

Ives Gandra da Silva Martins

A
CONSTITUIÇÃO
APLICADA

9

EDIÇÕES CEJUP



A CONSTITUIÇÃO APLICADA
Volume 9

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 (9 volumes já publicados)
☆ Duas Lendas (poesia) ☆ Quartetos de Ladainha (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 ☆ Curso de Direito Tributario - 2v.

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.9 — Belém: CEJUP, 1994.

ISBN 85-338-0074-6

160p.

1. Direito Constitucional - Brasil I. Título.

CDU-342(81)

Índice 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, Academia Brasileira de Direito Tributário, Academia Paulista de Direito, Academia Paulista de Letras Jurídicas, Academia Paulista de Educação

A CONSTITUIÇÃO APLICADA Volume 9



A Constituição Aplicada

- Volume 1 — 1989
- Volume 2 — 1990
- Volume 3 — 1991
- Volume 4 — 1991
- Volume 5 — 1992
- Volume 6 — 1993
- Volume 7 — 1993
- Volume 8 — 1993
- Volume 9 — 1994

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



Composto e impresso na GRAFICA 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 — Telcx: 2852 — FAX: 241-3184
CEP 66053-260 — Belém — Pará

APRESENTAÇÃO

O novo volume da coletânea A Constituição Aplicada hospeda pareceres sobre violações à ordem constitucional decorrentes da implantação do Plano Brasil Novo.

Exceção feita ao parecer sobre o Finsocial e aquele ofertado ao governo de Roraima, os demais examinam a quebra da ordem jurídica, seus efeitos sobre os contratos e a necessidade de restabelecimento das teorias de pactuação, à luz de princípios plasmados na lei suprema.

Espero que o presente volume tenha a mesma acolhida dos anteriores.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

SUMÁRIO

Apresentação	5
Inteligência dos artigos 234 da Constituição Federal e 14 do ADCT (Criação do Estado de Roraima)	9
A função da Caixa Econômica Federal na política habitacional (atuação do Estado na atividade econômica)	26
Atuação de empresa nacional no Iraque por acordo e interesse do Estado brasileiro (O princípio da soberania na ordem econômica)..	46
Aquisição imposta pelo Banco Central de fundo de banco liquidado extrajudicialmente para concessão de autorização para instalação de estabelecimento da consulente após o advento da Constituição de 1988 (O Banco Central e as autorizações para funcionamento de bancos particulares)	76
Contratos relacionados à construção civil com cláusula de indexação vinculada a índice de preços correspondente a seus custos (O direi- to adquirido)	98
Os contratos administrativos e a teoria da imprevisão (Responsabilidade civil do Estado)	113
Questões constitucionais sobre cruzados novos, Finsocial, Imposto de Renda e correção monetária em face do Plano Brasil novo	134
Condição Resolutiva ou Suspensiva em contrato em que o Banco do Brasil agiu por imperativo de segurança nacional	157

**INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 234 DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL E 14 DO ADCT — RECEPÇÃO DA LEI
COMPLEMENTAR Nº 41/81 NA TRANSFORMAÇÃO DO
ESTADO DE RORAIMA — PARECER**

CONSULTA

O consulente, governo do Estado de Roraima, pergunta-me se estaria aquela unidade federativa obrigada a suportar as dívidas, garantias e obrigações assumidas pelo governo federal, enquanto administrador do território, ou se o artigo 234 da Constituição Federal refere-se a encargos contraídos, pelo Estado, a partir de sua criação, com o que aqueles anteriores, constituídos à época em que a unidade era mero território, seriam de responsabilidade exclusiva da União.

RESPOSTA

Entendo ser a segunda interpretação, a correta, visto que de possível conciliação com o disposto no artigo 14 § 2º das Disposições Transitórias e com o espírito que conformou a criação dos novos Estados surgidos de anteriores Territórios¹.

Muito embora interpretação literal e isolada do artigo 234 pudesse ofertar, entre as interpretações possíveis, exegese assistemática de que a nova unidade seria responsável por dívidas que não assumiu, visto que contraídas pela União, não me parece que se justifique, não só por ser conflitante com

¹ A equipe da Price Waterhouse, nos comentários à Constituição que produziu, informa: "O legislador constituinte conferiu ao processo de transformação e instalação dos Estados de que trata esse artigo, a obrigatoriedade de seguir as normas e critérios utilizados na criação do Estado de Rondônia, que foi considerado Território Federal até a sua transformação em Estado pela Lei Complementar nº 41, de 22 de dezembro de 1981" (*A Constituição do Brasil 1988*, Ed. Price Waterhouse, 1989, p. 876).

a exegese dos demais princípios que conformaram a Federação Brasileira, mas por hospedar inteligência que discrimina *in pejus*, ofertando tratamento desigual a entes federativos da mesma esfera².

Algumas considerações iniciais, todavia, merecem ser tecidas sobre a hermenêutica constitucional, para que a resposta a ser dada à única questão formulada esteja em consonância com as regras que norteiam a compreensão da lei suprema.

A norma constitucional é a primeira norma da ordem posta, ponto inicial do Direito e da Ciência Jurídica e ponto final da influência de todas as ciências sociais para a conformação de um sistema legal e de um complexo de leis para uma nação³.

2 Pinto Ferreira ensina: "O federalismo exige uma certa homogeneidade estrutural para a sua sobrevivência e florescimento. No antigo regime confederativo do Império Alemão (1871) coexistiam Repúblicas Mistas com monarquias. O legislador da Constituição de Weimar de 11 de agosto de 1919 ajuizou a necessidade de determinar a regra de conformidade republicana para as unidades federativas, como acentuaram Werner Kaegi e Wheare.

Este mínimo de homogeneidade política varia de país a país" (*Comentários à Constituição Brasileira*, 1º vol., Ed. Saraiva, 1989, p. 408).

3 Escrevi: "Desta forma, o Direito Constitucional, não obstante estudado por eminentes mestres, que honram a dogmática jurídica pela relevante contribuição prestada, oferta, em nível doutrinário, retrato de Direito Positivo consequencial, muito mais do que visão causal de seu figurino presente, com o que as insuficiências analíticas surgem, abrindo-se largos espaços não-preenchidos pela reflexão acadêmica.

O Direito Positivo, em seus aspectos formais, tem servido para exaustiva meditação universitária e jurisprudencial, visto que a influência do pensamento positivista e neopositivista na Ciência Jurídica — no Brasil de hoje mais do que na Europa atual — faz-se sentir de forma acentuada, ganhando o estudante em profundidade da lógica discursiva o que perde na percepção universal da experiência humana em sociedade.

A preocupação de descontaminação do Direito, enquanto interligado a outras ciências sociais — de relevância para que sua pureza seja exaltada — provoca, por outro lado, intenso aprofundamento do estudo da norma constitucional desvinculada dos denominados elementos pré e meta jurídicos, preocupação que termina por reduzir a própria relevância das interpretações teleológicas, substituída pela importância da fria interpretação lógico-sistemática, rica na exteriorização formal e miserável na percepção do conteúdo fático, que a embasa.

A evidência, a conformação do conhecimento de cada vez mais cada vez menos, com redução sensível do campo de pesquisa científica e valorização da metodologia aplicável à área previamente delimitada, não poucas vezes dificulta a compreensão da inteira fenomenologia constitucional, etapa derradeira de um processo convivencial do ser humano, repleto de sensíveis interpenetrações de fatores internos e externos, os quais dão o perfil controvérsito — ainda inexplorado suficientemente — e admirável do homem, em sua experiência de vida sobre a terra.

Representa o Direito Constitucional a ordenação jurídica de princípios, que norteiam esta convivência nas sociedades organizadas. Estas são incapazes, entretanto, de desvendar, pelos limitados caminhos do conhecimento racional, sua razão de ser, o porque da aventura humana, os motivos que levam estes seres condenados à morte desde o seu nascimento, a uma luta pelo poder, muitas vezes sem significação. Por outro lado, mesmo com a utilização da experiência das denominadas ciências de detecção da natureza, biológicas ou exatas, não se encontra visualização imediata para perguntas elementares, tais como o que é o homem, porque nasceu, o que ocorre após a morte, o que é universo, de onde saiu, qual a origem de tudo. À evidência, tais elementares e essenciais perguntas, sem respostas, sobre o homem e o universo, à luz da razão pura, terminam por influen-

Muito embora Kelsen admitisse uma norma fundamental pressuposta e anterior à norma constitucional, tal norma fundamental, de rigor, se confunde com todos os princípios de todas as ciências que informam a ordem suprema, como a Economia, a Sociologia, a Filosofia, a História, a Tecnologia aplicada etc. A norma fundamental, sobre desfigurar a cristalinidade da norma pura de Kelsen, não é uma norma jurídica, mas sim uma norma econômica, uma norma sociológica, uma norma filosófica, uma norma histórica, uma norma matemática, uma norma ecológica etc. O sopesar de todas elas, inclusive das normas jurídicas anteriores, é que termina por esculpir a ordem máxima, que parametrará toda a produção normativa inferior⁴.

É, portanto, o Direito Constitucional o último estágio de todas as ciências sociais e aplicadas à sociedade e o primeiro estágio da ordem jurídica e da Ciência Jurídica, razão pela qual, à falta de referencial anterior, a hermenêutica que se lhe aplica há de ser necessariamente diversa, em muitos aspectos, daquela aplicada ao direito inferior e decorrencial, cujo arquétipo encontra-se no desenho imposto pela ordem suprema.

as diversas correntes de pensamento político, filosófico, sociológico e econômico, as quais deságuam na escultura legal de um direito que orienta a vida de uma sociedade, que não sabe porque existe e para que foi formada.

Esta é a razão pela qual a apreensão fenomênica da organização do Estado, da formação das nações, da concepção de povo e da compreensão do homem está na própria essência do Direito Constitucional, que apenas, como as lavas do vulcão, oferta o ponto final de um longo processo de elaboração social.

Não é possível, pois, o estudo de Direito Constitucional apenas à luz singela do Direito posto, articulado e escoreito, mas sob o prisma, que passa, necessariamente, por uma visualização do homem em seu evoluir histórico, assim como as angústias, problemas, dificuldades, crimes, esforços de superação, ambições, ignomínias e grandezas, que tornam tão apaixonante sua experiência de vida" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 1º volume, Saraiva, 1988, p. 3/4/5).

⁴ Kelsen escreveu: "La dottrina pura del diritto si vale di questa norma fondamentale come di un fondamento ipotetico. Se si parte dal presupposto che tale norma sia valida, è valido anche l'ordinamento giuridico che si fonda su di essa. La norma fondamentale attribuisce all'atto del primo legislatore e di qui a tutti gli atti dell'ordinamento giuridico che poggiano su di questo, il significato del dover essere, quello specifico significato per il quale nella proposizione giuridica la condizione è legata alla conseguenza del diritto; e la proposizione giuridica è la forma tipica in cui deve necessariamente presentarsi tutto il materiale del diritto positivo. Nella norma fondamentale, in ultima istanza, trova la sua base il significato normativo di tutti i fatti che costituiscono l'ordinamento giuridico. Soltanto in base al presupposto della norma fondamentale il materiale empirico che si presenta alla determinazione giuridica può essere inteso come diritto, cioè come sistema di norme giuridiche. Secondo la natura di questo materiale, cioè secondo gli atti che debbono essere determinati come atti giuridici, si regola anche il contenuto particolare di quella norma fondamentale che sta alla base di un determinato ordinamento giuridico" (*Lincamenti di dottrina pura del diritto*, Ed. Einaudi, p. 98/99).

O Direito Civil, por exemplo, ao ser interpretado, deve sê-lo à luz dos princípios maiores encontráveis no Direito Constitucional, porque o seu referencial imediato é o Direito Constitucional. À falta de referencial imediato, o Direito Constitucional deve haurir na intenção do legislador, nas demais ciências, no sistema que dá origem, os elementos que possibilitem ao exegea a inteligência mais adequada dos dispositivos nele inseridos⁵.

A compreensão deste aspecto é de extrema relevância para que se acompanhe o raciocínio que serve de espinha dorsal para minha forma de responder a questão formulada.

E é, à luz da inteligência que, necessariamente, há de passar pelo exame do sistema e da intenção constituinte no concernente à Federação, que passo a examinar agora, a pergunta que me foi apresentada.

A Federação brasileira é uma Federação atípica. Não há uma perfeita equivalência entre os entes federativos. Os municípios, por exemplo, não têm representação no Senado, de um lado, mas têm, por outro lado, o privi-

⁵ Escrevi: "H. L. A. Hart, em seu polêmico *The concept of Law*, procura, a partir do exame de casos concretos e próprios da estrutura legal inglesa, em que a *common law* continua a desempenhar decidida influência conformadora, descobrir os fundamentos do Direito, assim como a razão pela qual o homem obedece à ordem jurídica posta por quem detém o poder de impô-la.

Embora considere relevante o hábito de obedecer, importante o ideal de Justiça, influente a moral dominante, como também não despreciando a ambição pelo poder, a segurança da ordem e o benefício da relativa certeza que a força da lei propicia, chega a duas conclusões, que, embora não originais, pelo seu entrelaçamento, permitem reflexão fecunda sobre as dimensões do Direito, como elemento intrínseco à natureza humana e fundamental para que o homem se realize.

A primeira delas é de que a lei não só oferta genérica — mas não específica — proteção do indivíduo, sendo incapaz de abranger todas as hipóteses pretendidas pelo legislador, como a relatividade de sua aplicação — mesmo para os casos que, na aparência, foram particularmente normados — varia em função das circunstâncias, das autoridades executoras e principalmente das autoridades julgadoras. A lei, portanto, sobre possuir lacunas e ser de impossível extensão a todas as situações sociais, carece de instrumental executor capaz de uniformizá-la por inteiro, sendo cada caso um caso distinto e especial.

A segunda diz respeito ao órgão que tem a última palavra sobre sua interpretação, ou seja, o Poder Judiciário. Cabendo-lhe a aplicação da lei genérica ao caso específico, sua função é, simultaneamente, de intérprete e criador da lei, posto que as pessoas encarregadas de aplicá-la, sobre retirarem-na da abstração para a realidade cotidiana, dão-lhe a dimensão que lhes parece mais adequada à situação.

O pragmatismo de H. L. A. Hart não lhe permite posicionar-se sobre o ideal de justiça, como o mais relevante elemento desta postura aplicacional do Direito, visto que sua preocupação maior está em definir as duas ordens normativas que o conformam, ou seja, aquelas regulatórias do comportamento, sancionatórias ou não, e aquelas integrativas de execução, como as que definem, criam e esculpem os órgãos de sua aplicação. Aquelas são flexíveis, em razão de todos os elementos extra-jurídicos que influenciam os detentores do poder na execução ou aplicação do Direito. Estas inflexíveis, em sua concreção, posto que só pela mudança da lei ou por ruptura da ordem legal as normas de integração podem ser alteradas" (*A Jurisprudência integrativa e o ideal de Justiça*, Universidade de Coimbra, estudos em homenagem ao Magnífico Reitor Ferrer Corrêa, 1989, p. 3/4/5).

légio de receber parcela dos tributos arrecadados pela União e pelos Estados, sem necessidade de repassar o que recebem de tributos de sua própria competência impositiva.

O Distrito Federal não possui polícia própria, mas, ao contrário dos municípios, é representado no Senado Federal e no Congresso Nacional, sobre ter a receita tributária que competiria aos municípios. Os Estados não repassam a receita dos impostos para a União, mas podem sofrer intervenção, sendo que a União não tem representação no Senado, mas o Congresso Nacional é seu poder legislativo. Pode intervir nos Estados, porém repassa receitas para Estados e municípios, sem nada receber destas entidades⁶.

6 Os artigos 18 (*caput*), 32 § 4º, 34, 46, 157 e 158 têm a seguinte redação: "Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição";

"Art. 32. § 4º. Lei federal disporá sobre a utilização, pelo governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar";

"Art. 34. 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 dois 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";

"Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

§ 1º. Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três senadores, com mandato de oito anos.

