente, visto que a pactuação foi realizada com entidade financeira controlada pelo governo que impunha tal lei, razão pela qual, o Poder Público estava vinculado à sua própria orientação, dele não podendo se desviar.

2.6. Não é, nem ética, nem juridicamente aceitável o procedimento do Banco do Brasil em face dos argumentos apresentados no bloco I deste parecer⁴¹.

40 "Correção Monetária *Pro Rata* — Plano Cruzado. As dívidas contraídas durante o Plano Cruzado são atualizadas segundo a variação *pro rata* da OTN no mês do empréstimo (TA-PR-Ac. unân. 31.799 de 1.º Gr. Câms. Civis. julg. em 6.10.88 — Agr. Reg. 14 no MS 92- Ribeirão do Pinhal — Rel. Juiz Ivan Righi — Banco Itaú de Investimentos S/A — Grupo Itaú vs. Macaribe Agroindustrial Ltda)".

"Agravamento de Instrumento N.º 90.451-4/SP, 1.ª Turma, (DJ, 4.3.1983).

Relator: o sr. ministro Cordeiro Guerra

Agravantes: Lino Marino Petténa e sua mulher

Agravado: Departamento de Águas e Energia Elétrica-DAEE.

Ementa: A fixação, segundo critérios legais, dos corretivos da indenização expropriatória, não envolve, por si mesma, questão de Direito Constitucional, capaz de afastar a aplicação do art. 308, VI, do Regimento Interno.

Se examinável a controvérsia, ver-se-ia que não difere o resultado matemático dos índices da Seplan em relação aos da variação do valor nominal das ORTNs, adotado pela Lei n.º 6.423, de 17.6.77. Por definição, a variação do valor da moeda é a mesma, num e noutro índice.

AgRg improvido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental.

Brasília, 16 de dezembro de 1982.

Djaci Alcão, Presidente — Cordeiro Guerra, Relator".

41 J. M. Sidou relembra sobre a teoria da imprevisão que: "Cunha Gonçalves confunde caso fortuito, ou força maior, com imprevisão, e no lamentável erro tendem a incidir todos quantos derem pouco apreço ao elemento vontade na formação dos contratos. Diz o Mestre lusitano: "Mesmo em tempos normais, entendemos que, para a realização da estrita justiça, nos bastam os preceitos dos arts. 705 e 2.393 (do Código Civil Português, 1867), entendidos de modo hábil e racional, porque esses artigos isentam da responsabilidade os contraentes que faltaram à sua obrigação por caso fortuito ou força maior, para o qual de modo nenhum contribuíram".

Na teoria revisionista não há ausência de participação do obrigado, porque a impossibilidade de executar é resultante da circunstância de que ele participa, e não resultante de um fenômeno de

2.7.1. Entendo que, além da correção oficial (ORTN, OTN, BTN) e juros de 12%, a exigência de maiores rendimentos por parte da entidade financeira controlada pelo governo, que deve preservar a ordem financeira, pode configurar eventualmente a prática da usura. Não é a minha posição em relação às entidades financeiras particulares, que, não tendo a possibilidade de decidir sobre a política econômica, devem segui-la nos termos impostos pelo governo. O governo ou qualquer de suas controladas é que não têm o direito de romper a legislação vigente, impondo tratamento condenável. O certo, todavia, é que o prejuízo imposto (cinco vezes o valor da obrigação calculada de outra forma) pode ser tratado em nível de responsabilidade pelo Banco do Brasil, com direito a ação de regresso contra as pessoas que os ocasionaram⁴².

2.7.2. Sim, a declaração de cláusula deve ser requerida, por coação incontornável⁴³.

2.7.3. Sim, em caso de configuração de ação dolosa por parte dos dirigentes do Banco do Brasil envolvidos na pactuação.

2.8. Eventualmente, o dolo de propósito poderia se caracterizar, em face dos fatos mencionados (assento do Conselho Monetário e de ter o governo imposto política que lhe beneficiou diretamente).

O certo é que a política determinada pelo acionista controlador com a concordância do Banco do Brasil, resultou em enriquecimento sem justa causa, com o que a responsabilização civil da União e do Banco do Brasil pelo dano causado, se impõe⁴⁴.

todo exógeno; e não há diligência frustrada de sua parte em cumprir a obrigação. É a diferença entre o poder fazer e o não convir fazer. O contratante pode não estar impossibilitado de cumprir determinada prestação; entretanto, cumprindo-a e continuando a cumpri-la na forma do ajuste, observa simplesmente que estará arruinando seu patrimônio em favor de um lucro excessivo de seu credor, uma vez que está caracterizado um desequilíbrio entre prestação e contraprestação, nunca resultante de um acordo de vontades no ato de contratar" (*A Revisão Judicial dos Contratos e outras Figuras Jurídicas*, 2ª ed., Forense, 1984, p.107).

42 O Decreto nº 22.626/33 fixou a taxa máxima de juros em 12% ao ano.

43 Juan Antonio N. Vitullo ensina: "Los elementos de la coacción son: la amenaza de sufrir un mal grave e inminente.

Debe analizarse entonces la seriedad de la amenaza, la importancia del bien amenazado y la gravedad de la infracción impuesta.

En síntesis, las condiciones para que se produzca esta causal de irresponsabilidad son: situación de opción por parte del agente entre el mal que debe sufrir y el que ha de causar; la opción que debe ser planteada por una coacción externa; la amenaza ha de ser seria. El mal que debe sufrir, grave e inminente; el hecho delictivo no ha de poder evitarse por otros medios, y la situación creada no debe serle imputable al sujeto" (*Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo III, Driskill, Buenos Aires, 1977, p.88)

44 Paulo José da Costa Jr. ensina:

"O dolo de ímpeto não admite, entre a formação do propósito delituoso e a conduta, um hiato temporal. Quanto menos, haverá de existir uma solução de continuidade cronológica exígua ou razoável.

2.9. Entendo que não, em face de todos os elementos que conformaram a assinatura dos dois documentos, com o protesto no próprio dia da violência contratual e de que foram avisados antes da assinatura os próprios dirigentes do Banco do Brasil. E em face das cláusulas corretivas infringirem as disposições legais sobre a matéria.

2.10. Não, pelos mesmos motivos atrás aduzidos e no bloco 1 desta consulta, assim como pelo inequívoco efeito retroativo do contrato, atingindo relações já superadas.

2.11.1. Sim, pelos termos já atrás analisados, visto que o vício da vontade resta caracterizado pela sucessiva correspondência trocada, pela promessa de revisão contratual e pelo próprio protesto, apresentado no dia, para confirmar a promessa verbal não cumprida pelo Banco do Brasil, nos termos que me foram apresentados pela consulente. À evidência, apenas no que concerne aos mecanismos indexatários.

2.11.2. Sim, pelos mesmos motivos.

2.11.3. Sim, pelos mesmos motivos⁴⁵.

Tal não implica que a vontade delituosa tenha sido formada debaixo de influxo de qualquer paixão, já que a conduta poderá desenvolver-se com calma e frieza.

No dolo de propósito, há um destaque notável entre a formação do propósito e a atuação. Os clássicos, como Carmignani, entendiam indispensável que o delito fosse cometido *frigidò pacatoque animo*. Na moderna doutrina, inclusive nos países que prevêem a premeditação entre as agravantes do crime, não se exige a frieza ou a calma anímica. Basta que tenha decorrido de lapso temporal considerável, entre o propósito criminoso e a atuação, e que esta sido precedida de uma preparação minuciosa'' (Comentários ao Código Penal, 3ª ed., Saraiva, 1989, p.176)

45 Mário de Salles Penteadó ensina:

''O art. 153 da CC suscita uma questão interessante: a de saber se nos contratos complexos, pela abrangência de vários objetos, o vício do consentimento, relativo a um deles, estende-se, presumidamente, a todo o negócio.

Há quem sustente que, sendo o negócio jurídico, por natureza, uno, deve-se presumi-lo incidível, cabendo, assim, a quem alega que ele se concluiria em parte, o ônus de provar que o vício, relativo a um objeto, não se comunicou aos demais.

Nesse sentido é a opinião de Pontes de Miranda, o qual acrescenta que está implícito no art. 153 do CC o princípio da ''contagiação'' de todo o ato pela nulidade, cabendo a quem alega a validade parcial provar a exceção do não-contágio.

Não parece, entretanto, que o consagrado mestre tenha, nesse ponto, razão.

Em primeiro lugar, a redação da primeira parte do dispositivo leva à conclusão de que a regra estabelecida, quanto aos atos complexos e separáveis por vários objetos, é a da não-contaminação da parte não atingida pela nulidade que se refira à outra.

Como se sabe, o art. 153 do CC consagra o princípio, oriundo da Glosa, segundo o qual *utile per inutile non vitiatur* (Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 77, 1977, p. 233)

2.12. Sim, nos termos apresentados nas questões anteriores. O índice a ser adotado é o da ORTN, OTN e BTN, únicos índices oficiais a justificar a indexação contratual, sempre que a parte credora for controlada pelo Poder Público Federal, visto que é quem os impõe à sociedade. Para o caso presente, todo o contrato deve ser regido pelos índices oficiais, ilegal sendo a adoção de qualquer outro, com risco de ser punida a entidade financeira governamental por abuso de poder econômico, nos termos da legislação vigente fundamentada nos retros comentários.

S.M.J.