§ 2º. A representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços.

§ 3º. Cada Senador será eleito com dois suplentes";

"Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal: I. o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; II. 20% do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I";

"Art. 158. Pertencem aos municípios: I. o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; II. 50% do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados; III. 50% do produtos da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios; IV. 25% do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

§ único. As parcelas de receita pertencentes aos municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios: I. 3/4, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; II. até 1/4, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal";

Como se percebe, os quatro entes federativos têm esferas próprias de atuação, com aspectos diferenciais pertinentes à sua estrutura jurídica, com o que a autonomia financeira, administrativa e política de cada um é diversa, embora comum seja seu núcleo de independência.

O que, todavia, remanesce na densidade da autonomia federativa é o elemento de equivalência entre os entes federativos da mesma espécie. E falo equivalência, porque não há identidade absoluta. A equivalência pode retratar situações diferentes, cuja valoração resulta idêntica. O valor de bens diversos, na contabilização das sociedades controladoras e coligadas, pelo princípio da equivalência patrimonial, é idêntico, embora diferentes os bens que o exteriorizam⁷.

Apesar de o tratamento ofertado pelo constituinte para os municípios mais necessitados e os Estados mais pobres sinalize com privilégios na medida de sua desigualdade, a estrutura de sua autonomia não é diversa nos municípios e nos Estados mais ricos, com o que a diferença dos regimes jurídicos pertencentes à autonomia dos diversos entes deságuam na equivalência de regimes para aquelas entidades da mesma esfera, não podendo ser diverso o tratamento, a não ser nas expressas determinações da lei suprema⁸.

7 Nilton Latorraca ensina: "Conforme determina, portanto, o artigo 248 da Lei nº 6.404, regulamentado pelo artigo 22 do Decreto-Lei nº 1.598, a diferença (acréscimo ou redução do valor do investimento) somente será registrada como resultado do exercício, na companhia investidora:

- se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;
- se corresponder, comprovadamente, a ganho ou perdas efetivas;
- no caso de companhia aberta, com observância de normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

Antes de aprofundarmos a análise dessa norma, convém relacionar as principais causas de acréscimo ou *redução do valor de investimento em virtude da aplicação do método contábil denominado equivalência patrimonial*, depois de segregados o ágio ou o deságio pagos ou obtidos na aquisição, ou apurados na entrada em vigor da lei; essas causas são:

- a) lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;
- b) reserva de lucro constituída ou utilizada na coligada ou controlada;
- c) reserva de capital constituída ou utilizada na coligada ou controlada;
- d) correção monetária do balanço da coligada ou controlada;
- e) aumento ou redução na percentagem de participação no capital da coligada ou controlada, resultante de modificação do capital deste com diluição da participação dos demais sócios ou da própria companhia investidora (cf. item XXIX da Instrução nº 1 da CVM);
- f) reserva de reavaliação constituída na coligada ou controlada" (grifos meus) (*Direito Tributário - Imposto de Renda das Empresas*, 11ª ed., Ed. Atlas, 1988, p. 261)

8 O artigo 151 inciso I da C.F. tem a seguinte dicção: "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*", tendo eu assim o comentário: "Em uma interpretação sistemática, poder-se-á entender que os incentivos fiscais apenas serão concedidos desde que não impliquem tratamento desigual que privilegie atividades mais oneradas em outras regiões, decididamente sendo inaplicável ao menor sintoma de que o tratamento desigual não esteja estabelecendo equilíbrio, mas desequilíbrio, que atinja contribuintes em situações diversas" (grifos meus) (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6º vol., t. I, Saraiva, 1990, p. 221/222).

Se a equivalência marca a autonomia das entidades federativas da mesma esfera e a diversidade de regimes daquelas de esferas diversas, há de se acrescentar ao perfil do sistema federativo brasileiro um outro elemento de relevância que é a vocação da lei maior para nivelar os desequilíbrios regionais e resgatar a condição dos Estados e municípios menos favorecidos, aproximando-os daqueles mais desenvolvidos⁹.

Em inúmeros dispositivos constitucionais tal sinalização constitucional resta evidente. Na partição das receitas tributárias, Estados e municípios mais desenvolvidos são aquinhoados por distribuição menor. Quanto ao princípio da isonomia tributária, abre o constituinte apenas exceção a favorecimentos para eliminar os desequilíbrios regionais. A ordem econômica refere-se à necessidade de ser voltada, a iniciativa econômica, pública e privada, para a erradicação dos desníveis, estando tal princípio também esculpido nos fundamentos constitucionais. Em outras palavras, em inúmeros trechos, o constituinte excepciona o princípio da equivalência sempre que tal exceção seja voltada para beneficiar Estados e municípios menos favorecidos¹⁰.

9 Sacha Calmon Navarro Coelho ensina: "Um país sem desequilíbrios regionais é país forte e integrado em benefício de suas várias regiões. O Brasil não é único nesse sentido. A Argentina concentra-se no delta do Prata. O Japão moderno é uma faixa industrial à beira do mar de não mais de 220 km. (Ao norte, o povo dos ainos, em florestas, vivendo de artesanato. São caucasianos). O Canadá se agarra ao longo do Rio São Lourenço, na beira dos Grandes Lagos, nas fronteiras com os EUA. O Reino Unido convive com as Irlandas atrasadas e regiões não industrializadas. O norte da Alemanha oferece outro exemplo de desenvolvimento incipiente. A Itália do norte nada tem a ver com a Calábria e a Sicília (outrora pujante). O próprio sul dos EUA é atrasado se comparado com o norte e o nordeste do país. Nesses países existem programas de incentivos fiscais para regiões deprimidas. Portanto, a licença constitucional é mais do que acertada, até porque o nordeste do país é com sua imensa população, cerca de 36 milhões de pessoas, lá tudo é bom, a terra, o subsolo e o homem. O céu é que não presta. Urge reconstruí-lo para o bem do Brasil, que começou por lá, antes da explosão do ouro em Minas Gerais que despovoou até o Reino de Portugal, ensinando depois o Estado de São Paulo, com os seus cafezais e, após, a industrialização do país" (*Comentários à Constituição de 1988 — Sistema Tributário*, Forense, 1990, p. 387/388)

10 Celso Bastos escreve: "Até mesmo por razões de unidade nacional não é possível tolerar-se o desnível de desenvolvimento existente entre as diversas regiões do país. A preocupação com um desenvolvimento mais acelerado das regiões menos desenvolvidas deve ser uma diretriz fundamental da política do país. Há que se observar, no entanto, que este esforço de desenvolvimento regional não pode levar a um deslocamento tão acentuado da poupança e do investimento para as regiões menos desenvolvidas a ponto de colocar em risco a continuidade do processo de desenvolvimento nas regiões mais avançadas. É na verdade um problema delicado a ser resolvido através de uma política ponderada que procure o justo meio termo. Aliás, faz parte mesmo das competências da União: elaborar a executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

Quanto a este último, também ele não pode ser obtido através de uma política extremada de redistribuição desenfreada da riqueza nacional. A melhoria das condições sociais há de se dar ao mesmo passo em que se leva a cabo o desenvolvimento econômico. Distribuição de renda em momentos de estagnação ou de retrocesso econômico é muito difícil de ser levada a efeito pelas terríveis tensões sociais que produz. O desenvolvimento econômico não basta por si só para elidir os bolsões de pobreza. Entretanto, ele colabora decisivamente no sentido de reduzir as suas proporções, aumentar o otimismo e a disposição de trabalho das classes menos favorecidas e de propiciar recursos acrescidos destinados a financiar uma política social" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 7º volume, Saraiva, 1990, p. 33).

Desta forma, os três alicerces do sistema federativo nacional desenham diversidade na autonomia, equivalência nas esferas de atuação e favorecimento às entidades federativas menos desenvolvidas¹¹.

Tal colocação preambular fazia-se necessária para a compreensão da inteligência, que ofertarei aos artigos 234 das Disposições Gerais e 14 das Disposições Transitórias, que não podem, nem devem ser interpretados isoladamente, mas sim dentro do contexto constitucional plasmado para o sistema federativo do país.

Passo, agora, a examinar os princípios constitucionais que, diretamente, cuidaram da matéria, os quais devem ser interpretados, à luz do quadro que atrás apresentei.

São dois, os artigos. O artigo 234 e o artigo 14 estão assim redigidos:

“Art. 234. É vedado à União, direta ou indiretamente, assumir, em decorrência da criação de Estado, encargos referentes a despesas com pessoal inativo e com encargos e amortizações da dívida interna ou externa da administração pública, inclusive da indireta”;

“Art. 14. Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos.

§ 1º. A instalação dos Estados dar-se-á com a posse dos governadores eleitos em 1990.

11 Geraldo de Camargo Vidigal esclarece o papel desta vocação, escrevendo: “Em 1937, sob o título *Un ordre juridique nouveau*, Jossierand anotava que: “a ordem pública econômica comandou a transformação da ordem jurídica contratual..., publicizou-a, cortando largamente nos princípios da liberdade e da autonomia das vontades, que constituíam, outrora, a atmosfera e a aura mesma dos contratos”.

Savatier distingue a Ordem Pública Contratual, inspirada, a partir da Revolução Francesa, na mística da liberdade, da Ordem Pública Social, baseada em motivações diretas de humanidade, e da Ordem Pública Econômica, flexível e plástica, resultante de exigências da política econômica do Estado e visando à direção da economia.

Sob esse estilo, por *Ordem Econômica Constitucional* se deve entender, em essência, o conjunto dos princípios consagrados de forma dogmática para a disciplina da iniciativa econômica, ou, de consequência, da atividade produtora, por *Ordem Social Constitucional*, o conjunto daqueles princípios que presidem à disciplina das relações econômicas entre as diferentes categorias sociais, ou, de outro ângulo, a disciplina da repartição.

Em que pese, todavia, minha crítica da inadequada distinção entre o econômico e o social nas sucessivas Constituições Brasileiras, desde 1934, meu exame da matéria constitucional há de por força balizar-se na terminologia da própria Constituição de 34 — mantida ainda nos textos atuais, de 1967/69” (*Caderno de Direito Econômico* n° 1, Ed. CEEU/Resenha Trib., 1983, p. 76/77).

§ 2º. Aplicam-se à transformação e instalação dos Estados de Roraima e Amapá as normas e critérios seguidos na criação do Estado de Rondônia, respeitado o disposto na Constituição e neste Ato.

§ 3º. O presidente da República, até 45 dias após a promulgação da Constituição, encaminhará à apreciação do Senado Federal os nomes dos governadores dos Estados de Roraima e do Amapá que exercerão o Poder Executivo até a instalação dos novos Estados com a posse dos governadores eleitos.

§ 4º. Enquanto não concretizada a transformação em Estado, nos termos deste artigo, os Territórios Federais de Roraima e do Amapá serão beneficiados pela transferência de recursos prevista nos arts. 159, I, a, da Constituição, e 34, § 2º, II, deste Ato¹².

O primeiro deles interdita a União de assumir encargos de Estados recém-criados. Está no presente do indicativo e não faz qualquer referência a encargos dos Territórios, mas dos Estados.

Em outras palavras, o artigo 234, nitidamente, declara que a União não se responsabilizará por encargos dos Estados recém-criados¹³.

12 José Afonso da Silva lembra que: "Os Territórios Federais não são mais considerados como componentes do Estado Federal, como equivocadamente o eram nas Constituições precedentes. A Constituição lhe dá posição correta, de acordo com sua natureza de mera autarquia, simples descentralização administrativo-territorial da União, quando os declara integrantes desta (art. 18, § 2º).

Não há mais Territórios Federais, porque a própria Constituição transformou em Estados os de Roraima e Amapá, únicos que ainda existiam. Mas reconhece a possibilidade de sua criação, sua ulterior transformação em Estado ou sua reintegração no Estado de origem consoante regulamentação por lei complementar (art. 18, § 2º) e sua organização administrativa e judiciária por lei ordinária (*Constitucional Positivo*, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 406/407).

13 Wolgran Junqueira Ferreira parece entender que tal dispositivo aplicar-se-á apenas aos Estados criados à luz do artigo 18 e não a Amapá e Roraima com regimes próprios: "Profbe expressamente este artigo que a União assumia de forma direta ou indireta, em decorrência da criação de Estados, encargos referentes a: a) despesas com pessoal inativo; b) encargos com amortização da dívida interna ou externa da administração pública, inclusive da indireta.

Somos de opinião que tais ônus fiquem com o Estado de origem, pois os inativos prestavam serviços a ele e as dívidas foram contraídas por ele e não foram gastos necessariamente no novo Estado as importâncias decorrentes dos empréstimos.

A alegação dos Estados de onde foram retiradas as áreas para criação do novo Estado de que fizeram tais e quais obras na área destacada, não procede pelo fato de ter havido retorno por parte da população, de impostos estaduais e federais e parte destes foram devolvidos aos Estados de onde se destacou a área para a criação do novo Estado.

Este artigo é de grande valia pois determina uma regra geral até então inexistente no texto das constituições anteriores" (*Comentários à Constituição de 1988*, vol. 3, Ed. Julex Livros, 1989, p. 1161).

Em uma leitura superficial poderia o intérprete menos avisado entender que tais encargos seriam aqueles remanescentes dos períodos em que os Estados eram Territórios, de tal maneira que a União que os teria assumido, por ter-lhes dado origem, com a dicção do artigo 234, passaria a não ser mais responsável, repassando tais obrigações para a nova e debilitada unidade federativa.

Apesar de a unidade federativa recém-criada não ter gerado tais encargos, que foram produzidos pela União, por esta curiosa interpretação, a União, causadora dos gastos, afastaria as obrigações de sua administração, enquanto os Estados assumiriam-nas, nada obstante suas poucas forças, de um lado, e não as ter gerado, de outro.

À evidência, o artigo 234 não pode ofertar esta leitura, visto que estaria consagrando a iniquidade e sinalizando em sentido contrário aos dispositivos constitucionais que impõem tratamento diferencial para os Estados menos favorecidos.

Ora, o artigo 234, em leitura mais atenta, não permite tal exegese¹⁴.

De início, há de se lembrar que o discurso está no presente do indicativo. Vale dizer, proíbe a assunção de encargos, apenas daqueles que foram gerados a partir da criação do Estado. Ao falar em pessoal inativo, à evidência, só se pode referir aqueles que estão inativos no Estado a partir do momento de sua criação, ou seja, dos funcionários do Estado criado.

Em relação à dívida, à nitidez, só se refere à dívida presente do Estado criado, não havendo nenhuma referência a Território Federal. Por esta razão, entendem os constitucionalistas que esta norma geral aplica-se aos Estados a serem criados, nos termos do artigo 18 da lei maior e não para os Estados de Roraima e Amapá, cuja disciplina jurídica encontra-se no artigo 14 das Ds. Ts.¹⁵

14 Na mesma linha de pensamento de Wolgran Junqueira, Walter Ceneviva expôs: "O art. 233, que o abre, se remete ao art. 7º, alusivo aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, onde foi objeto de referência, neste livro (Capítulo V). Melhor andaria o constituinte se houvesse colocado os arts. 234 e 235 entre os dispositivos relacionados com a criação dos Estados, e o art. 238 no capítulo dedicado aos princípios gerais da atividade econômica, onde são analisados, neste estudo" (*Dirito Constitucional Brasileiro*, Saraiva, 1989, p. 309).

15 O artigo 18 tem o seguinte discurso: "A organização política-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 1º. Brasília é a Capital Federal.

§ 2º. Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem, serão reguladas em lei complementar.

§ 3º. Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

Fosse intenção do constituinte exigir a assunção dos encargos da União, ao tempo em que administrava os Territórios, e a dicção teria sido a seguinte:

“É vedado à União, direta ou indiretamente, assumir, em decorrência da criação de Estado, encargos referentes a despesas com pessoal inativo e com encargos e amortizações da dívida interna ou externa da administração pública direta e indireta, inclusive aqueles por ela contraídos, no período em que administrava o Território”.

Não tendo havido a inclusão do adendo, à nitidez, o texto constitucional deve ser interpretado em face do que escrito está e não do que poderia ter sido escrito — e não foi — ou de eventual intenção do legislador supremo não adequadamente exposta no texto maior¹⁶.

De ponto de vista gramatical, portanto, a dicção legislativa fez menção apenas aos Estados, no presente do indicativo, não havendo referencial ao passado ou a encargos pretéritos.

O segundo ponto, decorrente do primeiro, é a nenhuma menção aos Territórios. O dispositivo, nitidamente, sobre não se referir a situações, pretéritas, não hospeda a figura do Território que pertencia à União, visto que cuida de encargos dos Estados.

Os Territórios Federais — que deixaram de existir na atual lei suprema, apesar de exaustivamente regulados em nível de “ficção científico-jurídica” — pertenciam à União e se tivesse, o constituinte, intenção de transferir os encargos da União para os Estados, teria previsto tal transferência em discurso mais correto, dizendo que os Estados não só seriam responsáveis pelas dívidas e encargos por eles contraídos, com vedação de a União assumi-los,

§ 4º. A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas”.

16 Lembra Hamilton Dias de Souza, citando Ferrara, que: “deve-se lembrar a lição de Francesco Ferrara, segundo o qual o excessivo apego à letra da lei é pernicioso, mas, ainda mais grave é o perigo de que o intérprete force a exegese, encaixando no texto aquilo que gostaria que lá estivesse ou suprimindo o que contrariasse suas preferências” (*Direito Tributário* 2, J. Bushatsky Editor, 1972, p. 32)

mas também seriam responsáveis pelas dívidas da União transferidas. E o discurso constitucional apenas hospedou a primeira parte da dicção¹⁷.

E o terceiro elemento é o da coerência sistêmica. Se todo o sistema federativo, como demonstrei no início do parecer, sinaliza no sentido de fortalecimento da Federação, pelo fortalecimento das unidades mais fracas, seria de incomensurável ilogicidade e irracionalidade, principiar a criação de um Estado, necessariamente fraco, transferindo-lhe encargos da União, isto é, enfraquecendo-o, em vez de fortalecê-lo e impondo tratamento ainda mais severo que aquele que é imposto, em nível de transferência de encargos, aos Estados mais desenvolvidos.

Em outras palavras, teria a Constituição, de um lado, sinalizado no sentido de fortalecimento da Federação, pelo fortalecimento das unidades federativas mais fracas, e, de outro, imposto às mais fracas unidades encargos não impostos a nenhuma outra unidade federativa¹⁸.

17 De rigor, o artigo 234 cuida da formação de futuros Estados, nos termos do § 3º do artigo 18, assim comentado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "Formação de novos Estados ou Territórios a partir dos Estados existente. O texto em exame volta à solução da Constituição de 1946 (art. 2º), com uma diferença, porém.

Segundo se depreende do aqui estipulado, sempre será necessária a aprovação, em consulta plebiscitária, de qualquer alteração no espaço territorial, e conseqüentemente no espaço pessoal, de um Estado por parte da "população diretamente interessada". Seja qual for a finalidade desta alteração: formação de novo Estado, ou Território, anexação a outro Estado, incorporação com o surgimento de novo Estado em lugar dos incorporados.

Isto, porém, não é suficiente. Será também preciso que lei complementar aprove essa alteração. Aqui está a diferença em relação a 1946. Nesta Constituição, a aprovação seria competência privativa do Congresso Nacional, que obviamente a exerceria por decreto legislativo, portanto, sem a possibilidade de veto por parte do presidente da República. O texto acima reclama "lei complementar", o que abre oportunidade para a interferência do presidente da República que poderá ou sancionar ou vetar o projeto (v. art. 48, VI).

Acrescente-se que este art. 48, VI, em frontal agressão à técnica legislativa, reclama que a Assembléia Legislativa ou, eventualmente, as Assembléias Legislativas dos Estados interessados sejam "ouvidas" (portanto, com caráter meramente opinativo) sobre o assunto" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, volume 1, Saraiva, 1990, p. 142/143).

18 Carlos Maximiliano sobre o processo sistemático ensina: "Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.

Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.

Em toda ciência, o resultado do exame de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando confirmado, contrastado pelo estudo de outros, pelo menos dos casos próximos, conexos; à análise sucede a síntese; do complexo de verdades particulares, descobertas, demonstradas, chega-se até à verdade geral.

Possui todo corpo órgãos diversos; porém a autonomia das funções não importa em separação; operam-se, coordenados, os movimentos, e é difícil, por isso mesmo, compreender bem um elemento, sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à primeira vista pareça imperceptível. O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes. Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado

À evidência, não pode a Constituição dar com uma mão e retirar com a outra, de tal forma que a interpretação literal, a interpretação lógica e a interpretação sistemática levam o exegeta à conclusão de que o artigo 234 apenas se refere aos encargos gerados pelo próprio Estado, a partir do momento em que se transformar em Estado e nunca a assunção de encargos da União, gerados pela União, ao tempo que administrava os Territórios Federais.

Ora, é na linha deste raciocínio, que se insere o disposto no artigo 14 das Ds.Ts.

O § 2º do artigo 14 declara que:

“Aplicam-se à transformação e instalação dos Estados de Roraima e Amapá as normas e critérios seguidos na criação do Estado de Rondônia, respeitado o disposto na Constituição e neste Ato”¹⁹.

O final da dicção diz respeito àquela conformação própria que todos os Estados passem a ter com a nova Constituição, razão pela qual não poderia o regime jurídico dos novos Estados ser diverso do regime jurídico imposto pela Constituição Federal a todos os Estados brasileiros. Vale dizer, a parte final do discurso exige que a transformação e instalação sejam feitas, não nos moldes absolutos como aqueles que plasmaram o Estado de Rondônia, mas nos moldes que esculpíram o novo perfil da Federação brasileira.

caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos.

Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo: por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Forense, 1979, p. 128).

19 A própria equipe da Price, ao comentar o artigo 234 da Constituição Federal, claramente, sinaliza que se refere a matéria distinta do artigo 14 do ADCT, ao dizer: “A formação de novo Estado-Membro da Federação poderá dar-se de três formas diferentes: a incorporação de dois ou mais Estados ou Territórios, a subdivisão de um deles ou o desmembramento para anexação a outro, sempre mediante a aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar (vide comentários ao art. 18, § 3º).

A lei que vier a criar o novo Estado disciplinará as futuras relações deste, obedecidos os parâmetros constitucionais, inclusive no que diz respeito à transferência de recursos e encargos a serem por este assumido. Neste sentido, veda o presente texto constitucional que a União assumam direta ou indiretamente os encargos referentes a despesas com pessoal inativo, bem como os encargos e amortizações da dívida interna e externa da administração pública direta ou indireta.

São despesas que deverão ser assumidas pelo novo Estado ou pelo Estado originário” (*A Constituição do Brasil 1988*, Price Waterhouse, 1989, p. 846/847).

Ora, exceção feita às alterações havidas para o perfil de todos os Estados brasileiros, que foram poucas, no mais, a instalação dos Estados de Roraima e Amapá, deve seguir, rigorosamente, os mesmos critérios e os mesmos caminhos que foram trilhados pela União quanto ao Estado de Rondônia, no nascimento deste²⁰.

O discurso legislativo supremo é inequívoco:

“aplicam-se... as normas e critérios seguidos na criação do Estado de Rondônia”.

Por normas e critérios, só posso entender aquelas normas e critérios que permitiram em 1981 o surgimento de Rondônia e que foram consubstanciados na Lei Complementar n. 41/81.

O exame pormenorizado de tal lei complementar não oferta dúvidas sobre a responsabilidade da União no que concerne às dívidas passadas²¹.

Está o artigo 35 da L.C. n. 41/81 assim redigido:

“Fica a União autorizada a assumir a dívida fundada e os encargos financeiros da Administração do Território Federal de Rondônia, bem como os das entidades vinculadas existentes, inclusive os decorrentes de prestação de garantia”.

Maior clareza é impossível. A União se responsabiliza por todo passado no concernente às dívidas, inclusive com extensão maior do que os encargos referidos no artigo 234 da C.F.

20 A Lei Complementar n. 41/81 principia com o seguinte discurso: “Lei Complementar nº 41 de 22 de dezembro de 1981. Cria o Estado de Rondônia e dá outras providências.

O Presidente da República.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar: Da criação do Estado de Rondônia.

Art. 1º - Fica criado o Estado de Rondônia, mediante a elevação do Território Federal do mesmo nome e essa condição, mantidos os seus atuais limites e confrontações.

art. 2º - A cidade de Porto Velho será a capital do novo Estado”.

21 É ainda Carlos Maximiliano quem ensina: “O Direito Constitucional apóia-se no elemento político, essencialmente instável, a esta particularidade atende, com especial e constante cuidado, o exegeta. Naquele departamento da ciência de Papiniano preponderam os valores jurídico-sociais. Devem as instituições ser entendidas e postas em função de modo que correspondam às necessidades políticas, às tendências gerais da nacionalidade, à coordenação dos anelos elevados e justas aspirações do povo” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ob. cit., p. 305).

Em outras palavras, pelos critérios e normas seguidos pelo Estado de Rondônia e pela União na transformação daquele território em Estado, a nova unidade federativa ficou com as responsabilidades decorrentes das obrigações constituídas a partir de sua criação e a União com aquelas anteriores à transformação.

Compreende-se, pois, que o justo e adequado processo sinalizado pela Lei Complementar n.º 41/81 seja aquele que o constituinte indicou, pelo § 2.º do artigo 14 ADCT, para a transformação de Amapá e Roraima em novos Estados.

Em face de todo o exposto até o presente, em rigorosa interpretação do texto constitucional, pela técnica de exegese que lhe pertine, isto é, em interpretação lógica, histórica, literal e sistemática, não é o Estado de Roraima responsável pelos encargos anteriores à sua transformação²².

E poderia parar por aqui, se uma última consideração de natureza sócio-econômica não se impusesse.

A União possui mecanismos constitucionais para compensar-se nas transferências de receitas dos empréstimos contraídos pelos Estados e municípios, estabelecidos no artigo 160 da Constituição Federal, assim redigido:

“É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos. § único. *Essa vedação não impede a União de condicionar a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos*”²³.

22 Pinto Ferreira incorpora, na mesma disciplina jurídica de transformação, os três Estados ao dizer: “Os antigos Territórios de Rondônia, Amapá e Roraima foram transformados em Estados, como antes já o havia sido o Território do Acre” (grifos meus) (*Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., Saraiva, p. 312).

23 Escrevi sobre o dispositivo, em parecer que ofertei à prefeita Erundina do Município de São Paulo: “O referido comando impõe vedação absoluta, na medida em que proíbe qualquer tipo de retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos nesta seção, ou seja, no concernente à repartição das rendas tributárias, compreendendo inclusive os adicionais e acréscimos relativos aos impostos.

Em outras palavras, o *caput* do artigo não permite que, a título de se ressarcir de créditos de outra natureza, possam os Estados, o Distrito Federal e os municípios se autopagar, deixando de entregar os recursos necessários a que, pela Constituição, têm direito tais entes federativos na partição das receitas.

O constituinte, no que diz respeito ao sistema tributário brasileiro, preferiu adotar o critério de ofertar segurança aos entes federados para que suas receitas derivadas não fossem atingidas por contratos danosos, celebrados ao final de administrações, ou por medidas políticas de represália dos entes arrecadadores dessas parcelas da receita tributária” (*A Constituição Aplicada* 2. CEJUP, 1990, p. 123/142).

Nada obstante tal faculdade de não repassar receitas tributárias para receber dívidas geradas e assumidas pelos Estados, não tem a União se valido da faculdade constitucional, “rolando” a dívida constituída por Estados e municípios. Vale dizer, em função de uma dívida não gerada pela União — mas exclusivamente pelos Estados e pelos municípios — pode a União deixar de repassar receitas, mas não o faz por questões de política econômica. Inclusive não o faz em relação aos Estados mais poderosos, que têm maior capacidade de obtenção de receitas tributárias que os Estados menores²⁴.

E falo até aqui de dívidas geradas pelos próprios Estados e pelos próprios municípios.

Seria de fantástica ilogicidade e de inadmissível injustiça que a União, que não faz o que pode em relação a Estados que contraíram dívidas, venha a exigir que um recém-criado Estado assumia dívidas por ele não instituídas, mas pela própria União, comprometendo, de vez, sua administração no período de transformação.²⁵

24 Escrevi: “A vedação do artigo 160, de rigor, é uma vedação apenas dirigida a Estados nas suas obrigações com os Municípios. Isto porque, o Distrito Federal não é dividido em Municípios e não tem nada a transferir de suas receitas. E a União pode condicionar qualquer transferência a que seus créditos sejam satisfeitos pelos Estados e pelos Municípios, com o que o disposto no *caput* perde, efetivamente, muito de sua força.

Os motivos, que levaram os constituintes a abrir exceção, inexistente no Direito anterior, foi certamente a retirada substancial de receitas da União, seja no campo da sua imposição direta, seja naquele das transferências, enfraquecimento que precisaria ser compensado por algum mecanismo capaz de evitar sangria permanente, em tendo créditos com os demais entes federativos, principalmente por força de financiamentos.

Na ocasião, em que se discutia na Constituinte a matéria, mantive, por telefone, longa conversa com Francisco Dornelles, presidente da Comissão que cuidava do Sistema Financeiro, Orçamento e Tributação. Acreditava Dornelles que com a receita alargada (direta e indireta) que os municípios e Estados passariam a ter, não mais precisariam do financiamento da União, podendo honrar inclusive os compromissos passados. Transmiti-lhe meu ceticismo, pois entendia que tais entidades não estavam querendo trocar o rótulo da sua situação, isto é, deixar de ter financiamentos para ter receitas, razão pela qual continuariam pressionando a União no concernente aos financiamentos.

Não sei qual o efeito da longa conversa (mais de uma hora), o certo, todavia, é que a ressalva foi colocada, de tal forma que a União hoje pode se autocompensar nas transferências, recebendo seus créditos junto a Estados, Distrito Federal e municípios.

De certa forma, o § único pode transformar-se em excelente instrumento para a União exigir rígida política de contenção de despesas a Estados, Distrito Federal e municípios. O Estado Mínimo se impõe ao Brasil” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6º volume, tomo II, Saraiva, p. 81/82).

25 Toshio Mukai coloca dúvida real ao dizer: “Finalmente cabe lembrar a inovação bastante oportuna inserta no art. 160 da Constituição: ‘É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

§ único. Essa vedação não impede a União de condicionar a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos.

Contudo, faltou fixar o principal: a sanção para o caso do descumprimento da norma” (*Administração Pública na Constituição de 1988*, Saraiva, 1989, p. 115).

Em outras palavras, se a União não usa da faculdade que possui para se compensar de dívidas geradas pelos próprios Estados, “rolando-as” no tempo, como admitir que venha agora pretender receber dívidas que não foram criadas pelo Estado de Roraima, mas pela própria União, em interpretação conveniente e conivente, dilacerando os princípios maiores que regem o sistema federativo plasmado na Constituição, assim como a literalidade dos princípios que claramente apontam em sentido oposto.

Por não acreditar que possa a União trilhar caminho oposto à lógica, à lei maior e ao sistema federativo brasileiro, é que entendo venha a acatar a solicitação do Estado de Roraima, consubstanciada no requerimento de seu exmo. sr. governador, não só por conciliar-se com o Direito e com a Justiça, mas por exteriorizar o equilíbrio das autonomias conformadas pela Federação brasileira²⁶.

S.M.J.