São Paulo, 17 de setembro de 1990

**INSTITUIÇÃO FINANCEIRA COM EXCELENTE LIQUIDEZ,
MAS GRANDE CREDORA DO GOVERNO FEDERAL, QUE NÃO
PAGA SUAS CONTAS — RISCO DE INTERVENÇÃO OU
LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL — RESPONSABILIDADE CIVIL
E CRIMINAL DA UNIÃO E DOS DIRETORES DO BANCO
CENTRAL SE TAL HIPÓTESE OCORRER POR FORÇA DA
INADIMPLÊNCIA DA UNIÃO — PARECER**

CONSULTA

A consulente é instituição financeira que apresenta excelente liquidez, não se confrontando com nenhuma dificuldade de caixa.

Entretanto, ao longo dos anos, a entidade prestou ao setor público a maior colaboração ao seu alcance, sobre se submeter a diversas exigências compulsórias, como a aquisição de certificados de privatização — que a Justiça vem considerando de imposição inconstitucional —, fato que redundou em créditos de liquidação contra a União e o Estado de São Paulo da ordem de 26% de ativos financeiros.

Ocorre que, como é notório, o setor público vem liquidando suas dívidas — quando as liquida — com grande atraso, o que causa às instituições financeiras titulares dos créditos respectivos, custo financeiro ponderável, correspondente à manutenção de captação originária para concedê-los. Esse custo, administrável a curto prazo, produz efeitos perversos a longo prazo, se perdurar a situação de grande atraso.

Agora, a Resolução n.º 1.7488/90 do BACEN vem acrescentar outro gravame. Alterando regra, prevalecente há anos, na contabilização de tais créditos, essa resolução determina que os mesmos sejam levados à conta de créditos em liquidação, o que importará na dependência da relação entre o total dos créditos e o patrimônio líquido, ocasionando substancial redução ou até eliminação deste, mesmo que adotada a faculdade estabelecida pela circular n.º 1.847 de 21.11.90 — que sequer contempla o custo de captação efetiva de mercado — e cuja eficácia é precária, extinguindo seus efeitos em 1.º de janeiro p.f..

Resulta, portanto, que o comprometimento do patrimônio líquido da consulente advém, de um lado, do atraso no pagamento de débitos pelo Poder Público, e de outro lado, das regras de contabilização dos créditos correspondentes, impostas pelo Banco Central.

Diante disso pergunta-se:

1) Tendo em vista que o Poder Público não pode ser considerado insolvente, seria juridicamente possível obrigar a instituição financeira a considerar os débitos do setor público sob a rubrica de créditos em liquidação, como determina a Resolução nº 1.748/90 do BACEN?

2) Caso seja mantida a escrituração de tais débitos públicos como créditos em liquidação, ensejando a diluição do patrimônio da entidade, justificaria-se a intervenção e liquidação extrajudicial pelo BACEN?

3) Se negativa a resposta ao quesito anterior, e, se mesmo assim, tais medidas forem levadas a efeito pelo BACEN, poderia o Poder Público ser responsabilizado pelos danos daí decorrentes, indenizando os prejudicados?

4) Nesse caso, estaria o Poder Público habilitado a exercer o direito de regresso contra os agentes públicos responsáveis pela decretação das medidas geradoras do dano?

5) Já que a todo direito corresponde uma ação, quais as medidas judiciais que eventualmente poderiam ser adotadas pela instituição, a fim de resguardar seus legítimos interesses?"

RESPOSTA

No passado, ao criticar em livros e conferências o prolixo texto da Constituição Brasileira de 1988, realcei, todavia, que saíra fortalecida a cidadania no que concerne à responsabilidade dos governos em servirem à sociedade e não, serem por ela servidos¹.

¹ Na palestra inaugural do II Fórum Jurídico da Fundação Dom Cabral e Academia Internacional de Direito e Economia critiquei, severamente, o texto aprovado: "Dizia um eminente economista internacional da nossa Academia, que quando a economia de um país vai bem, nenhum cidadão sabe se este país tem Constituição. E quando a economia de um país vai mal, a melhor das Constituições não traz alegria a seu povo. Estou convencido de que, na forma fria dos textos que aí estão, esta Constituição, na ordem econômica, no sistema tributário, no tamanho do Estado, nas inovações, na ordenação dos princípios constitucionais — que fará com que o Supremo Tribunal Federal se transforme num tribunal de verdadeiros heróis, de super-heróis, na medida em que todos os processos terminarão por bater às portas do Excelso Pretório, já que tudo se transformou em matéria constitucional — não foi ela destinada ao mundo que os outros países estão visualizando. É, em verdade, uma Constituição voltada a preconceitos do passado, hoje em franco declínio, principalmente os ideológicos, em todos os países" (*A Constituição Brasileira 1988 — Interpretações*, Forense Universitária, 1988, p.7).

São diversos os dispositivos constitucionais que se orientam nesta linha, seis, entretanto, merecendo particular atenção do intérprete pela sua relevância no proteger a cidadania².

São eles, a saber:

- 1) A obrigação do Estado em garantir a segurança jurídica e a propriedade das pessoas;
- 2) O direito das pessoas à ampla defesa e ao contraditório nos processos administrativos e judiciais;
- 3) A certeza de que há remédio jurídico para todas as lesões ao direito;
- 4) O direito de responsabilizar o Estado e os governantes pelos danos causados à sociedade;
- 5) A garantia de preservação da imagem, cuja violação gera direito à indenização;
- e
- 6) O direito de se exigir moralidade dos administradores públicos.

Todos os seis princípios interessam, diretamente, ao deslinde das questões formuladas pela consulente.

2 Celso Bastos confirma tal concepção, ao dizer: "A Constituição procura determinar os destinatários dos direitos individuais esclarecendo que a sua proteção se estende aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. A atual redação é fruto de uma evolução histórica que no seu início era mais restritiva com relação à proteção conferida aos estrangeiros.

A despeito da fórmula ampla que adotou, assim como cremos que ela não pode ser entendida na sua liberalidade sob pena de ficarmos em muitas hipóteses aquém do que pretendeu o constituinte. Senão vejamos: se por acaso um estrangeiro em trânsito pelo país, portanto não-residente, fosse tolhido em sua liberdade de locomoção, chegar-se-ia ao ponto de denegar-lhe o *habeas-corpus*, sob o fundamento de que carece da residência no Brasil para dele beneficiar? Por acaso ainda, recusar-se-ia a devida proteção à propriedade de um estrangeiro que porventura nem residisse no País? Seria esta uma razão para poder confiscar-lhe a propriedade sem indenização? A nós sempre nos pareceu que o verdadeiro sentido da expressão "brasileiros e estrangeiros residentes no País" é deixar certo que esta proteção dada aos direitos individuais é inerente à ordem jurídica brasileira. *Em outras palavras, é um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com esta mesma ordem jurídica.* Já se foi o tempo em que o Direito para os nacionais era um e para os estrangeiros outro, mesmo em matéria civil.

Portanto, a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira. É impensável que uma pessoa qualquer possa ser ferida em um destes bens jurídicos tutelados sem que as leis brasileiras lhe dêem a devida proteção. Aliás, curiosamente, a cláusula sob comento vem embutida no próprio artigo que assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (grifos meus) (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º volume, Saraiva, 1989, p.4).

O primeiro deles garante, pois, a segurança jurídica e o direito à propriedade.

De rigor, apesar de colocados como dois fundamentos distintos dos direitos individuais, estão umbilicalmente ligados.³

Se não houver segurança jurídica, de rigor, não há direito à propriedade.

A segurança jurídica, pela qual os governos são escravos da lei e protetores da ordem legal, é, certamente, a principal característica do Estado de Direito, pelo qual governantes e governados submetem-se ao primado de uma estrutura constitucional votada pelos representantes da comunidade.

A segurança jurídica pressupõe, certamente, um corolário enorme de princípios decorrentes, tais como o princípio da legalidade, da irretroatividade, da inviolabilidade de direitos fundamentais, de reposição do dano causado, da proteção à vida, ao patrimônio, à liberdade etc⁴.

Não há Estado de Direito, se governantes e governados não se submetem ao império da lei, que não pode tratá-los diferentemente, sob pena de poder se transformar em Estado Totalitário, se a lei cuidar de forma desfavorecida o governado em relação ao governante, pelo prisma da visão utópica de que os governos valem mais do que a sociedade. Mormente, na atualidade, em que se rendem juristas, sociólogos, cientistas políticos, à evidência, de que o Estado e a sociedade não são necessariamente a mesma realidade e que o Estado tem sempre o perfil dos governos que o impulsionam, ao ponto de Helmut Kuhn e Carl Schmitt afirmarem que não existem Estados, mas Governos⁵.

3 José Cretella Jr. ensina: "Além do exercício da liberdade, o Estado de Direito brasileiro assegura, constitucionalmente, ao indivíduo condições de segurança. De que adiantaria a liberdade, sem possibilidades reais e tranquilas de exercê-la? A segurança das pessoas — e dos bens — é elemento básico das condições universais, fator absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, Forense Univ., 1989, p. 97).

4 Jesús García Lopez, ao considerar tais direitos, como assentados no Direito natural, lembra Santo Tomás, ao escrever:

"Y nos queda por considerar ahora el derecho positivo, que también es derecho en sentido propio. Según Santo Tomás, tanto el derecho de gentes (que es también natural, pero secundario) como el derecho positivo derivan del derecho natural primario, pero de distinta manera: el primero, a modo de conclusiones, contenidas implícitamente en los principios; el segundo, a modo de simples determinaciones o aplicaciones concretas, para lo cual se requiere la intervención de la voluntad humana. La derivación de todo derecho respecto del natural primario es rigurosamente necesaria, pues de lo contrario no estaríamos ante un derecho, sino ante una perversión. Santo Tomás lo dice claramente: "Toda ley humanamente establecida en tanto tiene razón de ley en cuanto deriva de la ley natural, pues si en algo se opone a la ley natural, ya no será ley, sino corrupción de la ley" (*Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*, ed. EUNSA, Pamplona, 1979, p.39).