São Paulo, 14 de outubro de 1991

²⁶ Escrevi: “O Direito, em verdade, é sempre maior do que a lei. Mais do que pensam os legisladores legislar. Mais do que julgam os tribunais interpretar. Mais do que entendem os doutrinadores visualizar, posto que o Direito é a própria vida de uma sociedade organizada. E esta vida social normada, se não tender para o justo, se não apreender as lições do passado, se não penetrar no coração do povo, se não refletir as tendências mutáveis e permanentes daqueles princípios maiores que dão estabilidade à sociedade, terminará por gerar crises e por esfacelar perante valores que a superam, visto que há princípios naturais e supraconstitucionais de Direito que determinam a duração dos textos positivos, tornando-os breves, se estes os desconhecerem, ou de longa duração, se forem respeitados” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 1º volume, Saraiva, 1988, p. 103).

A FUNÇÃO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NA POLÍTICA
HABITACIONAL - LIMITAÇÕES À SUA ATUAÇÃO COMO
INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SE EM QUESTÃO AS LINHAS
MESTRAS DO PLANEJAMENTO GOVERNAMENTAL SOBRE A
MATÉRIA - CLÁUSULAS CONTRATUAIS LEONINAS
INADMISSÍVEIS À LUZ DO DIREITO ECONÔMICO - PARECER

CONSULTA

Formula-me, a consulente, as seguintes questões:

“Visando implementar o seu programa habitacional, as Cooperativas Habitacionais, regulamentadas pelas leis 4.380/64 e 5,764/71, celebram com a Caixa Econômica Federal, Contratos de Empréstimo, Compra e Venda de Terreno e outros pactos, contratos esses da lavra da CEF, através dos quais, recebem empréstimo para aquisição de terrenos, pagamento de projetos e construção dos empreendimentos, dando, nesses mesmos instrumentos, à Caixa, em garantia daqueles empréstimos, em primeira e especial hipoteca, os imóveis adquiridos, bem como as benfeitorias que neles serão implantadas.

Como se não bastasse tal garantia, a Construtora é chamada a firmar tais contratos, na qualidade de Interveniente Fiadora, assumindo, como principal pagadora, a responsabilidade solidária pelo pagamento da totalidade da dívida, renunciando, expressamente, aos benefícios previstos nos arts. 1.491, 1.500 e 1.503 do Código Civil.

Vê-se, pois, que a condição *sine qua non* para que a Construtora celebre com as Cooperativas Contratos de Empreitada Global é ter que, primeiramente, firmar aqueles instrumentos.

Ora, estando a totalidade dos empréstimos garantidos por hipoteca dada à CEF pelas Cooperativas devedoras, pode a Caixa exigir da Construtora Interveniente Fiadora, o cumprimento da responsabilidade solidária, na hipótese da não comercialização das unidades e conseqüente sub-rogação da dívida da Cooperativa, por parte de seus associados?

Quais os embasamentos jurídicos que devem ser utilizados pela Construtora para isentar-se da execução da fiança?"

RESPOSTA

A matéria suscitada merece considerações preambulares vinculadas ao Direito Econômico e Constitucional, sobre permitir reflexão paralela a respeito do Direito Administrativo e Civil¹.

A ordem constitucional brasileira oferta, hoje, título isolado ao Direito Econômico, sobre fazer expressa menção ao novo ramo, no artigo 24, inciso I, assim redigido:

“Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I. Direito Tributário, Financeiro, Penitenciário, Econômico e Urbanístico” (grifo meu)².

1 Entre as diversas definições do Direito Econômico encontram-se: “O Direito Econômico é o conjunto sistemático de princípios e normas que disciplinam: a) a produção de bens e serviços; b) a partilha dos benefícios desse trabalho; c) o consumo das utilidades produzidas; d) os meios necessários à consecução desses objetivos — para realizar; e) determinada política econômica” (José Nabantino Ramos, *Sistema Brasileiro de Direito Econômico*, Ed. Resenha Tributária, IBDT, p. 92, D. 02.01 — Discriminações);

“A necessária função conformadora do Estado, manifestada pela modificação autoritária da ordem social e pela participação ativa estatal na vida social, decorreu da inarredável intervenção no domínio econômico para estabelecer o seu equilíbrio abalado pelo liberalismo” (Edvaldo Brito, *Reflexos Jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*, Ed. Saraiva, p. 145);

“O Direito Econômico é o ramo do Direito, composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as — pelo princípio da “economicidade” — com a ideologia adotada na ordem jurídica” (Washington Peluso Albino de Souza, *Direito Econômico*, Ed. Saraiva, p. 3);

“O Direito Econômico é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social” (Geraldo de Camargo Vidigal, *Teoria geral do Direito Econômico*, Ed. Revista dos Tribunais, p. 44);

“Conceituo-o como o sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macrojurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal” (*Elementos de Direito Econômico*, Ed. Revista dos Tribunais, p. 31, Eros Grau);

“Os ordenamentos jurídicos, veiculadores das normas econômicas, são necessariamente formulados a partir de uma concepção dinâmica, com flexível adaptação de conceitos clássicos aos nascentes desafios, não raras vezes descortinadores de soluções originais. Os modelos tradicionais e as regras hermenêuticas sofrem, na área específica do Direito Econômico, mutações sensíveis, espelhando, quase sempre, a lei maior de cada país, maleabilidade suficiente para dotar sua estrutura legal de instrumental célere e descomplicado, capaz de acompanhar a velocidade de tais fenômenos” (Ives Gandra da Silva Martins, *Direito Econômico e Tributário*, Ed. Resenha Tributária, FIEO, p. 9/10).

2 José Cretella Jr. assim comenta o dispositivo: “Compete concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre Direito Econômico (art. 24, I, quarta parte), limitando-se, no entanto,

Dos oito títulos que compõem o atual texto, um deles é dedicado à ordem econômica, o qual compreende os artigos 170 a 192³.

O Direito Econômico, de rigor, é um Direito de interligação. Disciplina a macroeconomia, abrindo espaços para que relações de coordenação e de subordinação se sucedam em seu campo próprio de atuação.

Por esta razão, houve por bem Geraldo Vidigal entender que o Direito Econômico constituiria uma terceira vertente entre o Direito Público e Privado, aquele cuidando das relações de subordinação e este daquelas relações de coordenação. A relação que se perfaz no Direito Econômico, segundo Geraldo Vidigal, é típica relação de dominação, ofertando campo para a realização ora de relações de coordenação, ora de relações de subordinação. Em gráfico exemplo, assim explicitou Geraldo Vidigal seu modelo:

a competência do "centro federal", da União, à fixação de normas gerais, não excluída, pois, a competência suplementar do Estado-membro (art. 24, § 2º).

Extraordinária é a bibliografia existente a respeito do Direito Econômico, não só a literatura estrangeira, como na ordem interna (cf. entre outros: Washington Peluso Albino de Souza, *Direito Econômico e Economia Política*, BH, 1961, 1961, 2 volumes; José Nabantino Ramos, *Sistema Brasileiro de Direito Econômico*, SP, 1977, Ed. resenha Tributária; Afonso Insuela Pereira, *O Direito Econômico*, SP, 1973, Ed. Juriscredi; Bernard Chenot, *Droit Public économique*, no *Dictionnaire des sciences économiques*, de Jean Romeuf, sob o respectivo verbete)" (*Comentários à Constituição de 1988*, IV vol., Forense Universitária, 1991, p. 1784).

3 Celso Ribeiro Bastos ensina: "O atual rol de princípios que informam nossa ordem econômica é bem mais amplo do que o contemplado no art. 160 da Constituição anterior. Nota-se a ausência de referência ao desenvolvimento que, contudo, pode ser tido por subentendimento no item 8º que fala na busca do pleno emprego. Na verdade o desenvolvimento econômico continua a ser o alvo principal que todos os Estados procuram atingir. O próprio desenvolvimento social, cultural, educacional, todos eles dependem de um substrato econômico. Sem o desenvolvimento dos meios e dos produtos postos à disposição do consumidor, aumentando destarte o seu poder aquisitivo, não há forma para atingirem-se objetivos também nobres, mas que dependem dos recursos econômicos para sua satisfação.

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 denominado socialista. Não há que 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, Saraiwa, 1990, p. 12)



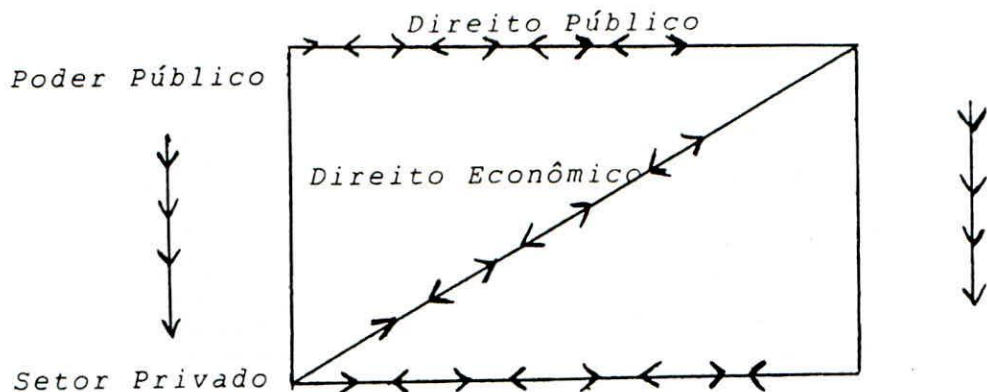
relações de subordinação



relações de coordenação



relações de dominação



Direito Privado

(4)

4 Geraldo de Camargo Vidigal lembra que: "Essa coexistência de funções públicas de participação, de planejamento, de direção e de intervenção econômica compõe o quadro do regime de dualismo de iniciativa, sob o qual se distribuem, entre os setores público e privado, as responsabilidades e o risco da iniciativa, da organização e da inovação.

Os conceitos de intervenção, participação e direção, referidos, reclamam esclarecimento.

Tão associados se acham ao Direito Econômico fenômenos de intervenção do Estado que, para alguns juristas, definir-se-ia o Direito Econômico precisamente como o Direito daqueles atos de intervenção econômica" (*Caderno n.º 1 de Direito Econômico*, ed. CEEU/Resenha Tributária, 1983, p. 103/104).

É que no Direito Econômico as relações de Direito Privado são tão relevantes quanto aquelas de Direito Público, correspondendo seu perfil à teoria da dominação. Não impõe o Estado seu poder de príncipe, mas sugere o caminho a ser seguido e domina a seqüência da contratualística e de seus efeitos. Em outras palavras, nas relações jurídicas de Direito Econômico, o princípio da autonomia de vontade, que pertine, amplamente, ao Direito Privado, passa a ser regido pelo princípio da dominação finalística, servindo o objeto pretendido, como o elemento maior da pactuação privada ou pública.

O interesse que rege a contratualística no Direito Econômico, por ser de natureza pública, deve ser sempre examinado à luz do Direito Privado e do Direito Público, com o que a característica peculiar do Direito Econômico, que é um Direito de inter-relação, torna-se evidente⁵.

5 Washington Peluso Albino de Souza esclarece: "O 'contrato' corresponde a um 'negócio', a uma 'convenção' dirigida sempre no sentido do interesse das partes que a efetuam. Não pode haver 'negócio' pelo 'negócio', pela 'convenção'. Mas talvez o vício tenha vindo de Pothier, ao considerar o 'contrato' como uma espécie de 'convenção' que tem por objeto formar uma 'obrigação'. O art. 1101 do Código Civil francês, de onde deriva a inspiração para os demais Códigos ocidentais, entretanto, já oferece o conteúdo desta 'obrigação', pois que a refere aos atos de dar, fazer ou não fazer alguma coisa.

Assim sendo, o trabalho de análise exige penetração mais profunda nas razões dessa 'convenção', e logo depararemos com um fato social motivador do próprio contacto entre as partes, que, a partir dele, passam a negociar: a troca. Efetivamente, postos um diante do outro, os figurantes no contrato realizam a troca e em decorrência desta é que os 'efeitos jurídicos' se justificam. Este fato está presente a todo relacionamento negocial, quer entre duas pessoas, quer no seu mais amplo sentido, que decorre da divisão social do trabalho.

A análise do 'fato social' troca, por sua vez, oferece-nos ao exame a sua causa e a sua forma. Constando da entrega de um bem, no conceito mais amplo, para a obtenção de outro bem, em contrapartida, sua razão fundamental é a satisfação da necessidade daquele que dispõe do bem possuído, visando obter o de que necessita. Ao mesmo tempo, sendo condição primacial para dispor do bem, o 'direito de propriedade' sobre ele, configura-se o sentido 'formal' da troca. Completa-se a informação, com a 'escassez' do bem para aquele que procura adquiri-lo, o que lhe confere sentido 'econômico'. Assim é que se processa o fato troca na própria evolução do 'contrato', em todas as fases de desenvolvimento desse instituto jurídico, desde as suas primeiras manifestações conhecidas.

Configura-se um dado importante nesta análise, portanto. Se a troca, como 'fato social', habitualmente é considerada como de conotação específica 'econômica', verifica-se que a idéia de 'troca' já traz em si a idéia de 'contrato', pois que a satisfação das necessidades, decorrente da transação, assegura-se pelos efeitos jurídicos que regulamenta. Por tudo isso, costuma-se afirmar que no 'mundo dos contratos' as coisas deixam de ter valor em si para tê-lo somente umas em relação às outras. A idéia sugeriu a Rustan a existência de dois 'mundos', um subordinado ao outro, ou seja, o 'mundo material', onde se dá a troca de prestações e o 'mundo formal', constituído pelo acordo de vontades orientado para um efeito jurídico. O 'contrato' seria o 'laço' capaz de englobá-los e de configurar a presença dos interessados neste cenário" (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1983, p. 244/245)

Compreende-se, pois, que ao cuidar o constituinte do regime jurídico da iniciativa privada, no artigo 173, tenha realçado tal aspecto⁶.

Deve-se lembrar que a ordem econômica na Constituição é voltada para uma economia de mercado, sendo que o Poder Público apenas pode servir-se de sua intervenção concorrencial nos exatos termos facultados pela Constituição, a saber:

- a) imperativos de segurança nacional;
- b) relevante interesse coletivo,

estando o artigo 173 assim redigido em seu *caput* e §§ 1º, 2º e 3º:

“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 as obrigações trabalhistas e tributárias.

6 Escrevi: “Na intervenção concorrencial, como o próprio nome indica, a empresa estatal concorre com a empresa privada em igualdade de condições. Não se lhe é lícito ofertar benefícios e mesmo sua presença não é essencial. Tanto o constituinte pretérito como o presente houveram por bem permitir sua presença, sem oferecer vantagens, privilégios, a fim de que a opção também de política constitucional pela livre iniciativa, não seja afetada. Em outras palavras, a preferência constitucional é pela livre iniciativa, admitindo, subsidiariamente, a presença estatal concorrencial, em condições especiais ou privilegiadas.

Na intervenção monopolística, não. Não há porque falar em regime próprio da iniciativa privada se a iniciativa privada é afastada, por questões de superior interesse nacional, deixando, pois, de haver parâmetro jurídico.

Em outras palavras, tanto o artigo 170 da E.C. nº 1/69, quanto o artigo 173 da nova ordem, apenas são destinados à intervenção concorrencial, objetivando não criar concorrência desleal, mas não são aplicáveis à intervenção monopolista, visto que, para tal tipo de intervenção, a iniciativa privada é afastada e, quando admitida, cabe-lhe apenas um papel supletivo.

Os regimes jurídicos, portanto, são distintos. Na intervenção concorrencial cabe à empresa estatal seguir o *regime próprio* da iniciativa privada. Na intervenção monopolista tem a empresa estatal *regime próprio*, que não se assemelha ao das empresas privadas, não se lhe aplicando o artigo 173 da nova ordem ou o pretendido 170 da pretérita, por ser sua disciplina jurídica constitucional diversa, à falta de modelo comparativo. E quando a União, que detém o monopólio, autoriza empresas privadas a colaborarem na atividade econômica, por força de superior interesse nacional, são estas empresas que devem adaptar-se ao regime jurídico pertinente à empresa monopolista e não, como na intervenção concorrencial, as empresas estatais que devem adaptar-se ao regime das empresas privadas” (*A Constituição Aplicada nº 3, Ed. CEJUP, 1991, p. 146/147*).

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

§ 3º. A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade” (grifos meus)⁷.

De lembrar-se, ainda, que o artigo 170 exalta como fundamentos da ordem econômica:

- a) o trabalho humano;
 - e
 - b) a livre iniciativa,
- sobre sugerir como 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 e de pequeno porte”,

⁷ Sobre o conceito de segurança nacional escrevi: “Um terceiro aspecto diz respeito ao conceito de segurança nacional, que só pode ser aquele, menos amplo, albergado por decisão pretoriana e assim expresso por seu relator, ministro Aliomar Baleeiro (DOU de 28.6.1968, p. 2460, RE-62.731): ‘O conceito de segurança nacional não é indefinido e vago, nem aberto ao discricionarismo do presidente ou do Congresso Nacional.

Segurança Nacional envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, nas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial, próximo ou sensato’, e não o de amplitude infinita, consagrado pela Escola Superior de Guerra, o qual está assim descrito: ‘o grau relativo de garantia, que, através de ações políticas, econômicas, psico-sociais e militares, o Estado proporciona em determinada época, à nação que jurisdiciona, para a consecução ou manutenção dos objetivos nacionais, a despeito de antagonismos ou pressões, existentes ou potenciais’ (Rev. Bras. de Estudos Políticos, vol. 21, p. 79).

Pelas referidas exposições, percebe-se, à saciedade, que a conformação conceitual da Lei Maior terá que ser, necessariamente, jurídica, como preceitua Aliomar Baleeiro e não política, como enuncia a Escola Superior de Guerra” (Curso de Direito Empresarial, co-ed. IASP/CEJUP, p. 18/19).

e ofertar, como regra, o livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente da autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos de capacitação⁸.

Ora, a nítida vocação privativista voltada para a economia de mercado do artigo 170 e dos aspectos retro-cuidados, admite, todavia, que, de forma vicária, o Poder Público participe da atividade econômica de mercado, mas condicionado aos dois pressupostos de interesse coletivo relevante ou de imperativos da segurança nacional⁹.

Não tecerei neste parecer considerações a respeito do regime jurídico de densidade econômica do artigo 175, voltado à prestação de serviços públicos, em que a participação vicária é do setor privado e primacial do setor público, visto que o setor privado apenas poderá atuar sobre as condicionantes legais pertinentes à autorização, concessão e permissão. Não tecerei, posto que é matéria sem interesse para os efeitos do presente parecer. Não cuidarei, também, das relações decorrentes dos imperativos da segurança nacional, posto que matéria alheia às questões apresentadas¹⁰.

Cuidarei apenas dos aspectos pertinentes à intervenção econômica concorrencial, decorrente do relevante interesse coletivo.

8 Está o artigo 170 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 de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

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

10 O artigo 175 tem a seguinte dicação: "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. a política tarifária; IV. a obrigação de manter serviço adequado".

Pela análise do artigo 173, já atrás transcrito, apenas nas duas hipóteses e sob o regime nítido da iniciativa privada, isto é, *sem privilégios de quaisquer espécies*, pode o Poder Público explorar a atividade econômica.

O ingresso, todavia, do Poder Público na exploração da atividade econômica, que é própria da iniciativa privada, não pode ser realizado para afastá-la, eliminá-la, destruí-la, a título da falsa noção de que o Poder Público possuiria maior credibilidade, como empresário, que a sociedade.

Por esta razão, houve por bem o legislador supremo limitar a presença do Estado e condicionar as situações em que o Poder Público deve incentivar a atuação empresarial e o desenvolvimento nacional, visto que subordinado está ao § 4º do artigo 173 assim redigido:

“A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”¹¹.

Em outras palavras, o interesse coletivo não poderia levar o Poder Público ao exercício abusivo de poder econômico, principalmente, se tal exercício viesse prejudicar o próprio interesse coletivo.

Para encerrar esta breve colocação é necessário, portanto, fixar que as relações econômicas em que o Poder Público participe, pelo regime do artigo 173 da C.F., são regidos pelo Direito Privado e pelo Direito Econômico, cabendo ao Estado exercer suas atividades voltadas ao interesse coletivo relevante, subordinando-se às regras pertinentes ao Direito Privado, não podendo

11 Alberto Venâncio relembra a origem das leis de repressão contra o abuso do poder econômico, no início voltadas apenas contra as empresas privadas; “Após analisar o poder econômico como resultante de posse dos meios de produção, acentuava: “Quando esses meios de produção, em certos setores da atividade, são dominados por um indivíduo ou grupos de indivíduos, são dominados por uma empresa ou grupo de empresas, evitando que outros dele também possam dispor, há abuso de poder econômico”.

A respeito dessa expressão, um especialista norte-americano, Corwin Edwards teceu comentários muito interessantes que valem ser transcritos: “Em alguns países, o conceito de ação contrária ao interesse público é definido na frase “abuso do poder econômico”, que resume atitudes desenvolvidas durante vários séculos, pela inter-relação de instituições religiosas, políticas e econômicas. O termo é perfeitamente entendido por aqueles que com ele se familiarizaram, embora não tenha sentido para um observador norte-americano”.

E desenvolvendo essa observação, de um ponto de vista histórico: “Antes da reforma, a atitude da Igreja era de não desafiar a existência do poder econômico temporal, nem preocupar-se com a sua concentração, mas aceitando as hierarquias do poder, insistir para que tal fosse moralizado e se tornasse religioso. Toda a conquista de poder trazia uma correspondente conquista de deveres. O fracasso em assumir seus deveres instituíra uma conduta imoral e irreligiosa. Essa concepção é claramente uma precursora do conceito legal atual do abuso do poder econômico, o qual sobreviveu à Reforma, não-somente nos países católicos, mas também naqueles países nos quais o protestantismo adotou a concepção de que as atividades comerciais privadas têm deveres morais correspondentes à sua autoridade” (*Caderno de Direito Econômico* 3, Ed. CEEU/COAD, p. 10).

exercitar abusivamente seu poder econômico, nem podendo afetar tal relevante interesse, a fim de obter lucros excessivos ou lucros à custa de prejuízos daqueles que atuam para o atendimento de tais superiores objetivos¹².

Passo, agora, a examinar um segundo aspecto preambular, que diz respeito ao interesse público relevante, qual seja, o atendimento do *deficit habitacional*, representado pela inexistência de moradias populares¹³.

Parte substancial de recursos para o programa do “resgate social” do povo brasileiro, a que se refere a Constituição Federal, nos artigos 1º inciso III, 3º inciso III e 170 inciso VII da Constituição Federal, assim redigidos:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

12 Na exposição de motivos do Anteprojeto da Ordem Econômica que a CECAM (Comissão de Estudos Constitucionais e Assessoramento Municipal) da Prefeitura de São Paulo, presidida por mim e composta pelos juristas Cássio de Mesquita Barros Jr., Celso Seixas Ribeiro Bastos, Cláudio Antonio Mesquita Pereira, Hamilton Dias de Souza, Hely Lopes Meirelles, levou à Constituinte, leia-se: “É, todavia, no concernente à dualidade de iniciativa econômica que o anteprojeto avança para definir a tríplice forma de intervenção estatal (concorrencial, monopolística e regulamentar), limitando-se às distorções do mercado, sem permitir que a presença desmesurada do Estado-Empresário termine por afetar a totalidade da vida política, social, econômica e jurídica da nação, com problemas que o passado recente tem demonstrado não serem de fácil solução.

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

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

Há, portanto, no anteprojeto apresentado, sensível evolução para esta realidade econômica, que é perseguida por economias capitalistas e socialistas” (*Rotário para uma Constituição*, vol. I, Forense, 1987, p. 111/112).

13 José Afonso da Silva explicita o pensamento Constituinte, dizendo que: “A Constituição suplanta a tendência para entender os direitos individuais como contrapostos aos direitos sociais, que as constituições anteriores, de certo modo, justificavam, o que resultava da persistência da visão individualista e liberalista dos direitos individuais. Tratava-se de deformação de perspectiva, pois só o fato de estabelecer-se um rol de direitos econômicos, sociais e culturais já importava, necessariamente, em conferir-se conteúdo novo àquele conjunto de direitos chamados liberais.

A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles e os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 164).

... III. a dignidade da pessoa humana”

“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

... III. erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”¹⁴,

“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, observando os seguintes princípios:

... VII. redução das desigualdades regionais e sociais”¹⁵.

foram destinados ao setor da habitação. O homem necessita de um lugar estável para morar. A ironia de Anatole France sobre a igualdade aplica-se, por inteiro, ao desconforto que é gerado pelo fato de as pessoas que não têm teto, não gozarem, de rigor, de cidadania ou da dignidade mínima que o ser humano deve merecer da sociedade e do Estado. Quando dizia ele que o princípio da igualdade permite que tanto os ricos quanto os pobres possam viver embaixo das pontes, procura mostrar que a igualdade formal constitui-se em pa-

14 Pinto Ferreira, ao comentar o dispositivo escreve: “A pobreza é uma característica do Terceiro Mundo, expressão largamente usada para designar os países subdesenvolvidos. A pobreza é comum na América Latina, com todas as suas conseqüências. A estratificação da pobreza pode ser feita em três segmentos: pobreza, indigência e miséria. No Brasil, aproximadamente 75% da população economicamente ativa (PEA) feminina e 44% da masculina são formados de indigentes e miseráveis e em condições sem igual e sem comparação com a maioria das regiões do mundo.

Atualmente a população brasileira atinge a casa de cento e trinta e cinco milhões, com taxa anual de crescimento de 2,5% na década de 70. Quase a metade dessa população (44,7% em 1983) mora na Região Sudeste, com 11% da área do país, enquanto o Norte com 42% da área total tem apenas 2,8% da população. O Nordeste possui 29,7% da população e 18% de superfície. O Centro-oeste ocupa 22% da área geográfica e possui 6,7% do total da população e o Sul abrange 7% do território e 15,9% da população. Trata-se de estimativa relativa ao ano de 1983” (*Comentários à Constituição Brasileira*, 1º volume, Saraiva, 1989, p. 46/47).

15 Celso Bastos ensina: “1. Este inciso retoma uma idéia subjacente em outros pontos do capítulo da ordem econômica, qual seja a de que a economia não pode ser posta a serviço tão-somente de um desenvolvimento obtido a qualquer preço, isto é, com o sacrifício inclusive de uma justa retribuição dos benefícios desse processo.

2. Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa com muita argúcia que é preciso sublinhar, porém, que o desenvolvimento não é o fim em si, mas um simples meio para o bem-estar geral. Dessa forma, tem ele de ser razoavelmente dosado para que não sejam impostos a alguns, ou mesmo a toda uma geração, sacrifícios sobre-humanos, cujo resultado somente beneficiará as gerações futuras, ou que só servirão para a ostentação de potência do Estado (cf. *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva).

Vê-se assim que o desenvolvimento há de ser devidamente compartilhado por todos. O nosso país apresenta problemas de desequilibradas acentuadas de rendas em dois níveis diferentes: no regional e no social. Cada um deles deverá ser objeto de políticas adequadas” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 7º vol., Saraiva, 1990, p. 32).

tética injustiça, pois não valoriza os fracos, nem protege os socialmente insuficientes¹⁶.

A fim de evitar que tal dramática e olímpica maneira de interpretar-se a isonomia jurídica seja uma realidade no país, já em 21 de agosto de 1964, a lei 4.380 declarava, em seus dois primeiros artigos o seguinte:

“Art. 1º. O governo federal, através do ministro do Planejamento, formulará a política nacional de habitação e de planejamento territorial, *coordenando a ação dos órgãos públicos e orientando a iniciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda.*

Art. 2º. O governo federal intervirá no setor habitacional por intermédio: I. do Banco Nacional da Habitação; II. do Serviço Federal de Habitação e Urbanismo; III. das Caixas Econômicas Federais, IPASE, das Caixas Militares, dos órgãos federais de desenvolvimento regional e das sociedades de economia mista” (grifos meus)

Não só a priorização da política habitacional tornava-se realidade, como mais do que isto, assumia o governo, através de suas instituições financeiras, o papel de promotor de tal política, passando a ser o setor privado setor vicário, acessório, acólito do governmental. Esta intervenção regulatória e concorrencial de objetivos — já existentes no Direito anterior — no Direito atual tornou-se mais clara, inequívoca e cristalina¹⁷.

16 Walter Ceneviva esclarece: “O ideal ético da igualdade rigorosa de todos, ainda que só perante a lei, se encontra repetido em Constituições de ditaduras e de democracias. Nesse nível, seu significado é formal, tem um objetivo idealístico não realizável no plano dos homens e das mulheres, pois dá garantia à parte dominante da sociedade.

Na aplicação específica para situações concretas (p. ex.: relações funcionais), é constantemente invocado e orienta a exegese dos aplicadores da lei.

Toda pessoa natural é preservada, pelo Estado e pelo conjunto da sociedade, no direito à vida digna, com liberdade própria ajustada a de todos os demais; com segurança, tanto no sentido de ser livre de perigos, quanto no de ser provida de certeza de exercício da cidadania, dentro da lei; com a propriedade de bens de aquisição legítima cujo destino satisfaça o aproveitamento individual, sem prejuízo das funções sociais que a Constituição lhe destina.

Os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º) têm indissolúvel intimidade com os direitos sociais (art. 6º), estes envoltos de educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados” (*Direito Constitucional Brasileiro*, Saraiva, 1989, p. 48).

17 O artigo 160 da E. C. nº 1/69 tinha a seguinte dicção: “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. *harmonia e 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*” (grifos meus).

Com efeito, o discurso legislativo é escorrido ao dizer que o governo

''orientará a iniciativa privada'',

discurso que se completa com o artigo 3.º que informa, meridianamente:

''Os órgãos federais enumerados no artigo anterior exercerão de preferência atividades de coordenação, orientação e assistência técnica e financeira, ficando reservados ...'' (grifos meus).

Não há, pois, como entender que o papel da iniciativa privada é um papel mais relevante que o do Poder Público, neste caso o único responsável pela política habitacional e pela forma como deveria ser — e foi — implementada no país.

Com a Lei 5.764/71, que conformou, de forma definitiva, a política nacional de cooperativismo, ao formular o regime jurídico das sociedades cooperativas, à evidência, procedeu o governo desta forma, objetivando facilitar, por meio dessas sociedades, a aceleração do processo de desenvolvimento, em que a habitação popular merecia tratamento preferencial¹⁸.

A própria extinção do BNH, com assunção de suas funções pela Caixa Econômica Federal, está bem a demonstrar que a extinção do órgão não acarretou a extinção do programa, que passou a ser viabilizado pela instituição financeira do governo federal.

O certo é que a política habitacional, principalmente, a de caráter popular, transformou-se, desde 1964, em matéria de planejamento macroeconômico, com o governo se utilizando da faculdade de intervenção regulatória e concorrencial, à luz do interesse público relevante e coletivo. E a participação do setor privado, vicariamente, subordinou-se às linhas mestras, orienta-

¹⁸ Os artigos 1.º e 2.º da lei referida estão assim redigidos: ''Art. 1.º. Compreende-se como Política Nacional de Cooperativismo a atividade decorrente das iniciativas ligadas ao sistema cooperativo, originárias de setor público ou privado, isoladas ou coordenadas entre si, desde que reconhecido seu interesse público.