5 Helmut Kuhn: "Una vez más, aunque la última, volvamos a la afirmación nominalista de que no existe el Estado" (*El Estado*, Ed. Rialp, Madrid, 1979, p. 39); Carl Schmitt: "Esa sublimación del concepto de Estado hasta hacerlo concepto general de la forma de organización política de todos los

Nunca é demais lembrar o clássico do cinema, retratando o julgamento do Ministro da Justiça de Hitler, que não queria advogados para defendê-lo porque entendia que estava sendo julgado por ter perdido a guerra e não por ter aplicado as leis do seu país. Ao não aceitar defensor, declarou que se a Alemanha tivesse ganho a guerra seria ele o julgador, de tal forma que aquele Tribunal em nada beneficiava a causa do Direito, porque nenhum homem poderia ser condenado por obedecer as leis vigentes em sua terra⁶.

O decorrer do processo demonstrou que a aplicação de uma ordem jurídica que desconsidera a comunidade para favorecer o Estado e a adoção de uma concepção formalista do Direito — que protege os governantes e não os governados e que faz da norma jurídica pura o único campo de indagação do jurista, incapaz de ver o sentido de justiça e de segurança que necessita ofertar à sociedade — termina por negar o próprio Direito. Ao final do julgamento, ao perceber o que produzira a imposição da lei injusta e alterada ao sabor dos detentores do poder — que retirara ao cidadão qualquer direito, posto que todos os direitos pertenciam aos governantes e que levava milhões de judeus à morte e outros à mutilação física e moral — o Ministro da Justiça rendeu-se conta de que merecera ser condenado. E, neste momento do filme, a meu ver o mais gráfico, o Juiz, que o admirava por suas obras escritas na juventude e que o condenara por suas ações como executor de normas injustas, ao ouvi-lo afirmar convencido e resignado: “Eu mereci ser condenado pelo que fiz como Ministro”, respondeu-lhe: “Senhor Ministro, o senhor ainda não sabe porque foi condenado. O senhor não foi condenado por ter sido Ministro da Justiça, mas em consequência de uma decisão anterior, no passado, quando, pela primeira vez admitiu, como jovem advogado e professor, que o ideal de justiça e a segurança jurídica não representavam a essência do Direito, mas apenas o poder capaz de ditar a nor-

tiempos y pueblos concluirá probablemente con el fin mismo ya rápido de la era de la estatalidad” (*Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, p. 378, apud Helmut Kuhn “El Estado”).

6 Ronaldo Cunha Campos ensina:

“Como aduzimos em outra oportunidade” o conflito de interesses representa uma ameaça potencial ao desenvolvimento de projetos humanos. O Estado, no sentido de assegurar a realização de determinados interesses, tutela-os através da edição de normas jurídicas. Estas, coativamente impostas, asseguram a realização desses interesses ao submeter, subordinar-lhes aqueles outros que eventualmente com eles conflitem.

A Constituição, a nosso ver, representa o conjunto de normas que prevê a solução dos conflitos básicos de interesses entre a sociedade, grupos sociais, indivíduos, de um lado, e o Estado, de outro. Ao se considerar conflitos de interesse entre Estado e sociedade, é necessário que se aceite a distinção entre eles e que o Estado representa uma instituição com interesses próprios e distintos daqueles da sociedade” (*Mandados de Segurança e de Injunção*, Saraiva, 1990, p.7)

ma e pela força fazê-la cumprir. Por aquele desvio de sua visão de jurista, Senhor Ministro, foi o senhor condenado, e não por ter sido Ministro, simples decorrência do trágico desvio”⁷.

A queda dos Estados Totalitários no passado (Itália e Alemanha) e no presente (complexo marxista oriental) se fez pela busca de um Estado de Direito, em que a cidadania é mais relevante que o Estado e esta só pode ser exercida tendo a segurança jurídica como seu alicerce maior⁸.

A evidência, o direito à propriedade é mera decorrência daquele fundamento superior.

O direito de propriedade — afastando-se seu uso abusivo, que deve ser punido nos estritos termos da lei — é o reflexo da adoção, no campo econômico, da liberdade ajustada no campo político e individual. A livre iniciativa e a economia de mercado apenas são viáveis se suas duas principais colunas mantiverem-se imaculadas, a saber: a propriedade e o contrato. Economia

7 Hans Kelsen, ao considerar fora do campo de indagação do jurista o ideal de Justiça, de certa forma alicerçou o pensamento legalista do nazismo quando disse que a essência do Direito estava na força do Estado: em dar eficácia ao ordenamento: “E allora il tentativo di legittimare lo stato come stato di diritto si rivela completamente sterile, perché ogni stato è necessariamente uno stato di diritto in quanto si intenda per stato di diritto uno stato che ha un ordinamento giuridico. Non può esservi infatti uno stato che non abbia o non abbia ancora un ordinamento giuridico perché ogni stato è soltanto un ordinamento giuridico. E questa affermazione non contiene nessun giudizio di valore. Naturalmente questo concetto di stato di diritto non deve essere confuso con quello che indica un ordinamento giuridico di contenuto ben determinato e precisamente con quello che comprende certe istituzioni come diritti di libertà, garanzie per la legittimità delle funzioni degli organi e metodi democratici di produzione del diritto. Il ravvisare un ordinamento giuridico “vero” soltanto in un sistema di norme così configurate costituisce un pregiudizio giusnaturalistico. Dal punto di vista di un positivismo giuridico conseguente, tanto il diritto quanto lo stato non possono essere conosciuti in modo diverso che come un ordinamento coattivo della condotta umana sul cui valore morale o di giustizia non si esprime alcun giudizio” (*Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Ed. Einaudi, Torino, 1952, pp. 147/148).

8 Reinhold Zippelius ensina: “A tudo isto associa-se, por fim, o princípio de que a atividade administrativa deve ser controlada, sob o aspecto da sua obediência às leis, por meio de um tribunal independente. A fim de que o Estado-de-Direito seja uma realidade, não basta que o Direito Público seja definido pelas leis, mas é necessário ainda que haja uma judicatura que determine o Direito aplicável a certo caso e constitua assim uma base segura para a reintegração do direito lesado, conforme escreveu o conselheiro do tribunal de recursos de Essen, Bahr, no seu notável escrito acerca do Estado-de-Direito (1864, 192). Rudolf von Gneist preconizou a criação de uma judicatura administrativa especializada (Das heutige englische verfassungs- und verwaltungsrecht, II 1860, § 130; Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland 1879).

Todas estas orientações convergiram na concepção geral de um Estado-de-Direito que “faz do Direito uma condição necessária da sua existência” e no qual “a relação entre governantes e governados não está submetida a uma força unilateral, mas antes o deve estar ao Direito” (Bahr, 2). Esta concepção é, no fundo, uma versão moderna da velha idéia platônica da supremacia do Direito: se “a lei consistir nos ditames da razão” (as leis, 714 A) e se ela “própria for o soberano absoluto dos governantes e os governantes apenas os escravos da lei”, então serão atingidas as melhores condições possíveis na vida de um Estado (715 Cf.)” (*Teoria Geral do Estado*, 2a. ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, pp. 153/154).

em que a propriedade não é assegurada e em que os contratos não são respeitados, não oferta segurança àqueles que dela participam e, sem segurança, não há investimento, nem desenvolvimento⁹.

Sempre que a autoridade encarregada de ofertar segurança jurídica não respeita a propriedade e o contrato, instala o oposto de um Estado de Direito, ou seja, a instabilidade legal e a inexistência de garantias e direitos e o Estado de Direito se transforma em Estado Totalitário no que os governados são tratados como autênticos escravos da gleba, à época do senhorio feudal.

Para evitar tal tentação, própria de políticos, que tendem a se identificar com o poder, sempre que o assumem, a lei maior garante, em seu preâmbulo e no artigo 5º *caput*, a segurança e a propriedade, reproduzindo, nos incisos XXII e XXXVI, tais princípios, assim como no artigo 170, inciso II e § único, todos assim redigidos:

“Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a *assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

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...

⁹ Geraldo de Camargo Vidigal ensina:

“Não é suficiente a liberdade para que os mercados nasçam. São necessárias duas outras condições: uma *delas é o direito de propriedade, a outra é o contrato*. E as duas estão igualmente afirmadas na Constituição, desde os direitos e garantias fundamentais. O art. 5º, nos incisos XXII e XXIII dispõe: XXII — É garantido o direito de propriedade. XXIII — A propriedade atenderá à função social. Numerosos outros dispositivos, no art. 5º, e seus incisos, reafirmam o direito de propriedade. Por força do inciso XXVI, a pequena propriedade rural definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva. Trata-se de forma extrema de proteção da pequena propriedade rural. O mesmo inciso determina o que a lei disponha sobre os meios de financiar o desenvolvimento de pequena propriedade. É que todo benefício tem seu reverso. Se a pequena propriedade não garante os débitos do seu proprietário, tornar-se-á muito mais fácil a ele obter crédito” (grifos meus) (*A Constituição Brasileira 1988* — Interpretações, ob. cit., p.379).

XXII. *é garantido o direito de propriedade;*

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

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

... II. *propriedade privada;*

§ único. *É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*" (grifos meus)¹⁰.

Não há necessidade de continuar na análise do perfunctório comentário sobre esta primeira essencial garantia individual que, em um país democrático e de economia liberal, subordina o Estado e os governos à sociedade e não esta aos governos, permitindo-lhes o desrespeito a direitos essenciais.

Em matéria de direitos fundamentais não há desrespeitos pequenos, visto que, por serem essenciais para a pessoa humana, cabe apenas ao Estado garanti-los¹¹.

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

Não incidiríamos em heresia jurídica se endossássemos a assertiva de que a "empresa" e a "propriedade privada", no moderno capitalismo, têm o mesmo sentido social, guardadas as peculiaridades de cada uma dessas figuras institucionais.

Tenha-se presente as lúcidas observações de Júlio César do Prado Leite: "O termo propriedade hoje não designa apenas o valor real do bem individual. Também não significa, apenas, a empresa privada, como expressão privada da propriedade pessoal ou familiar na operação de produção industrial ou comercial. A unidade da propriedade, em verdade, começa a ultrapassar a trajetória da aritmética comum, para usar a boa expressão de Verle. Hoje são agregados cada vez maior número de bens onde o valor do total produzido não é igual à soma das parcelas".

"A propriedade em forma de sociedade, em um primeiro passo, estava representada na empresa de composição individual ou familiar, hoje, porém, transcende esse limite e passa a operar sensível ao interesse social e ao bem público, embora continue perseguindo o seu próprio e continuado progresso" (*Comentários à Constituição Federal*, 1º volume, Ed. Trabalhistas, 1989, pp. 52/53).

11 Carl L. Becker e Herbert J. Storing, ao falar sobre a filosofia dos direitos individuais garantidos pela Constituição Federal Americana lembram: "Ao mesmo tempo, porém, e finalmente, os direitos civis assegurados pela nova Carta de Direitos foram limitados e definidos o suficiente para serem capazes de execução efetiva (embora não inequívoca). A transformação, frequentemente descrita, dos moralistas "não-deves" das antigas cartas de direitos dos "não-farás" legais da Carta de Direitos dos Estados Unidos é uma parte verdadeira e importante da história. Mas espero que agora esteja claro que essa transformação só foi possível como resultado de estreitamento e redução drástica deliberadamente destinados a assegurar o lugar central para o estabelecimento e a condução do governo livre como a principal questão de um povo livre.

O segundo dispositivo a ser examinado é o que diz respeito ao contraditório.

A garantia constitucional de que ninguém pode ser condenado sem julgamento, com amplo direito à defesa, está na essência do devido processo legal e do verdadeiro Estado Democrático¹².

Contudo, ainda existe em nossa Carta de Direitos *uma repetição das declarações iniciais de direitos naturais e máximos de governos livres bem constituídos*. Isso é especialmente verdadeiro com a Primeira Emenda, que poderia ser descrita como *uma declaração, em forma legal prosaica, da grande finalidade do governo livre, que é garantir a esfera privada, e do grande meio de preservar tal governo, que é criar um conjunto de cidadãos alerta e esclarecido*. Na forma de uma proteção das liberdades civis, então, a Primeira Emenda repete os grandes princípios de liberdade natural e governo livre que desempenharam um papel tão grande nas cartas de direitos estaduais. O preâmbulo contém uma repetição similar do princípio básico da igualdade humana e da soberania popular. A Carta de Direitos oferece fechamento adequado do parêntese aberto pelo preâmbulo na Constituição. *Mas a substância é o modelo de governo com poderes para agir e uma estrutura preparada para fazê-lo agir sensata e responsabilmente. É nesse modelo, e não no seu preâmbulo ou seu epílogo, que reside a segurança da liberdade civil e política americana* (grifos meus) (*A Cidadania nos EUA*, Ed. Fundação Projeto Rondon, Brasília, 198, p.61).

- 12 Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta o artigo 5º, inciso LV, dizendo: “*Contraditoriedade*. O princípio do contraditório impõe a condução dialética do processo. Em outras palavras, exige que em cada passo do processo cada parte tenha a oportunidade de apresentar suas razões, ou, se for o caso, as suas provas. Implica ele, portanto, o que os processualistas denominam *par conditio* (igualdade entre as partes).

Este princípio é considerado como inerente ao caráter contencioso do processo judicial. Conhecida é a lição da doutrina mais antiga, segundo a qual a função judiciária importa em “aplicar contenciosamente a lei a casos particulares”, na fórmula de Pedro Lessa (*Do Poder Judiciário*, § 1º). O direito anterior, todavia, só o exprimia a propósito da “instrução criminal” (art. 153, § 15). A doutrina, porém, o considerava presente no art. 153, § 4º, implicitamente embora (cf. Ada Pellegrini Grinover, *O princípio da ampla defesa no processo civil, penal e administrativo*, in O processo em sua unidade — II, cit., p.59 e s.). Hoje, claramente o princípio é enunciado a propósito de todo e qualquer processo judicial, como é estendido aos processos administrativos.

Ampla defesa. O princípio do contraditório traz em si um dos aspectos da ampla defesa — livre debate e livre produção de provas. O texto, porém, volta à ampla defesa porque o direito de defesa é imprescindível para a segurança individual. É um dos meios essenciais para que cada um possa fazer valer sua inocência quando injustamente acusado. Segundo o texto em estudo, se assegura “*ampla defesa*”. Isto significa que o legislador está obrigado, ao regular o processo criminal, a respeitar três pontos: velar para que todo acusado tenha seu defensor; zelar para que tenha ele pleno conhecimento da acusação e das provas que o alicerçam; e possam ser livremente debatidas essas provas ao mesmo tempo que se ofereçam outras (o contraditório propriamente). O primeiro ponto obriga o Estado a oferecer, ao acusado que não tenha recursos, advogado gratuito e a não permitir que se pratique ato processual sem a assistência de defensor. O segundo proscreve os processos secretos que ensejam o arbítrio (cf. Barbalho, *Constituição Federal brasileira*, p.346). O último propicia a crítica dos depoimentos e documentos, bem como dos eventuais exames periciais que apoiam a acusação. Igualmente confere à defesa recursos paralelos aos da acusação para o oferecimento de provas que infirmem o alegado contra o réu.

Pela Constituição, foi o princípio claramente estendido ao processo administrativo, evidentemente de natureza disciplinar. Em face do direito anterior, não era indiscutida essa extensão, todavia, como aponta Ada Pellegrini Grinover; havia jurisprudência que anulava processos administrativos em que não se deram condições de defesa ao acusado (O processo em sua unidade — II, cit., p.64/5)” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 1º volume, Saraiva, 1990, pp. 68/69).

O falecido processualista penal Canuto Mendes de Almeida, graficamente, para realçar a importância do devido processo legal, costumava, com sábio humor, dizer, em suas aulas, que a melhor definição do *due process of law* ele encontrara em famoso e antigo samba-canção, cuja letra dizia: “Primeiro é preciso julgar para depois condenar”. Sem contraditório e sem ampla defesa, não há o devido processo legal.

A Constituição Federal, em seu mais relevante artigo, que é o que consagra os principais direitos e garantias individuais e coletivos, ou seja, o artigo 5º, tem o seguinte discurso, veiculado pelo inciso 55:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes”¹³.

A ampla defesa é assegurada nos dois tipos de processo (administrativo e judicial), utilizando-se, o constituinte, da expressão “ampla defesa” para ter certeza de que ninguém poderá ser julgado sem procedimento em que todas as oportunidades de contestação e de impugnação sejam ofertadas ao acusado.

À evidência, qualquer processo em que tal defesa é retirada antes do julgamento, conflita com o preceito constitucional.

A liquidação extrajudicial é típico procedimento não-recepcionado pela nova Constituição, na medida em que a condenação da entidade liquidada, isto é, a própria decretação, que representa seu julgamento definitivo, ocorre sem que a interessada possa se defender. É um processo administrativo *interna corporis* em que o Banco Central decide, sem ofertar ampla defesa

13 Celso Ribeiro Bastos esclarece: “O presente dispositivo confere aos acusados em geral a proteção da ampla defesa e do contraditório. No direito anterior, ambos estavam separados em preceptivos diferentes. A união que ora se faz parece de boa técnica, dada a íntima imbricação existente entre eles. Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções, ora se traduzirá na inquirição de testemunhas, ora na designação de um defensor público dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em primeiro momento. *Por ora basta salientar o direito em pauta como um instrumento assegurador de que o processo não se converterá em uma luta desigual em que ao autor cabe a escolha do momento e das armas para travá-la e ao réu só cabe timidamente esboçar negativas.* Não, forçoso se faz que ao acusado se possibilite a colocação da questão posta em debate sob um prisma conveniente à evidência da sua versão.

É por isso que a defesa ganha um caráter necessariamente contraditório. É pela afirmação e negação sucessivas que a verdade irá exurgindo nos autos. Nada poderá ter valor inquestionável ou irrefutável. *A tudo terá de ser assegurado o direito do réu de contraditar, contradizer, contraproduzir e até mesmo de contra-agir processualmente*” (grifos meus) (Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., ob. cit., pp. 265/266).

ao acusado, agredindo a entidade financeira, tornando todos seus bens e de seus diretores indisponíveis, antes de terem tido estes possibilidade de se defender. Não há mais espaço para as liquidações extrajudiciais no Direito brasileiro, depois de 1988, à falta de recepção pela nova ordem¹⁴.

O contraditório, portanto, é princípio áureo da democracia, desde que integrado pelo da ampla defesa.

O terceiro aspecto a ser examinado diz respeito à garantia de que todos os direitos enunciados pela Constituição são de imediata aplicação, assim como a de que para toda lesão há remédio jurídico apropriado.