Art. 2.º. *As atribuições do governo federal na coordenação e no estímulo às atividades de cooperativismo no território nacional serão exercidas na forma desta lei e das normas que surgirem em sua decorrência.*

§ único. *A ação do Poder Público se exercerá, principalmente, mediante prestação de assistência técnica e de incentivos financeiros e creditórios especiais, necessários à criação, desenvolvimento e integração das entidades cooperativas''* (grifos meus).

ção, objetivos e recursos para o desenvolvimento do setor, formulados e postos à disposição pelo Poder Público¹⁹.

Dentro desta linha de raciocínio, percebe-se com clareza, que as relações econômicas entre os diversos participantes da política nacional de habitação, são, preferencialmente, de Direito Econômico, sendo os princípios de Direito Privado acessórios e aplicáveis, se coincidentes com as do Direito Econômico, ramo jurídico a reger tal setor, até por força de ser aquele que disciplina, juridicamente, a macroeconomia.

Nesta linha, a função da Caixa Econômica Federal não é só de orientadora da política habitacional, mas de viabilizadora do sistema, tendo uma função que transcende de muito a singela atuação no mercado financeiro. Em outras palavras, a Caixa Econômica Federal, por força dos diplomas ordinários e dos princípios constitucionais retrocitados, tornou-se uma *longa manus* da política “macroeconômica governamental” e não apenas singela operadora no mercado financeiro²⁰.

19 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao comentar o Direito anterior escreve: “Desenvolvimento Nacional. A Emenda nº 1, de 1969, erigiu como uma das metas da ordem econômica e social o propiciar o desenvolvimento econômico. No texto primitivo, promulgado em 1967, o desenvolvimento econômico era previsto, no item V do art. 157, como um dos instrumentos para a realização da justiça social. Esta, sim, era a meta da ordem econômica e social, segundo se estabelecia no *caput* do art. 157 da citada redação primitiva.

Indubitavelmente, em países como o Brasil, em que grande parte da população ainda vive na pobreza, senão na miséria, é imperiosa a luta em prol do desenvolvimento econômico. Este é, na verdade, condição da justiça social, já que não é possível assegurar a todo o povo uma vida digna se a produção nacional não atingiu grau elevado. Cumpre sublinhar, todavia, que o desenvolvimento não é um fim em si, mas um simples meio para o bem-estar geral. Dessa forma, tem ele de ser razoavelmente dosado para que não sejam impostos a alguns, ou mesmo a toda uma geração, sacrifícios sobre-humanos, cujos resultados somente beneficiarão gerações futuras ou somente servirão para a ostentação de potência do Estado.

Justiça Social. Na redação primitiva, como se viu acima, a justiça social era a meta por excelência da ordem econômica e social. É ela, hoje, uma das metas, partilhando essa qualidade com o desenvolvimento econômico. Indubitavelmente, porém, a justiça social sobreleva o desenvolvimento econômico, que é um simples instrumento para a sua realização” (*Comentários à Constituição Brasileira*, 6ª ed., Saraiva, 1986, p. 656).

20 O artigo 1º e § 1º do D. L. 2.291/86 têm a seguinte dicção: “Decreto-Lei nº 2.291, de 21 de novembro de 1986.

Art. 1º - É extinto o Banco Nacional da Habitação - BNH, empresa pública de que trata a Lei nº 5.762, de 14 de dezembro de 1971, por incorporação à Caixa Econômica Federal - CEF.

§ 1º - A CEF sucede ao BNH em todos os seus direitos e obrigações, inclusive:

a) na administração, a partir da data de publicação deste Decreto-Lei do ativo e passivo do pessoal e dos bens móveis e imóveis;

b) na gestão do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, do Fundo de Assistência Habitacional e do Fundo de apoio à Produção de habitação para a População de Baixa Renda;

c) na coordenação e execução do Plano Nacional de Habitação Popular - PLANHAP e do Plano Nacional de Saneamento Básico - PLANASA, observadas as diretrizes fixadas pelo Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente;

d) nas relações individuais de trabalho, assegurando os direitos adquiridos pelos empregados do BNH e, a seu critério, estabelecendo normas e condições para o aproveitamento deles;

À luz, pois, de uma relação que é fundamentalmente, de Direito Econômico e não apenas de Direito Privado, é que devem ser respondidas as questões suscitadas²¹.

As sociedades cooperativas, as quais a consulente serve, firmam contratos, em que obtêm financiamento oficial, ofertando como garantia, em primeira e especial hipoteca, os próprios imóveis adquiridos, assim como as benfeitorias.

A nitidez, sendo a consulente mera instrumentalizadora da política governamental de habitação entre a CEF — a efetiva orientadora de tal política — e as sociedades cooperativas que a executam, as garantias de oferta dos próprios imóveis são mais que suficientes para o objetivo pretendido, posto que o dinheiro, recebido da CEF, apenas para tais imóveis é utilizado. Em outras palavras, empresta a CEF às cooperativas recursos que a consulente se utiliza para que se concretize a política governamental, sendo que a melhor garantia — e única que no plano moral e legal pode existir — necessariamente é a dos próprios imóveis, posto que os recursos emprestados são neles aplicados para que o programa habitacional se torne viável.

Pedir mais do que isto é desvestir-se, a CEF, da figura de órgão promotor da política habitacional, para se transformar em órgão desestabilizador de tal política, sempre que sua política fracasse, frustrando objetivos e desentendendo setores a ingressar em tal setor. Mais do que isto, se a política governamental termina por gerar elementos conjunturais capazes de inviabilizar o desenvolvimento do setor, pedir mais do que as forças do próprio imóvel,

e) nas operações de créditos externos contraídos pelo BNH, com a garantia do Tesouro Nacional, cabendo à CEF e à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional promover as medidas necessárias à celebração de aditivos aos instrumentos contratuais pertinentes”.

21 Edvaldo Pereira de Brito escreve: “O Estado, nas suas origens, caracterizava-se por uma ação exclusivamente política. De referência à ordem econômica, era passivo, era o Estado contemplativo. Passou a ser um Estado intervencionista, quando foi requisitado a envolver-se na vida econômica que se manifesta pelas trocas de produtos, de serviços e de moeda que têm por finalidade a satisfação das necessidades materiais do homem. Àquele primeiro chamamos de liberal, do *laissez faire et laissez passer*. A este de agora, intervencionista, é o Estado social, do bem-estar social, o *welfare state*; o Estado de urbanização crescente, de massas, do contrato de adesão, do contrato coativo; o Estado ativista, empresários, de prestações; o Estado dos direitos sociais, dos direitos econômicos. Estado que não se conforma em ver a cena privada desenvolver-se sem que ele dela participe. Estado condenado pelos Friedmans e olhado com desconfiança por Mises. Mas, de qualquer sorte, o Estado do mundo contemporâneo, enfim, o Estado moderno, modelo de poder em todas as partes do mundo.

Sua atuação pode ser resumida em três situações: atividade de coação; de estímulo ou persuasão; e de prestação. É nessa última atividade administrativa que o Estado participa da atividade econômica e, por isso, denominado de Estado ativista ou, em linguagem de Orlando Gomes, o Estado de massas. Aqui ele concorre com o particular no atendimento de necessidades” (*A Constituição Brasileira 1988 - Interpretações*, 2ª ed., Forense Univers. 1990, p. 394).

é decididamente produzir prejuízos que acabam por beneficiar os responsáveis pelo fracasso e prejudicar aqueles que, sem campo de ação, no governo acreditam²².

Deve-se lembrar que os contratos firmados com a Caixa Econômica Federal têm por objetivo a construção de imóveis para o povo, destinatário final da política social do Estado. Ocorre, todavia, que o povo foi drasticamente atingido por equivocada política do acionista controlador da Caixa Econômica Federal, que reduziu seu tamanho econômico (queda de aproximadamente 7% do PIB no ano de 1990). À evidência, a negociação dos imóveis produzidos para atendimento da política governamental tornou-se mais difícil, a partir do Plano Collor I, não podendo a CEF pretender atribuir à consulente ou outras empresas do setor a responsabilidade — que é exclusiva sua e de seu acionista controlador — pela crise econômica do país, gerada por erro de avaliação de uma jovem equipe ministerial já afastada, exatamente por força de suas promessas não cumpridas e de seus inequívocos insucessos²³.

22 Carlos Maximiliano ensina: *Nemo creditur turpitudinem suam allegans* (ninguém alcança acolhida alegando a própria torpeza). *Nemo de improbitate sua consequitur actionem* (ninguém consegue ação vitoriosa graças à improbidade sua). *Butera (simulazione, p. 245)*, *Ferrara (Simulação, tradução portuguesa, p. 377)* e Demogue (*Obligations, vol. I, n.º 169*) põem restrições a este apotegma, que é apoiado pelo art. 104 do Código Civil Brasileiro'' (grifos meus) (*Hermenêutica e Aplicação do Direito, 9.ª ed., Forense, 1979, p. 261*).

23 Em 9 de maio de 1990 escrevi: "De início, parece-me que o Plano, à luz do Direito Econômico e da economia, deve vencer alguns desafios que não são pequenos, a saber:

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

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

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

d) eliminação de mecanismos policialescos de controle de preços, cuja desnecessidade é evidente, à luz de um combate à inflação, pela técnica de redução da expansão monetária e cujos impactos psicológicos são negativos, na medida em que mantém uma permanente sensação de que vale mais a pena comprar agora do que esperar por amanhã, visto que o congelamento um dia acabará, com o retorno da alta dos preços. Nem os fornecedores baixam substancialmente os preços, com receio de um congelamento posterior, nem o consumidor deixa de comprar, em tendo recursos, porque teme o oposto (alta) no futuro. Pior é a eliminação do congelamento para alguns produtos e não para

A cláusula adicional de responsabilidade exigida da consulente para garantia suplementar, sem benefício de ordem, que a faz responder pela dívida total de empreendimentos, que deveriam ser estimulados pelo governo, não só é inadmissível, como imoral, sobre ferir os princípios que regem a intervenção do Poder Público no mercado²⁴.

As cooperativas constroem, através de empresas como a consulente, sendo estas meras realizadoras de obras. As companhias recebem os recursos da CEF, que age como viabilizadora da política nacional de habitação, e ofertam-lhe os imóveis construídos em garantia. As construtoras não podem e não devem ser chamadas a responder, solidariamente, por algo que foge à sua intervenção no mercado, qual seja, a de meramente construir as unidades habitacionais²⁵.

Em outras palavras, a consulente não pode ser parte no contrato como interveniente fiadora para suprir as eventuais falhas de um programa habitacional, cuja única responsabilidade pertence à CEF e a seu acionista controlador.

A cláusula do contrato em questão, sobre ser leonina, objetiva tornar irresponsável a CEF, que ao formular a política habitacional declara que se tal

outros, que sofrem a pressão ao aumento de custo, face à liberação dos preços dos insumos utilizados em sua fabricação” (PLANO COLLOR - Avaliações e Perspectivas, ob. cit., p. 12/13/14). À evidência, o Plano não venceu nenhum dos desafios acima, na área econômica.

24 Transcrevo o pronunciamento do presidente Collor, em sua campanha, de respeito à ética pública e ao Direito: *Nosso objetivo paralelo à recuperação da confiança na moeda será o de estimular a competição, ampliar o mercado interno e melhorar, significativamente, o poder aquisitivo da população brasileira. Este compromisso passa obrigatoriamente pelo saneamento financeiro do Estado. Passa pelo equacionamento da dívida externa, pelo resgate dos compromissos relativos à dívida interna e pela associação com investidores para a construção da prosperidade, tarefa em que estaremos permanentemente empenhados*. (...) *Ressalvadas as exceções constitucionais, a que devotarei estrito e escrupuloso respeito, como é de meu dever, não permitirei que o Estado faça nada do que, com mais eficiência, possa ser feito pela iniciativa privada. O papel da livre iniciativa, portanto, será essencial para a democratização da Economia que deve, necessariamente, seguir-se à redemocratização política.*

O empresariado responsável deste país precisa de regras estáveis na economia e exige racionalidade nas decisões de política econômica. Precisa também readquirir a confiança, requisito indispensável para a retomada dos investimentos” (grifos meus) (O Plano Brasil Novo e a Constituição, Ed. Forense Univ., p. 109/110).

25 Paulo Carneiro Maia ensina: “Estabelecido este critério, precisou o próprio LARENZ que a falta de base do negócio subjetiva tem maior importância prática quando a errônea representação de ambos os contratantes se refere, não a uma qualidade do objeto, mas a outra circunstância fundamental para a vontade das partes, especialmente a base de cálculo aceita por ambas. Nesta ordem de idéias, concituada a base do negócio subjetiva, não é suficiente que a representação ou esperança tenha determinado, de modo decisivo, a vontade de uma das partes, mesmo quando a outra parte tivesse tido notícia disto. Não se esperar futura transformação das circunstâncias não equivale à positiva esperança na persistência de determinadas circunstâncias. *A representação ou expectativa, ademais, deve ter sido decisiva para ambas as partes no sentido de que ambas — supondo-se procedimento leal — não teriam concluído o contrato, ou não o teriam concluído tal como o concluíram, se tivessem conhecido sua inexatidão. Se falta ou desaparece a base do negócio subjetiva, o contrato ou a disposição contratual respectiva, via de regra, torna-se ineficaz*” (grifos meus) (Da Cláusula - *rebus sic stantibus*, Saraiva, 1959, p. 185).

política fracassar, por culpa sua e de seu acionista controlador, quem deve pagar pelo fracasso é aquele que pelo fracasso não teve culpa²⁶.

É princípio cediço em Direito que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. O artigo 104 do Código Civil já o definiu. E, no caso concreto, à evidência, o princípio da *pacta sun servanda* não pode prevalecer sobre condições inevitáveis, imprevisíveis e irreversíveis que ocorreram por força de desastroso plano de estabilização econômica lançado pelo acionista controlador da CEF, que terminou por desestabilizar por inteiro a Economia²⁷.

Parece-me, pois, que a matéria deva ser recolocada em seus exatos termos jurídicos, a saber:

1) a relação mencionada é de Direito Econômico, pois vinculada à política macroeconômica do governo para o setor habitacional;

2) a CEF não é singela instituição financeira, mas a própria aplicadora de política macroeconômica do governo;

3) as garantias para o empréstimo ofertadas são mais do que suficientes para a CEF, visto que se constituem nos próprios imóveis para os quais foi destinado;

26 José Cretella Jr. ensina: "Leonino: Do adjetivo latino *leoninu* (m), relativo a leão, *leonis* (leão), diz respeito a contrato ou negócio, no qual, com prejuízo de uma das partes, a(s) outra(s) se beneficia(m), contrariando o princípio de equipolência ou proporção, que informa os pactos e os negócios. Ilustrase o ajuste leonino com a conhecida fábula do escritor e poeta latino Pedro (A vaca, a cabra e a ovelha, em sociedade com o leão): *Nunquam est fidelis cum potenti societas*.

Denomina-se leonino o "contrato de sociedade que estabelece vantagens desproporcionais a favor de um dos sócios, em detrimento dos demais", quando, pela regra, direitos e obrigações dos sócios devem ser partilhados de modo proporcional, observadas as proporções da conta com que cada um entrou para a constituição do capital social. Assim, sempre que se estabelecer uma convenção com encargos excessivos para um dos contratantes e com maiores vantagens para o outro, ficando este último liberado de certos ônus ou de obrigações pactuadas no ajuste, o contrato é leonino, pois o favorecido "fica com parte do leão", a que alude a fábula mencionada" (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, nº 49, Saraiva, 1977, p. 211).

27 J. M. Othon ensina: "Cunha Gonçalves confunde caso fortuito, ou força maior, com imprevisão, e no lamentável erro tendem a incidir todos os 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, de 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 contribuiram".

Na teoria revisionista não há ausência de participação do obrigado, porque a impossibilidade de executar é resultante de circunstância de que ele participa, e não resultante de um fenômeno de 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 contra-prestação, nunca resultante de um acordo de vontades no ato de contratar" (*A Revisão Judicial dos Contratos*, 2ª ed., Ed. Forense, 1984, p. 107).