O § 1.º do artigo 5.º, veiculado está com o seguinte discurso:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”¹⁵,

que fortalece, embora sendo comando de legislação infraconstitucional, o artigo 75 do Código Civil:

14 Michel Temer preleciona: “A ordem constitucional nova, por ser tal, é incompatível com a ordem constitucional antiga. Aquela revoga esta.

Entretanto, não há necessidade de nova produção legislativa infraconstitucional.

A Constituição nova recebe a ordem normativa que surgiu sob o império de constituições anteriores se com ela forem compatíveis.

É o fenômeno da recepção que se destina a dar continuidade às relações sociais sem necessidade de nova, difícil e quase impossível manifestação legislativa ordinária.

Ressalta-se, porém, que a nova ordem constitucional recepciona os instrumentos normativos anteriores dando-lhes novo fundamento de validade e, muitas vezes, nova roupagem” (*Elementos de Direito Constitucional*, 4.ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p.26).

15 Assim comenta Pinto Ferreira o dispositivo:

“Este preceito vincula-se diretamente ao art. 18 da Constituição da República Portuguesa, nos seguintes termos: “Art. 18 — (Força Jurídica) 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

Assim sendo, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, têm força jurídica e eficácia imediata.

Eficácia é o poder que tem a norma de produzir efeitos jurídicos. Tal problema foi amplamente discutido em nossa *Teoria Geral do Estado* (cit., v.2, p.489/518).

Os tratadistas germânicos se utilizam da palavra eficácia, a saber, *Wirkung* e *Wirksamkeit*. É muito frequente o emprego de palavras como requisitos de eficácia (*Wirksamkeitserfordersiss*), eficácia constitutiva (*Entstehungswirkung*, *Konstitutive Wirkung*), até mesmo pelos tributaristas, como Blumenstein” (*Comentários à Constituição Brasileira*, 1.º volume, Saraiva, 1989, p.217).

“A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”, garantindo a todas as pessoas naturais e jurídicas o exercício de seus direitos.

Não só a Constituição Federal inovou com a introdução de novos remédios jurídicos (mandado de injunção, “habeas data”, mandado de segurança coletivo, ação direta de inconstitucionalidade, inclusive por omissão), como deixou claro que todos os direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata, principalmente aqueles enunciados no artigo 5.º do texto supremo¹⁶.

À evidência, à luz de tais dispositivos não há possibilidade de liquidação extrajudicial de qualquer entidade financeira, principalmente se a delicada situação de liquidez decorrer de inadimplência do governo que controla a entidade liquidante, isto é, de não cumprir a União suas obrigações com a instituição em dificuldade, ofertando o péssimo exemplo de mau pagador e de primeiro desrespeitador dos princípios constitucionais que deveria cumprir.

Por força desta terceira garantia, nitidamente, não há possibilidade de se desrespeitarem direitos fundamentais de cidadania, na certeza de que a impunidade será corolário natural dos que a violentam, mormente se aqueles que assim agem são os detentores do Poder¹⁷.

Como quem mais força tem para desrespeitar a lei é quem detém o Poder — e de rigor é o Poder Público na história brasileira dos últimos 5 anos quem mais a tem violentado — houve por bem o constituinte ofertar disposi-

16 Os incisos LXX, LXXI e LXXII do artigo 5.º e o artigo 103 da Constituição Federal têm a seguinte dicção: “LXX. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

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.

LXXII. conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

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

17 Carlos Maximiliano ensina: “313-M — *Nemo creditur turpitudinem suam allegans* (ninguém alcança acolhida alegando a própria torpeza). *Nemo de improbitate sua consequitur actionem* (ninguém consegue ação vitoriosa graças a improbidade sua).

Butera (Simulazione, p.245), Ferrara (Simulação, tradução portuguesa, p.377) e Demogue (Obligations, vol. I, n.º 169) opõem restrições a este apotegma, que é apoiado pelo art. 104 do Código Civil Brasileiro. O brocardo prevalece, porém, não de modo absoluto; deve-se aplicar *cum grano salis*, com prudência, com a máxima inteligência” (*Hermenêutica a Aplicação do Direito*, 9.ª ed., Forense, 1979, p.261).

tivo de proteção à cidadania que torna o Estado responsável pelos danos causados à sociedade, responsabilidade a que a autoridade causadora do dano não se esquivava, tornando-se, em caso de culpa ou dolo, a única imputável. É que o Estado condenado tem o poder-dever de acioná-la para dela receber os recursos, que dispendeu para saldar danos causados aos cidadãos.

O § 6º do artigo 37 alargou o espectro da responsabilidade objetiva do Poder, nas três esferas, estendendo-a, inclusive, a concessionários e permissionários de serviços públicos, mesmo que empresas privadas. É que nesta hipótese agem como verdadeira *longa manus* do Estado.

Está o § 6º artigo 37 assim redigido:

“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 do regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”¹⁸.

Tal princípio, que de forma mais tímida constava da antiga ordem e que por temor reverencial tem sido pouco acionado no país, é, de rigor, a única real força que o cidadão possui para exigir daqueles governos, que não respeitam a lei e a ordem, que o façam e das autoridades, que se escondem na tradição de impunidade por seus atos, que sejam responsabilizadas, para

18 Hely Lopes Meirelles assim comenta o dispositivo: “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 do 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 a só 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” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 551).

que ressarçam ao Estado, com seus próprios recursos, os prejuízos que de-ram à sociedade e ao Poder Público¹⁹.

Estou convencido de que no dia em que os brasileiros perderem o receio de enfrentar as autoridades, respeitando-as sempre que cumpram a lei e exigindo, na Justiça, a reparação dos danos sempre que tenham agido de forma culposa ou dolosa, o Brasil se transformará em um Estado de Direito não apenas formal, mas real.

E, à nitidez, não há caso mais evidente de abuso de poder do que o governo, que não paga suas dívidas, levar uma instituição financeira, que nele confiou, à liquidação extrajudicial!!! Caso mais evidente de benefício da própria torpeza, que é a eliminação de seu credor, não vejo, posto que deveria a União pagar suas contas e não levar instituições à insolvência. O péssimo exemplo de um mau pagador e mau gestor das coisas públicas não é de merecer encômios da sociedade.

O artigo 37, § 6º objetiva, exatamente, responsabilizar o Poder para que evite possa o Poder, como nos regimes totalitários, tornar-se catalizador da imoralidade. De lembrar-se que o artigo 37 começa exigindo a moralidade pública como adorno maior da Administração²⁰.

O quinto aspecto a examinar é a relevante proteção das pessoas à sua imagem. O empresário tem direito a tê-la preservada, como todo o cidadão. As autoridades não podem levemente denegri-la, sob mera suspeita ou presunção de ação irregular.

Já o CTN, em seu artigo 198, proibia, antes da atual Constituição, a divulgação do nome de qualquer devedor do Tesouro Nacional, como forma de preservar sua imagem, até porque os lançamentos de ofício apenas pressupõem uma eventual infração, que pode não existir e — em face dos suces-

19 O artigo 107 da E.C. nº 1/69 tinha a seguinte dicção: "As pessoas jurídicas de Direito Público responderão pelos prejuízos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

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

20 Toshio Mukai preleciona: "O princípio da moralidade pública, também conhecido como o da probidade administrativa, somente nos anos mais recentes tem sido notado pela doutrina brasileira. Diz Hely Lopes Meirelles que "a moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública. Não se trata — como diz Hauriou, o sistematizador do conceito — da moral comum, mas sim da moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração", e cita acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que consagrou o princípio no Direito brasileiro: "O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas, por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo".

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho produziu mesmo uma monografia inteira sobre este princípio, agora constitucionalmente consagrado no Direito brasileiro" (*Administração Pública na Constituição de 1988*, Saraiva, 1989, pp. 50/51).

sivos insucessos nas discussões administrativas e judiciais do Erário — quase sempre inexistem²¹.

Para que o seu bom nome seja preservado, na hipótese de o lançamento ser considerado improcedente, é vedado à Fazenda das três esferas de Poder, divulgar o nome de eventual devedor do Tesouro.

A atual Constituição estendeu o princípio a todos os cidadãos e a todas as pessoas humanas e jurídicas.

E a violação de tal preceito sujeita o Poder e a autoridade ao ressarcimento do prejuízo causado, nos termos do § 6º do artigo 37 do texto supremo.

Pretender, sem o devido processo legal, levar instituição financeira à liquidação extrajudicial exatamente porque o governo não honra seus compromissos e considera que tais compromissos devem ser tidos, na prática, por incobráveis, é atingir a imagem da instituição e das pessoas que a administram, em clara, notória e torpe violação do texto constitucional.

Hoje, o direito à imagem representa, talvez, o mais relevante princípio constitucional de preservação da dignidade do cidadão junto à sociedade e principalmente perante o Estado²².

Por fim, o último princípio é o da exigência da moralidade na gestão pública, já atrás mencionado.

Reza o artigo 37 *caput* que:

“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).

21 O artigo 198 do CTN tem a seguinte dicção:

“Sem prejuízo do disposto na legislação criminal é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão de ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”.

22 Walter Ceneviva ensina: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inc. X). Os conceitos de intimidade e vida privada são muito próximos e correspondem ao direito da pessoa de não ser incomodada, de viver por si mesma, livre de qualquer forma de divulgação ou de publicidade que não deseja suportar.

A imagem tanto se refere ao aspecto físico das pessoas quanto a todo e qualquer modo pelo qual são conhecidas” (*Direito Constitucional Brasileiro*, Saraiva, 1989, pp. 50/51).