4) a consulente é mera construtora, sendo que as cooperativas é que viabilizam o programa governamental, a partir de determinações da CEF;

5) as unidades habitacionais não comercializadas não o foram por força de desastrosa política econômica que criou inútil recessão, reduziu o tamanho do país em nível econômico, sem eliminar a inflação, por erro do acionista controlador da CEF²⁸.

6) em decorrência, não é responsabilizável, a consulente, sob a alegação de que seu contrato rege-se pelo princípio da *pacta sunt servanda* do Direito Privado, quando são típicas relações de Direito Econômico, sendo que a alteração da equação jurídica, permitiria que a CEF se beneficiasse da própria torpeza (mal-sucedida política econômica da CEF e do acionista controlador da CEF), locupletando-se, o governo, pelo fracasso de um programa que deveria promover;

7) não só a teoria da imprevisão aplica-se à matéria, como me parece que os prejuízos eventuais que venha a consulente a ter, em relação à pretendida execução de cláusula leonina, poderão levá-la à responsabilização do Estado e do próprio controlador da CEF, que, no caso, age, não como instituição financeira, mas como promotora da política habitacional do governo federal²⁹.

28 Escrevi: "E o Direito moderno, a partir da cláusula *rebus sic stantibus* foi evoluindo para a denominada "teoria da imprevisão", pela qual todos os contratos atingidos, em sua essência, por fatos inevitáveis e imprevisíveis, devem ser reequilibrados por acordo entre as partes ou por intervenção judicial, para que seus termos não provoquem prejuízos injustificados ou benefícios imerecidos aos contratantes.

Tal teoria não se assemelha àquela do Direito anglo-saxão, denominada *wind fall gains*, cujo perfil amoldou-se ao Direito Tributário, legitimando uma participação maior do Erário em lucros recebidos pelas empresas por fatos para cuja ocorrência não tenham contribuído, mas dela tenham auferido benefícios. A elevação do imposto sobre a renda de alguns Estados produtores de petróleo nos Estados Unidos, na década de 70, decorreu da aplicação da referida teoria, em face do benefício que as empresas de petróleo passaram a ter a partir do aumento exagerado do preço do produto, no mercado mundial, por fatos políticos alheios à sua administração e planejamento.

Pela teoria da imprevisão, quaisquer fatores inevitáveis e imprevisíveis capazes de influenciar a substância do contrato, alterando-lhe a densidade e desequilibrando ou inadequando a sua adimplência, seriam suficientes para que se restabelecesse o equilíbrio, pelo acordo entre as partes ou por intervenção judicial.

E, por esta teoria, à evidência, a elasticidade dos fatores capazes de provocar o desequilíbrio tornou-se ilimitada, em face de ter origem na inevitabilidade, na imprevisibilidade e na influência de seus efeitos sobre o contrato" (*O Plano Brasil Novo e a Constituição*, Ed. Forense Univer., 1990, p. 105/106)

29 *Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur* (fórmula romana).

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

L'imprévision consiste donc dans le déséquilibre des prestations réciproques qui vient à se produire, dans

8) o § 6.º do artigo 37 da Constituição Federal assim redigido:

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

é claro em considerar ser objetiva a responsabilidade do Estado nos prejuízos impostos aos cidadãos, razão pela qual pretender que a consulente pague à CEF pelo fracasso da política habitacional gerado pela própria CEF e não aceitar, como suficientes, as garantias dos imóveis construídos para atender aquela política, é, efetivamente, produzir lesões que devem ser ressarcidas, com responsabilização do próprio controlador da CEF, que terminou por provocá-las, no caso, por culpa evidente³⁰.

Em face do exposto, passo a responder, de forma sucinta, as questões que me foram propostas:

1) Entendo que a CEF está suficientemente garantida pelas unidades habitacionais para as quais foram destinados os empréstimos.

2) A consulente não está sujeita à cláusula adicional de responsabilidade, por ser leonina, aética e pretender beneficiar a própria torpeza do fracasso governamental em matéria de política habitacional. Deve ser, pois, afastada por força da teoria da imprevisão, sobre, se exigida, submeterem-se, as autoridades gestoras, à responsabilização administrativa, nos termos do artigo 37 § 6.º da Constituição Federal.

S.M.J.

São Paulo, 3 de outubro de 1991

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

Altro requisito per la risoluzione è che l'eccessiva onerosità, conseguente alla nuova situazione, superi i limiti di incidenza della normale incertezza che ciascun contraente deve affrontare circa i vantaggi e gli oneri dell'atto. La risoluzione ha effetto relativamente alle sole prestazioni troppo onerose ancora da eseguire (Alberto Trabucchi, Istituzioni di Diritto Civile, CEDAM, Padova, 17a. ed., 2968, pg. 727/728).

30 Lê-se, na Col. XIV § 48 do Código de Hammurabi, disposição sobre a imprevisibilidade e inevitabilidade: “Col. XIV § 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” (Código de Hammurabi, Ed. Nacional, Madrid, 1982, p. 97).

ATUAÇÃO DE EMPRESA NACIONAL NO IRAQUE POR
ACORDO E INTERESSE DO ESTADO BRASILEIRO —
FINANCIAMENTO DE BANCO CONTROLADO PELO GOVERNO
FEDERAL SATISFEITO COM A CESSÃO DE CRÉDITOS DA
EMPRESA JUNTO AO PAÍS ESTRANGEIRO, QUE NÃO FORAM
SALDADOS POR FORÇA DO EMBARGO BRASILEIRO À
MANUTENÇÃO DE RELAÇÕES ECONÔMICAS COM AQUELA
NAÇÃO DO PRÓXIMO ORIENTE — RESPONSABILIDADE
EXCLUSIVA DO ESTADO BRASILEIRO JUNTO A SEU BANCO
PELOS CRÉDITOS NÃO SALDADOS — PARECER.

CONSULTA

A Construtora Consulente formula-me a seguinte consulta:

“1. Atendendo à conveniência do governo brasileiro no seu relacionamento comercial (vide anexo 1, doc. 1.1.1.2), e após longas negociações com o governo do Iraque, foi celebrado em 1.10.78 contrato entre Agência do governo iraquiano, e Consórcio brasileiro para a construção de ferrovia Baghdad — Al Qaim — Akashat.

Em setembro de 1980 eclodiu a guerra Irã-Iraque, impondo à uma das empresas do Consórcio enormes sobrecustos. Em consequência, apresentou ao cliente iraquiano a quantificação — *claim de guerra* — totalmente fundamentado nas cláusulas do contrato.

2. Em 1981, também após concorrência internacional, e com apoio do governo brasileiro em negociações diretas com o governo iraquiano, foi firmado o Contrato R10/1976, entre empresa iraquiana e o Consórcio, para a execução das obras do trecho nº 10 da Iraque Expressway nº 1.

Desde o início dos trabalhos a empresa consorciada arcou com numerosos sobrecustos devidos a causas diversas (paralisação das obras por falta de combustível, modificações de projetos, serviços extraordinários solicitados pelo

órgão contratante etc).

As dificuldades se agravaram em 1982, quando a SORB informou a impossibilidade de efetuar qualquer pagamento, a menos que se equacionasse um financiamento externo. Após gestões entre os dois governos, um financiamento foi concedido pelo Banco Brasil-CACEX à empresa iraquiana.

3. Em 1983, a empresa brasileira, ainda com base em estipulações contratuais, quantificou os sobrecustos incorridos até aquela data e os apresentou à empresa iraquiana, solicitando reembolso (foi o chamado “Primeiro Claim da Expressway”).

4. A partir de setembro 1982, o governo brasileiro, nas sucessivas reuniões da Comissão Mista Brasil-Iraque, passou a negociar, com as autoridades governamentais iraquianas, um acordo para o “Claim de Guerra” da Ferrovia, e para o “Primeiro Claim da Expressway”.

Em 11.1.84 foi firmado um acordo para a quitação do “Primeiro Claim da Expressway” (anexo 2, doc. 2.1) e em 15.4.84 foi celebrado um acordo de indenização de guerra (anexo 2, doc. 2.2) entre os representantes dos dois governos, em atenção ao “Claim de Guerra”, prevendo, entre outras compensações, a adjudicação à empresa brasileira de três novos contratos de obras no Iraque.

Após concorrência internacional e negociação entre os dois governos, foi assinado em 1984 contrato entre empresa iraquiana e o Consórcio brasileiro para a execução das obras do Main Outfall Drain-Sifão.

Mais uma vez (e após negociações entre os dois governos) o Banco do Brasil — CACEX concedeu financiamento para os bens e serviços.

Esta obra foi a primeira das três novas obras referidas no acordo de indenização de 15.4.84. As outras duas não foram adjudicadas.

5. O agravamento contínuo da situação financeira do Iraque refletiu-se sensivelmente nas obras a cargo da empresa brasileira.

Apesar disto, a Ferrovia Baghdad — Al Qaim — Akashat foi concluída e formalmente recebida pelo governo iraquiano em setembro de 1987. Surgiu, entretanto, desentendimento relativo no acerto final das contas do contrato, o que levou a empresa brasileira a apresentar pedido de arbitragem junto à ICC-International Chamber of Commerce (Paris). Em 14.2.90 o banco solicitou à ICC a suspensão do processo de arbitragem (anexo 2, doc. 2.3) pelo fato de terem os dois governos iniciado negociações diretas visando um acordo que permitisse o acerto final de contas, na qualidade de cessionário dos créditos da empresa brasileira.

A execução das obras do Sifão e da Expressway prosseguiu normalmente,

esta última quase concluída, em condições de ser recebida pelo cliente, enquanto pesados sobrecustos e enormes encargos eram acumulados pela empresa brasileira, os quais foram quantificados e apresentados ao governo do Iraque, sem que tenham sido reembolsados.

6. Em 1986 o passivo da empresa brasileira junto ao Banco do Brasil S.A, era da ordem de US\$ 250 milhões, sendo 80 milhões relativos a um financiamento de capital de giro feito pelo BB Grand Cayman e 170 milhões relativos a um financiamento a exportação concedido pelo BB — CACEX, ambos com seguro de crédito do IRB.

Para a consolidação desse passivo, foi montada por subsidiária do Banco do Brasil S.A, uma operação de *Sale and Lease Back* (anexo 3, doc. 3.1 e 3.2), que não significou o desembolso de qualquer valor adicional para a empresa brasileira. A totalidade dos recursos destinou-se ao pagamento do passivo acima mencionado.

Essa operação atendia aos interesses do Banco do Brasil S.A, do IRB e da empresa brasileira, pois passava o Banco a contar com garantias adicionais, desobrigava a seguradora de honrar imediatamente as apólices de seguro, hipótese que se transformava em realidade visto a inadimplência dos clientes iraquianos, e dava à empresa brasileira a oportunidade de produzir os recursos para a liquidação de seu passivo.

7. Em janeiro de 1988, após consultas ao governo brasileiro, e respaldado em disposições contratuais, o Consórcio brasileiro interrompeu as obras no Iraque, em conseqüência de não haver o governo daquele país efetuado os pagamentos dos débitos já vencidos.

Dois circunstâncias são de notar: a primeira foi o fato do governo brasileiro ter cobrado o pagamento nas sucessivas reuniões mantidas com o governo iraquiano; a segunda, ter ficado a pertinência dos créditos plenamente comprovada segundo pareceres solicitados pelo governo brasileiro e emitidos pelos auditores internacionais independentes Arthur Andersen S/C e Thomas Akroyd Consulting Engineers (anexo 4, doc. 4.1 e 4.2).

8. Tendo em vista que o Iraque era nosso maior fornecedor de Petróleo, ao mesmo tempo que se constituía em parceiro comercial privilegiado, o governo brasileiro, decidiu implementar uma estratégia para solucionar as pendências comerciais existentes entre diversos exportadores brasileiros de bens e serviços e as agências governamentais iraquianas.

No tocante à empresa brasileira, equacionou-se uma forma de viabilizar a retomada das obras, com a participação do Ministério das Relações Exteriores, Ministério das Minas e Energia via Petrobrás, e Ministério da Fa-

zenda via Banco do Brasil-CACEX (anexo 5, doc. 5.3).

Em 11.1.89 o Ministério das Relações Exteriores formulou proposta ao ministro do Comércio do Iraque para viabilizar a retomada e conclusão das obras contratadas (anexo 5, doc. 5.1).

A proposta (de 11.1.89) consistia basicamente em que o governo brasileiro, em conjunto com as partes brasileiras envolvidas, proveria as condições necessárias para a retomada e conclusão das obras da empresa brasileira, ao mesmo tempo em que ambos os lados suspenderiam a exigibilidade de suas respectivas reivindicações pelo prazo de um ano.

Após esse período, a Petrobrás, que foi designada como representante do governo brasileiro, (anexo 5, doc. 5.3), iniciaria as negociações, visando o recebimento dos débitos do governo iraquiano.

Em 23.2.89 o ministro do Comércio do Iraque enviou carta ao ministro das Relações Exteriores do Brasil, comunicando a aceitação da proposta brasileira (anexo 5, doc. 5.2).

Posteriormente ambos os governos concordaram em prorrogar o prazo de suspensão de suas respectivas reivindicações e também o prazo para o início das negociações até 21 de setembro de 1990.

Em 27 de julho de 1990 a ministra da Economia aprovou a prorrogação das linhas de crédito CACEX, no valor de US\$ 230 milhões para governo iraquiano, última condição pendente naquela época, para permitir a continuidade da execução das obras da Expressway e do Sifão.

9. Dando seguimento ao compromisso entre os dois governos, garantias suplementares foram concedidas pela empresa brasileira ao Banco do Brasil S.A, através de Contrato de Cessão de Crédito, assinado em 28 de julho de 1989 (anexo 6, doc. 6.1), pelo qual formalizou cessão, ao Banco, dos seus créditos contra o Iraque, cujo montante corresponderia, na época, a US\$ 421.574.422,38.

Os créditos cedidos, dentro da ordem de prioridades, e até seus respectivos montantes, destinar-se-iam a:

a) liquidação junto à BB Leasing Co. Ltd., de compromissos referentes à operação de "Sale and Lease Back";

b) ressarcimento dos valores resultantes de eventual execução, pelas autoridades iraquianas, de garantias emitidas pelo Banco do Brasil para cobertura dos débitos e compromissos da empresa brasileira no Iraque;

c) amortização, junto ao Banco do Brasil, de quantias emprestadas para solução de problemas de liquidez da empresa brasileira, decorrentes de suas operações no Iraque.

Com o objetivo de receber do governo iraquiano os créditos cedidos, ficou a Petrobrás designada representante do governo brasileiro e adicionalmente constituída procuradora do Banco do Brasil.

A cessão de créditos foi subordinada a uma condição resolutiva, em virtude da qual a cessão perderia eficácia, se os iraquianos deixassem de reconhecer a validade dos créditos, e foi marcado o prazo de 18 meses para que se concluíssem as negociações. Tal prazo venceu em 29 de janeiro de 1991, e as negociações não se realizaram em razão do “estado de guerra” superveniente, o que importou em que a condição resolutiva faltou, e não mais poderá implementar-se.

10. Tendo a proposta do governo brasileiro permitido que o governo do Iraque retivesse os recursos de faturas da empresa brasileira aprovadas e não pagas, imprescindíveis à remobilização das obras, em 4.10.89 mediante contrato específico com o Banco do Brasil S.A, Agência Grand Cayman (anexo 7, doc. 7.1 e 7.2), foi adiantada à empresa brasileira a quantia de US\$ 45 milhões, valor equivalente ao retido, para viabilizar a remobilização dos canteiros de obra.

11. A retomada e conclusão das obras somente seriam viabilizadas após a prorrogação das linhas de crédito, aprovadas pela ministra e que seriam liberadas pelo Banco do Brasil S.A. — CACEX.