A ação popular pode ser iniciada contra o administrador que não age de forma proba conforme declara o art. 5º, inciso LXXIII, DA C.F., assim redigido:

“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (grifos meus)²³.

A máxima *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* corta, como uma espada toledana, a possibilidade de o governo agredir instituição cuja única falta é ter acreditado no governo, que não paga suas contas.

Que o governo deseje sanear o mercado financeiro é algo de se louvar. Mas que pretenda atingir as empresas, que mais o prestigiaram, emprestando-lhe dinheiro quando dele mais necessitava, sob a tácita alegação de que o monopólio da imoralidade lhe pertence de tal forma que a sua palavra nada vale, seus compromissos não são para serem cumpridos e por isto a instituição deve ser punida por ter nele acreditado, pois deveria saber que o governo não merece crédito, é realmente pretender beneficiar-se da própria torpeza, da forma mais cruel conhecida no Direito²⁴.

23 Assim a equipe da Price Waterhouse comenta o dispositivo “A Constituição de 1988 ampliou, de forma bastante significativa, o rol das hipóteses que possibilitarão a propositura de ação popular. Com efeito, qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular visando anular, além dos atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas, como determinava a Carta Magna de 1967, os atos lesivos a empresas de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Assim, deixa de ser requisito para a propositura da ação popular o dano ao erário público (bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico), para dar lugar ao prejuízo à sociedade, representada pela lesão ao meio ambiente e à moralidade administrativa.

Por fim, a Constituição assegura ao autor de ação popular a isenção das custas judiciais e do ônus da sucumbência — exceto se comprovada sua má-fé —, que poderiam funcionar como elementos desencorajadores à propositura da ação” (*A Constituição do Brasil 1988*, Price Waterhouse, 1989, pp. 192/193).

24 Gilberto Caldas escreve: “*Nemo Turpitudinem Suam Audire Potest*. Expressão equivalente: *Nemo Auditor Propriam Turpitudinem Allegans* — Ninguém será ouvido (em juízo) quando alega a sua própria torpeza.

“Se o que foi lesado por simulação nela interveio, não pode alegá-la, em juízo. *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*”. *Tratado de Direito Privado*, Tomo LVI, Pontes de Miranda, 3ª edição, pág. 17. “O cônjuge adúltero, por exemplo, não pode invocar o próprio crime para o fim de nele fundar pedido de desquite. *Nemo turpitudinem suam audire potest*”. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. IV, Moacir Amaral dos Santos, 1ª edição, pág. 44” (*Novo dicionário de latim forense*, Ed. Eud, 1984, pp. 175/176).

Felizmente, o constituinte impediu que tal forma aética e repugnante de agir pudesse se tornar realidade, visto que exige a moralidade administrativa e admite inclusive que qualquer cidadão possa obrigar o Estado irresponsável e os governos insensíveis a serem reconduzidos ao campo da moralidade²⁵.

Isto posto, passo a responder, de forma perfunctória, às questões formuladas pela consulente.

A primeira questão diz respeito a créditos da instituição financeira junto ao Poder Público, créditos, à evidência, de cobrança possível apenas se o Poder Público, imbuído da moralidade que deve ser o adorno maior da administração, honrar seus compromissos.

À nitidez, não há como uma empresa se garantir em execução contra o Poder Público a partir da impenhorabilidade de seus bens e ativos, ao ponto de a própria Resolução n.º 1.748/90 fazer menção, em seu artigo 4.º, ser obrigação das instituições agirem contra o *setor privado*, mas não contra o setor público²⁶.

Ora, considerar as dívidas do setor público como débitos em liquidação, quando a própria lei impede sua penhora, se da Administração Direta, ofertando o Poder penoso exemplo de mau pagador e a abusiva demonstração de irresponsabilidade, é violentar todos os princípios constitucionais já atrás analisados, sobre ferir, também, o princípio da legalidade, posto que

25 Manoel Gonçalves Ferreira Filho explicita: "*Moralidade*. Observava o juriconsulto Paulo que *non omne quod licet honestum est*. Isto, porém, não é válido para o Direito moderno.

O Direito administrativo considera, seguindo a lição de Maurice Hauriou (*Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, 1926, p. 197 e s., *apud* Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p.61), que a moralidade administrativa constitui pressuposto de validade de qualquer ato administrativo. Assim o elemento ético deve ser levado em conta na apreciação de um ato, tanto quanto sua legalidade ou ilegalidade, sua conveniência ou inconveniência, sua oportunidade ou inoportunidade.

Os especialistas apontam, unanimemente, que a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum, mas engloba as regras de boa administração (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo brasileiro*, cit., p.61/2)" (*Comentários à Constituição Brasileira*, ob. cit., p.245).

26 O artigo 4.º da Resolução 1.748/90 tem a seguinte dicação: "As instituições ficam obrigadas a tomar medidas judiciais visando penhora, protesto ou outra semelhante para as operações ou parcelas vencidas, de *responsabilidade do setor privado*, no prazo máximo de 180 dias dos respectivos vencimentos, independentemente de contarem ou não com garantias, à exceção de: I. adiantamentos a depositantes e adiantamentos sobre contratos de câmbio, bem como créditos decorrentes das operações indicadas nos itens III e IV do art. 1.º, desta Resolução, cujo prazo máximo será de 30 dias, a contar da data da inscrição em contas de créditos em liquidação; II. créditos cujos saldos devedores atualizados não ultrapassem o montante correspondente a 2.000 Bônus do Tesouro Nacional" (grifos meus).

a exigência do Banco Central não decorre de lei, mas de um mero e inconstitucional ato administrativo²⁷.

De rigor, a Resolução n.º 1.748/90, como aquela de n.º 1.762/90, não deveria se aplicar aos créditos da consulente contra o Poder Público, mas como pretende o Banco Central que se apliquem, as duas passaram a ser de inequívoca e insanável inconstitucionalidade, visto que pretendem tratar como créditos em liquidação, créditos de impossível execução pela lei. Se não desejarem pagar, os governos não pagarão, visto que pela própria Constituição, são entidades cuja insolvência é de impossível declaração.

Respondo, pois, à primeira questão considerando não ser possível ao BACEN, fulcrado nas Resoluções n.º 1.748/90 e 1.762/90 — de notória inconstitucionalidade no que concerne à classificação dos débitos públicos — considerar as dívidas do setor público em atraso na rubrica de créditos em liquidação da consulente²⁸.

A segunda questão é também de ser respondida negativamente.

Não pode o Banco Central determinar a liquidação extrajudicial de instituição financeira — sendo o Banco Central órgão da União — simplesmente porque a União, má pagadora e administradora dos bens públicos, deixa

27 Nem há de se considerar admissível a circular de n.º 1.847/90, que prorroga o prazo para 31.12.90 para contabilização nos termos das Resoluções, mas não para o governo pagar seus débitos. Está a circular assim redigida: “Circular n.º 1.847, de 21 de novembro de 1990 — Estabelece critério para transferência para créditos em liquidação e apropriação contábil sobre créditos do setor público — Resolução n.º 1.748, de 30.8.90.

Comunicamos que a Diretoria do Banco Central do Brasil, em sessão realizada em 21.11.90, com base no art. 14 da Resolução n.º 1.748, de 30.8.90, e no art. 4.º, inciso XII, da lei n.º 4.595, de 31.12.64, por competência delegada pelo Conselho Monetário Nacional decidiu:

Art. 1.º. Facultar que os créditos do setor público, ressalvados os adiantamentos a depositantes e os adiantamentos sobre contratos de câmbio de exportação, passíveis de transferência para créditos em liquidação por força da Resolução n.º 1.748, sejam mantidos em contas de origem ou de créditos em atraso, *conforme o caso, até 31.12.90*, observado o seguinte: I. as receitas sobre os referidos créditos deverão ser reconhecidas como efetivas, limitadas ao mesmo índice utilizado no período para correção monetária patrimonial, lançando-se o diferencial, se houver, em contas de rendas a apropriar; II. o valor dos respectivos créditos deverá ser computado para efeito do disposto no art. 10 da Resolução n.º 1.748.

Art. 2.º. Esta Circular entra em vigor na data de sua publicação.

Gustavo Jorge L. Loyola (Diretor) — Eliseu Martins (Diretor)” (grifos meus) (DOU 22.11.90, p. 22.281).

28 A resposta à questão recoloca a preeminência dos princípios — inclusive dos princípios implícitos — sobre legislação infraconstitucional, que no conflito deve ser fulminada. Escreve Gustavo Miguez de Mello: “Ocorre no Direito Constitucional Brasileiro o mesmo que ocorre no Norte Americano, no que concerne à topografia dos direitos individuais no texto constitucional: nem todos os direitos individuais constam da declaração de direitos: o que importa é o conteúdo do direito ou liberdade individual e não a numeração do dispositivo constitucional no qual é ele ou ela consagrado: “... constitutional protections of personal freedom (are) found in the Bill of Rights and +herever else they may appear in the Constitution” (*Caderno de Pesquisas Tributárias*, vol. XV, Ed. CEEU/Resenha Tributária, 1990, p.340).

de cumprir suas obrigações para com a instituição. Ficará caracterizada responsabilidade pessoal de toda a diretoria do Banco Central, inclusive responsabilidade penal, se pretender liquidar extrajudicialmente a instituição financeira, porque o governo que o controla não pagou as dívidas, as quais, se pagas, permitiriam à instituição exercer, folgadoamente, suas atividades. Poderá, inclusive, a diretoria ser acionada para responder pessoalmente com seus próprios bens, ressarcindo a União pelo que seja condenada a reparar, em ação de indenização a ser proposta pelos administradores da consulente e, criminalmente, pela lesão, no caso dolosa, que tenha causado ao patrimônio da consulente e de seus clientes, visto que não poderá a diretoria do Banco Central desconhecer que seu governo será o único responsável pela insolvência, já que péssimo pagador e contumaz descumpridor de suas obrigações para com a sociedade, embora exigindo que esta cumpra as suas para com o governo²⁹.

29 Wolgran Junqueira Ferreira escreve: "Em torno da responsabilidade do Estado, por danos causados por seus agentes, entre duas teorias, hesitou a doutrina brasileira: a subjetiva e a objetiva. A primeira assentando a responsabilidade sem culpa, e a segunda a teoria do risco. O Código Civil, artigo 15, adotou a teoria subjetiva: "As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes, que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário do direito ou faltando ao dever prescrito por lei salvo o direito regressivo contra os causadores do dano". Para a lei substantiva civil, há que ocorrer a culpa dos agentes do Estado para que estes respondam pelos danos. Daí o surgimento de teorias que diferenciam os atos de gestão, e atos de império ou de autoridade, para prefixar o limite da responsabilidade civil do Estado. Pretendeu-se, com isto, dividir-se o Estado em duas pessoas distintas, uma civil e outra política. Contra esta teoria insurgiu-se Clóvis Bevilacqua (496): "distinguir entre atos de gestão (*jure gestions*) e atos de autoridade (*jure imperi*) para excluir estes últimos, por seu caráter político, da responsabilidade civil, é desconhecer que o fundamento dessa responsabilidade é o princípio jurídico, em virtude do qual, toda lesão de direito deve ser reparada, todo dano ressarcido, e que o Estado, tendo por função principal realizar o Direito, não pode chamar a si o privilégio de contrariar, no seu interesse, esse princípio de justiça".

Assim como acentua Washington de Barros Monteiro (497): Moderadamente, todas as questões relacionadas com a responsabilidade civil do Estado apoiam-se em preceitos do Direito Público". Assentam-se, assim, em princípios mais largos, ampliando-se o campo das reparações. Não esgota, portanto, o Código Civil, a responsabilidade do Estado pelos danos praticados por seus funcionários. Ele apenas fixa a responsabilidade na hipótese de culpa. E, como diz Aguiar Dias (498), "se a ação regressiva cabe quando tiver havido culpa do funcionário público, segue-se que não haverá ação regressiva quando inexistir culpa, embora o Estado continue a responder pelas consequências do evento lesivo".

Também não cabe, na hipótese, dificuldade em se conceituar o funcionário a que alude o texto constitucional. Serão os empregados públicos, os servidores, mesmo que eventualmente estejam no exercício de qualquer função do Estado. Não cabe discutir a validade ou não, da nomeação. Basta que esteja exercendo a função em nome do Estado e não individualmente, no caráter de pessoa privada.

Fixada a responsabilidade do Estado, subsiste o direito regressivo contra o funcionário, que não fica isento da responsabilidade civil. Como acentua J.M. Carvalho Santos (499), "o Estado, pois, pode reaver do seu representante o que tiver dispendido com a repartição do dano, por esse causado e por ele, Estado, pago". Desaparece, consoante o mesmo autor, quando o dano é consequência de um caso de força maior" (*Comentários à Constituição de 1988*, volume 1, Ed. Julex, 1989, pp. 479/480).

Tal procedimento aético, imoral, torpe e inadmissível pode ensejar inclusive ação popular para que o governo aprenda a respeitar a sociedade e não, cinicamente, deixar de pagar suas contas e criar problemas insolúveis para as empresas privadas.

À evidência, cabe ao Poder Público e à União devedora saldarem seus débitos em atraso para que o Banco Central tenha autoridade moral — que não tem no momento — para, eventualmente, examinar a escrituração da instituição financeira e, aí sim, instaurar processo contraditório nos termos da C.F., em sigilo e com ampla defesa da empresa, para que se apurem as razões das dificuldades, e só então, se improcedente a defesa, decretar a liquidação extrajudicial. Antes, não. Se agirem de forma diversa, todos os diretores do Banco Central, todos sem exceção, são responsabilizáveis, civil e criminalmente, por terem agido culposa — e até dolosamente — atingindo instituição que só está em dificuldades porque o governo, não paga as contas como deveria, levando-a à insolvência. A máxima latina de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza é inteiramente aplicável à espécie³⁰.

30 O presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, dr. Alberto José Tavares Vieira da Silva ao não conceder a cassação de liminar que suspenderia a liquidação extrajudicial do Banco do Piauí, à falta do devido processo legal, esclarece: "Ainda que não mereça consideração, agora, o vislumbre de ofensa causada pelo provimento judicial ao princípio da autonomia dos Poderes, lembre-se apenas, *en passant*, que o ato de qualquer natureza, emanado de autoridade, pode ser censurado pela via mandamental.

Ademais, não merece oblióvio o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Passando ao mérito do requerido, preambularmente entendo cabíveis as seguintes considerações: 1) a liquidação extrajudicial equivale à decretação administrativa da falência e constitui uma das mais gravosas reprimendas aplicáveis a um estabelecimento bancário; 2) a lei que a rege contém preceitos que alinham abstrata e genericamente as situações que reclamam tão drástica medida; 3) o desencadeamento da liquidação pressupõe a corporificação de sucessos projetados no mundo real, ajustáveis ao modelo ideal para que integre a esfera normativa.

É preciso, portanto, em cada caso concreto, verificar se a situação fáctica se subsume aos moldes legais que autorizam o procedimento de que se trata.

Depois disso, são adotadas complexas e variegadas providências legais para que se concretize a liquidação.

O exame do que, até agora, possa ter sido efetuado não constitui o objeto que merece atenção neste despacho.

Evidenciam-se no breve traçado desse quadro com acentuada refulgência, as complicações e perplexidades que fatalmente ocorrerão se, no curso do processo de liquidação, a sentença proferida no mandado de segurança acudir a pretensão do impetrante.

Como remediar a situação e fazer que as coisas retrocedam *ao stato quo ante*?

O direito reclamado na ação de segurança não pode ficar comprometido ou postergado em decorrência da inocuidade sentencial.

A medida liminar existe, exatamente, para que não se frustrate, por antecipação, a específica finalidade do mandado de segurança: a garantia de direito líquido e certo" (grifos meus) (SS nº 90.01.15461-1-DF).

Respondo, pois, à segunda questão dizendo não se justificar a liquidação extrajudicial, nem a intervenção.

A resposta à questão terceira já está consubstanciada nos fundamentos retro-apresentados do presente parecer e nas questões atrás respondidas.

A responsabilidade civil será determinada com base no artigo 37, § 6º, da C.F. e a indenização a ser paga pela União deverá ser, em ação regressiva, exigida das autoridades monetárias³¹.

Considero mesmo que deva ser estudada, se ocorrer a liquidação, ação penal contra tais autoridades, como me manifestarei adiante.

À evidência, as sucessivas manifestações da equipe econômica do governo Collor têm sido preconceituosas em relação às empresas. O fracasso do Plano Governamental, ocorrido por não ter sido atingida a máquina administrativa, mas apenas a sociedade, decorre, evidentemente, do fato de que seus "superávits" orçamentários são inflacionários, na medida em que não surgiram por redução de despesas, mas por aumento de receitas retiradas da sociedade e geradoras de uma inflação de custo substitutiva da inflação de demanda anterior (custos unitários maiores, tributos maiores e juros maiores repassados para os preços em período recessivo).

A equipe, todavia, sabe que não são os empresários, mas o próprio governo o responsável por tal fracasso, mormente, quando após sucessivos "superávits" orçamentários, continua a não pagar suas contas³².

31 Caio Mário da Silva Pereira ensina: "E a Constituição Federal assenta que as pessoas jurídicas de Direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros, cabendo ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo (Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 107 e seu parágrafo único; Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, art. 37, nº XXI, § 6º), segundo o qual a teoria do risco integral compreende as pessoas jurídicas de direito público, bem como as de direito privado prestadoras de serviço público.

É pacífico, e já não requer maior explanação, que os vocábulos "representantes" e "funcionários" não são usados em acepção estrita, porém ampla, naquele sentido acima assentado, de quem no momento exercia uma atribuição ligada a sua atividade ou à sua função.

É de se entender, igualmente, que no vocábulo "Estado" compreende-se as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Mais freqüente é a responsabilidade da Administração Pública, ou seja, a responsabilidade do Estado pelos órgãos do Poder Executivo.

Também aqui, é nítida a curva evolutiva do princípio da responsabilidade, observada nas três correntes doutrinárias que têm informado a matéria: a culpa, a do acidente administrativo, e a do risco" (grifos meus) (*Responsabilidade Civil*, Forense, 1990, p. 139).

32 Leia-se no editorial do "Jornal da Tarde", de 3/12/90, p. 4, o seguinte: "A arrogância que exhibe na agressão sistemática ao empresariado não é a maneira mais inteligente de conquistar apoio para um governo que se encontra evidentemente desarvorado. E não é, também, a maneira mais eficiente de convencer a opinião pública de que é sincera quando afirma que "é capitalista".

Existe muita gente bem informada neste país que há muito desconfia que nem ela nem sua equipe trabalham realmente pela implantação, aqui, de capitalismo moderno. Porque, se são "capitalistas", a professora Zélia e seus principais auxiliares são "capitalistas novos", como os cristãos nascidos na Inquisição.

Ora, não há como admitir que o presidente do Banco Central e ativo orientador da equipe econômica, não tenha conhecimento do que está ocorrendo, o que leva a poder ser enquadrado, se agir da forma inadmissível que se visualiza, em crime de prevaricação e de violência administrativa, cujas conformações encontram-se nos artigos 319 e 322 do Código Penal, assim redigidos:

“Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, *ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*: Pena: detenção, de 3 meses a 1 ano, e multa;

Art. 322. *Praticar violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la*:

Pena: detenção, de 6 meses a 3 anos, além da pena correspondente à violência” (grifos meus).

No primeiro caso, a prática de ato contra a disposição expressa de lei decorre do sentimento pessoal dele e da equipe econômica, que é preconceituosa em relação aos empresários nacionais, ao ponto de, apesar de as empresas continuarem demonstrando prejuízo e ingressando, em massa com pedidos de concordatas, declararem que seus lucros são abusivos e que devem ser punidas.

À evidência, este sentimento pessoal que leva à prática de um ato contrário à disposição de lei, pode ser punido criminalmente³³.

O mesmo se diga em relação a agir com violência. Que maior violência contra o patrimônio maior de uma pessoa, que é a sua imagem, do que considerá-la indigna de administrar uma entidade financeira, cuja única falta foi acreditar no Poder Público e para ele emprestar recursos!!!

Até ontem, quando muita gente aparentemente inteligente, principalmente no setor universitário, ainda levava a sério o socialismo, suas posições eram bem diferentes” (grifos meus).

33 No caso, a própria defesa, à luz da presunção da inocência, não seria fácil, visto que os fatos são sobejamente conhecidos pelas autoridades monetárias. Escreve Pinto Ferreira: “A finalidade do preceito é evitar e coibir violações contra os direitos humanos; por isso, a enumeração é puramente exemplificada, e não exaustiva. O preceito, como afirma José Celso de Mello Filho, “constitui norma de encerramento, que institui as liberdades residuais, inominadas, implícitas ou decorrentes”, pois fluem necessariamente dos princípios e do regime constitucional respeitadores das liberdades.

É o que ocorre com a chamada presunção de inocência, que não está expressa na Constituição, porém lhe é implícita. A presunção *juris tantum* da inocência favorece o acusado no processo criminal, pois a pessoa só pode ser considerada culpada após sentença penal condenatória irrecorrível (RTJ, 44:322), conforme decisão do Supremo Tribunal Federal” (*Comentários à Constituição Brasileira*, ob. cit., p. 220).

Tal violência à imagem é de ser punida, por arbitrária, nos termos do artigo 322 do Código Penal³⁴.

Respondo, pois, à terceira questão, entendendo que deve ser o Poder Público responsabilizado, civilmente, e as autoridades, civil e criminalmente, se, por acaso, pretenderem liquidar extrajudicialmente a consulente, por não ter o governo pago suas contas e levado a instituição às dificuldades contábeis que motivariam o ato extremo do Banco Central.

A quarta questão está respondida na questão terceira, acrescentando que o Poder Público não tem apenas a faculdade de agir contra as autoridades que lhe causaram prejuízo, mas a obrigação, na medida em que o Poder Público é gestor de recursos que pertencem à sociedade.

E as autoridades do Poder Público, que não exercerem este dever de acionar, em ação de regresso, aquelas outras que tiverem gerado prejuízo à sociedade, poderão ser também responsabilizadas³⁵.

E passo, agora, a responder à última questão.

A primeira medida de natureza preventiva é uma medida cautelar inominada, interpelando o Banco Central para que suste qualquer ação contra a consulente, sob pena de responsabilização penal da União e civil de seus dirigentes e, nos termos do § 1º do artigo 164 da C.F., verse os recursos necessários para que a entidade possa continuar operando sem solução de continuidade.

34 Celso Bastos ensina sobre o direito à imagem: "A segunda parte do dispositivo cuida de assegurar um direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

É óbvio que a Constituição não quis excluir outras formas de punição também compatíveis com a lesão a estes direitos, haja vista a existência dos crimes contra a honra. O que ela quis deixar certo é que além da responsabilização administrativa, quando for o caso, cabe também, uma responsabilização de natureza civil.

A novidade que há aqui é a introdução do dano moral como fator desencadeante da reparação. De fato não faz parte da tradição do nosso Direito o indenizar materialmente o dano moral.

No entanto esta tradição no caso há de ceder diante da expressa previsão constitucional.

E é bom que tenha agido assim o constituinte. A inclusão da responsabilidade civil reveste-se em muitas hipóteses de uma força intimidatória que as outras formas de responsabilização podem não possuir, sobretudo em decorrência de uma desaplicação quase sistemática das normas penais sobre os segmentos mais emendicados da população.

Temos para nós que é sem dúvida um reforço substancial que se presta ao cumprimento destes direitos" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º volume, Saraiva, 1989, p.65);

35 Manoel Gonçalves Ferreira Filho escreve:

Responsabilidade objetiva do Estado. Mantém-se na Constituição vigente a solução já adotada na Lei Magna de 1946 (art. 194), ou seja, a responsabilidade, dita objetiva, do Estado por danos causados no exercício de função pública a particulares. Em face desse princípio, quem sofreu o dano, para haver do Estado a sua reparação, apenas deve provar ter sido ele causado no exercício da função pública. A reparação prescinde de prova de culpa ou dolo por parte do causador, e depende exclusivamente de estar este no exercício de função pública" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, ob. cit., p.260).

Com base no artigo 155 do C.P.C.. poderá ser pleiteado que tal medida judicial corra em segredo de Justiça, em face de o setor financeiro depender, fundamentalmente, da credibilidade, mais do que da moeda, mero instrumento de trabalho para atendimento de seus objetivos³⁶.

A ação principal deverá ser uma ordinária de preceito cominatório para que as dívidas da União sejam adimplidas³⁷.

Na eventualidade de ocorrer a liquidação extrajudicial ou uma intervenção, poderá a consulente impetrar mandado de segurança para afastar o ato coator, assim como as respectivas ações: ordinária de indenização por perdas e danos e criminal por abuso de autoridade e ação arbitrária.

Paralelamente, qualquer cidadão poderá iniciar uma ação popular por falta de moralidade da administração, se tal intervenção ou liquidação ocorrer³⁸.

36 O § 1º do artigo 164 da Constituição Federal e o artigo 155 do CPC têm a seguinte dicção:

“§ 1º. É vedado ao Banco Central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira.

Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I. em que o exigir o interesse público;...”

37 José Afonso da Silva ensina sobre os efeitos da lei: “... diz-se que ela criou situação jurídica subjetiva, que poderá ser um simples interesse legítimo, a expectativa de direito, um direito condicionado, um direito subjetivo. Este último é garantido jurisdicionalmente, ou seja, é um direito exigível na via jurisdicional. Recebe, assim, proteção direta, pelo que seu titular fica dotado do poder de exigir uma prestação positiva ou negativa”.

A realização efetiva desse interesse juridicamente protegido, chamado Direito Subjetivo, não raro fica na dependência da vontade de seu titular. Diz-se, então, que o Direito lhe pertence, já integra o seu patrimônio, mas ainda não fora exercido” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p.373).

38 Ainda José Afonso da Silva ensina: “Trata-se de remédio constitucional pelo qual qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição: todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente. Sob esse aspecto é uma garantia constitucional política. Revela-se como uma forma de participação do cidadão na vida pública, no exercício de uma função que lhe pertence primariamente. Ela dá a oportunidade de o cidadão exercer diretamente a função fiscalizadora, que, por regra, é feita por meio de seus representantes nas Casas Legislativas. Mas ela é também um ação judicial porquanto consiste num meio de invocar a atividade jurisdicional visando a correção de nulidade de ato lesivo: a) ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; b) à moralidade administrativa; c) ao meio ambiente; e d) ao patrimônio histórico e cultural. Sua finalidade é, pois, corretiva, não propriamente preventiva, mas a lei pode dar, como deu, a possibilidade de suspensão liminar do ato impugnado para prevenir a lesão.

Contudo, ela se manifesta como uma garantia coletiva na medida em que o autor popular invoca a atividade jurisdicional, por meio dela, na defesa da coisa pública, visando a tutela de interesses coletivos, não de interesse pessoal” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, ob. cit., p.398).

Estas medidas, todavia, deverão ser antecipadas de um contacto com as autoridades em que o texto deste parecer e de outros juristas de maior nível sejam-lhes entregues, para que elas tenham consciência do risco que estão correndo, com o que se não encontrarem a solução do bom senso, não poderão dizer terem agido sem culpa ou dolo, justificando-se, então, por inteiro, as ações de natureza criminal contra tais administradores públicos.

S.M.J.

São Paulo, 5 de dezembro de 1990



Trav. Rui Barbosa, 726 - Fone: (091) 225-0355
Belém - Pará

O sétimo volume de *A Constituição Aplicada*, do jurista Ives Gandra da Silva Martins — uma das maiores expressões da área, no Brasil — reúne pareceres sobre questões monetárias, preparados a partir da elaboração do Plano Collor.

Os pareceres deste livro versam sobre:

Correção monetária em atos registrários

(art. 156, incisos I e II)

Liquidação extrajudicial e o princípio do contraditório

(art. 5.º, inciso LV)

Responsabilidade civil do Banco Central

(art. 37, § 6.º)

IOF sobre operações de transferência de ações no exterior

(art. 153, inciso V)

A livre iniciativa e a intervenção concorrencial do governo

(art. 173)

Direitos e garantias individuais da sociedade

(art. 5.º)