A retomada e conclusão das obras, permitiria a baixa das garantias prestadas pelo Banco do Brasil S.A. em nome do Tesouro Nacional e o recebimento dos créditos geraria um superávit no contexto das operações da empresa brasileira no Iraque que possibilitaria à referida honrar seu passivo junto ao Banco do Brasil S.A.

12. Em 2.8.1990, num ato de guerra totalmente imprevisto e imprevisível, o Iraque invadiu e em seguida ocupou o Kuwait.

Em conseqüência, o Conselho de Segurança da ONU baixou a Resolução 661, segundo a qual foi decretado o bloqueio econômico-financeiro do Iraque.

O governo brasileiro, pelo Decreto nº 99.441 de 7 de agosto de 1990, aderiu à Resolução do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (anexo 6, doc. 8.1 e 8.2).

13. Pela comunidade internacional, sob a liderança dos Estados Unidos, foi montada enorme operação de guerra contra o Iraque, com o bombardeio ininterrupto e sistemático, quando ainda se aguardava a efetiva liberação das linhas de crédito por parte do Banco do Brasil S.A, encontrando a empresa brasileira em plena operação de mobilização com vistas ao pros-

seguimento da execução das obras.

14. As operações da empresa brasileira sofreram o impacto do bloqueio do Decreto Brasileiro nº 99.441 implementando a Resolução 661 da ONU, e da determinação expressa do governo brasileiro a ela para que retirasse do território iraquiano todo o seu pessoal alocado às obras.

Por tudo isto, e ainda pela falta de financiamento, ficaram materialmente como legalmente inviabilizadas a conclusão das obras e a negociação dos créditos cedidos ao Banco do Brasil, e seu respectivo recebimento.

15. Em 30.10.90 o Banco do Brasil, garantidor das obrigações contraídas pela Mendes, enviou telex (anexo 9, doc. 9.1) ao banco iraquiano garantidor em primeira mão, das obrigações assumidas pela empresa brasileira no Iraque) declarando que, em virtude da Resolução 661 da ONU, e do Decreto 99.441 do governo brasileiro, seus contratos já estavam cancelados e conseqüentemente as garantias a eles vinculadas perderam sua eficácia, o que foi formalmente comunicado à empresa brasileira .

16. Por seu lado, a empresa brasileira notificou ao Banco do Brasil e ao IRB (anexo 9, doc. 9.2 e 9.4) em data oportuna, as conseqüências dos atos iraquianos, entre as quais o cancelamento das garantias e a concorrência de sinistro relativo à operação *Sale and Lease Back*.

17. Recentemente, durante o mês de maio de 1991, Price Waterhouse firma internacional de auditores independentes, após análise dos fatos e dos documentos acima descritos, emitiu pareceres (anexo 10, docs. 10.1, 10.2, 10.3 e 10.4) concluindo que as obrigações referentes às garantias, operação *Sale and Lease Back* e adiantamento de US\$ 45 milhões deveriam ser cancelados a fim de refletir no balanço da empresa brasileira a realidade da desobrigação dos referidos passivos (pareceres em anexo), concluindo-se que:

a) *Garantias Bancárias*: consideram-se as obrigações como cessadas, não cabendo exigir-se qualquer remuneração por prestação das contragarantias.

b) *Lease-Agreement*: a empresa brasileira nada tendo como obrigação junto ao arrendador, deveria reverter as obrigações decorrentes da operação de *Sale & Lease Back*, ao resultado, registrando-o como item extraordinário.

c) *Adiantamento de US\$ 45 milhões*: o Banco do Brasil S.A., não pode exigir da empresa brasileira o pagamento do empréstimo correspondente, o que deve ser divulgado em nota explicativa às demonstrações financeiras.

d) *Cessão de Créditos*: os créditos dela resultantes em favor da empresa brasileira deveriam ser utilizados para compensação de outras obrigações junto ao Banco do Brasil S.A., e eventuais saldos resultantes permaneceriam como crédito perante as mesmas instituições, estabelecendo-se uma provisão

para refletir o valor estimado de realização. Com esta exposição, e o dossiê que a acompanha, a Consulente, formula a seguinte consulta, sob os quesitos abaixo.

1. Os fatos ocorridos no Iraque, o Decreto n.º 99.441 do governo brasileiro, implementando no Brasil, em forma de lei, a Resolução 661 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, e o ato de guerra provocado pelo Iraque — e conseqüente ação da comunidade internacional —, seguido da determinação expressa para que a empresa brasileira procedesse à evacuação de seus empregados alocados às obras, constituem motivo de força maior conduzindo à inequívoca frustração dos contratos de execução de obras contratadas com os organismos iraquianos?

2. A comunicação do Banco do Brasil, via telex, ao Banco iraquiano, conseqüente à frustração dos contratos, no sentido de que as garantias por ele outorgadas, estavam canceladas, importa no cancelamento das obrigações da empresa brasileira referentes àquelas garantias?

3. Configurado o sinistro objeto do contrato de seguro de crédito à exportação, que dava cobertura à operação de *Sale and Lease Back*, cabe ao IRB, na qualidade de segurador, pagar ao Banco do Brasil, de acordo com o pactuado, sem o direito de regresso contra a empresa brasileira?

4. O certificado de seguro referente ao empréstimo de US\$ 45 milhões realizado pelo Banco do Brasil — Agência Grand Cayman, está cobrindo os chamados “Riscos Políticos e Extraordinários” caracterizados no art. 4.º da Lei 4.678, e em especial o n.º VI deste artigo?

5. Sendo o governo brasileiro parte no contrato de Cessão de Créditos da empresa brasileira ao Banco do Brasil, e tendo em vista que, por força do Decreto n.º 99.441 a Petrobrás como representante do governo brasileiro ficou impedida de proceder às negociações com o governo do Iraque, pode-se considerar que não ocorreu o implemento da condição resolutive, e em conseqüência a cessão de crédito tornou-se definitiva?

6. Considerando que a liquidação do sinistro de crédito à exportação extinguiu a operação *Sale and Lease Back*, que os acontecimentos descritos na Exposição supra geraram a frustração dos contratos de execução de obras da empresa brasileira no Iraque e, ainda, que a cessão de crédito gerou seus efeitos em caráter definitivo, em razão do não implemento da condição resolutive — cabe ao Banco do Brasil quitar as obrigações remanescentes da empresa?

7. Efetuada a extinção das obrigações da empresa brasileira por efeito de compensação com os valores dos créditos cedidos, deve o Banco do Brasil por à disposição da mesma o saldo eventualmente remanescente?

RESPOSTA

Antes de passar a responder as questões formuladas pela consulente, pretendo tecer algumas perfunctórias considerações sobre aspectos jurídicos de relevância relacionados com os quesitos apresentados e vinculados ao Direito Constitucional, Econômico, Administrativo e Comercial ¹.

A reflexão sobre tais aspectos se impõe como matéria preambular, posto que as relações narradas no corpo da consulta não se restringem à singela operação financeira entre entidade bancária e empresa do setor privado, cuja legislação de regência se colocaria no campo da microeconomia ².

1 Domingo García Belaunde escreve sobre os princípios constitucionais econômicos o seguinte:

“Como les decía, ha habido muchas acepciones sobre lo que debería entenderse por Constitución Económica, pero pienso, después de algunas vacilaciones, que lo mejor es aplicar ese término no a la totalidad de la Constitución ni tampoco, como algunos pretendían, a lo que subyace por debajo del ordenamiento jurídico. Algunos autores sostenían que había una constitución política y que debajo de ella había una constitución económica. Creo que sería más práctico, y así lo señala la tendencia reciente, a denominar “constitución económica” a aquel apartado de la Constitución que se endereza a la regulación jurídica del sistema u ordenamiento económico.

Esto es lo que se está imponiendo últimamente; a su vez, pensaría que, para seguir con la tradición, ya no debemos considerar que solamente hay dos grandes apartados en la Constitución, como son la contitución dogmática, o parte dogmática, por un lado, y la otra parte orgánica, sino que habría una tercera parte que sería la Constitución Económica. Yo pienso, entonces, que en toda Constitución deben considerarse tres grandes apartados: uno dogmático, que incluye los derechos clásicos y los más modernos, o sea, los derechos económicos sociales e, incluso, lo que los expertos en derechos humanos llaman “los derechos de la tercera generación”, (como es el derecho al ambiente, a la tranquilidad, al ocio); una parte orgánica (los poderes) y la parte destinada a la economía podríamos llamarla Constitución Económica (La constitución económica en el Perú actual, Separata de *Ius et Praxis*, editada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, nº 10, Diciembre, 1987, Lima, Perú, p. 79/80).

2 Afonso Insuela Pereira lembra que: “Ao lado do Direito Econômico e da política econômica Moenchmeier coloca o “credo econômico” a nortear o desenvolvimento da economia do Estado, fundado no comportamento ético dos participantes do processo econômico.

É impossível definir os respectivos campos de atuação da política, do Direito e do credo econômicos, ressaltando, no entanto, o autor, que, cada um desempenhando tarefa especial, visam todos o mesmo fim” (O Direito Econômico da ordem jurídica, 2ª ed., Ed. Bushatsky, 1980, p. 56).

Embora matéria conhecida, é de se lembrar que se o Direito Comercial e Civil regem fundamentalmente relações microeconômicas, o Direito Econômico constitui-se na disciplina jurídica da macroeconomia, servindo suas normas, seus institutos e princípios como elemento de ligação entre os diversos ramos do Direito que pertinem à economia. Não sem razão Geraldo Vidigal visualizou a teoria da dominação, que o esculpe e em que as regras que pertinem ao Direito Público (relação de subordinação) ou aquelas que dizem respeito ao Direito Privado (relações de coordenação) convergem para o Direito Econômico (relações de dominação), com a proeminência ora de normas de Direito Privado, ora de Direito Público³.

Na definição que me parece mais sintética e adequada, visualizo no Direito Econômico, pois, a disciplina jurídica da macroeconomia, com o que as relações jurídicas macroeconômicas vistas são à luz do planejamento econômico e político, assim como dos estímulos e fiscalização, objetivando o interesse maior do Estado, à evidência, subordinado à própria responsabilização deste, se não respeitando os ditames constitucionais⁴.

Ora, as questões levantadas são, necessariamente, questões que dizem respeito ao Direito Econômico e ao planejamento macroeconômico do Estado com as responsabilidades inerentes a tal exercício de poder.

O primeiro aspecto, portanto, a examinar é aquele que pertine ao poder do Estado de negociar com os Estados estrangeiros em matéria econômica.

O constituinte, em dicção inequívoca, colocou a soberania nacional como primeiro princípio da ordem econômica, após os dois fundamentos maiores que são a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, estando o artigo 170 assim redigido:

3 "O Direito Econômico é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social" (Geraldo de Camargo Vidigal, *Teoria Geral do Direito Econômico*, Ed. Revista dos Tribunais, p. 44).

4 Escrevi: "O Direito Econômico é a disciplina jurídica da macroeconomia. Outros ramos do Direito, embora cuidem de alguns aspectos relacionados à macroeconomia, incidem, todavia, em seu campo de atuação, sobre relações microeconômicas, vale dizer, disciplinam aspectos da microeconomia. Assim acontece com o Direito do Trabalho e com o Direito Comercial. A dedicação aos grandes temas da Economia, ou seja, às linhas gerais da política econômica produzida é o específico campo de atuação do Direito Econômico, portanto um Direito muito mais de interrelação com os demais do que um Direito compartimentalizado.

Isto ocorre porque a Economia, que, em suas linhas maiores, ganha relevo dentro do plano jurídico, é também uma ciência de interrelação entre a Política, a Sociologia, a Psicologia Social, a Filosofia, o Direito, as Finanças e a Administração" (*Curso de Direito Empresarial — Direito Econômico*, Co-ed. IASP/CEJUP, p. 5).

“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*; ...” (grifos meus) ⁵.

Na seqüência, acena com a participação do Estado diretamente na exploração dessa atividade, se necessária tal participação aos imperativos da segurança nacional, estando o artigo 173 em seu discurso inicial assim redigido:

“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” (grifos meus).

Logo a seguir informa, no artigo 174, que o Estado é agente regulador e normativo da atividade econômica, embora seja o planejamento econômico mera indicação para o setor privado.

No artigo 175 oferta à iniciativa privada, sob o regime de concessão, autorização ou permissão, a exploração de serviços públicos, sobre manter como propriedade da União (art. 176) os recursos minerais e o monopólio estatal sobre o petróleo e seus derivados (art. 177) para concluir com norma restrita, mas de interpretação alargada sobre requisições de documentos para estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas aqui residentes e domiciliados, com dependência de autorização oficial (art. 181) ⁶.

⁵ Celso Ribeiro Bastos assim comenta o inciso I do artigo 170 da C.F.: “A soberania nacional é um atributo do próprio Estado. Ele deve por ela zelar em todos os seus campos: político, militar e inclusive econômico. Um país com excessiva dependência do estrangeiro pode ver enfraquecida a sua soberania.

É no entanto necessário reconhecer-se que hoje não existe a soberania absoluta. Todos os Estados são interdependentes; em maior ou menor escala, dependem uns dos outros para levar a cabo a atividade econômica. E mesmo nesta colaboração internacional que tem residido uma das alavancas do desenvolvimento no mundo moderno. Há como que uma especialização de certos Estados em determinadas indústrias e tecnologias que intercambiam em nível internacional com Estados complementares” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 7.^o volume, Saraiva, 1990, p.19/20).

⁶ Os artigos 174, 175, 176, 177 e 181 da Constituição Federal estão assim redigidos:

“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” (grifos meus).

.....

“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.

Nos princípios gerais da atividade econômica, portanto, optou o constituinte por um leque em que se privilegia a economia de mercado, de um lado, mas que outorga ao Estado poderes de intervenção regulatória, comercial ou monopolista para efeitos do planejamento possível, de outro. Há, assim, no Direito Constitucional voltado à macroeconomia e no Direito Econômico complexo de dispositivo que servem de freios e contra-freios às relações internas e externas, micro e macroeconômicas.

A matéria sob exame está nitidamente vinculada ao Direito Econômico.

A consulente, pelo exame das dezenas de documentos e correspondência que me foram exibidos, não manteve simples relação comercial com o governo do Iraque, mas, por força do exercício da soberania nacional por parte do Estado brasileiro, serviu de *longa manus* do governo para compor relação, em que o interesse nacional era inequívoco, por depender sua economia em grau elevado do petróleo importado⁷.

Tendo a Petrobrás perdido o direito de explorar rica área que descobrira no Iraque, recebeu, o governo brasileiro, como compensação, a oportunidade de prestar serviços na modernização viária daquele país, tendo a consulente sido selecionada para exercer atividade para a qual a Petrobrás não tinha nem tradição, nem condições de exercício.

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

Art. 177. Constituem monopólio da União: I. a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos; II. a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III. a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV. o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

Art. 181. O atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no país dependerá de autorização do Poder competente”.

7 Helmut Kuhn ensina: “Soberanía es la característica del poder estatal, y la palabra ‘gobiernos’ designa tanto la sede del poder (no su origen), esto es, las manos en que se encuentra el poder, como el modo y manera en que se detenga el poder. Estos dos significados están estrechamente vinculados entre sí. Tan estrechamente, que los creadores de la Filosofía política, los griegos, pudieron partir del supuesto de que la respuesta a la pregunta ‘¿quién gobierna?’ prejuzga la respuesta a la pregunta por el como se gobierna” (El Estado — Una Exposición Filosófica, Ed. Rialp, Madrid, 1979, p. 115/116).

Se até 1982 (setembro), as relações entre a consulente e o país oriental eram normais, executando obras no Iraque por força de interesse nacional — visto que o Brasil dependia, agudamente, da importação de seu petróleo, após o 2.º choque de 1979 —, a partir do início da guerra Irã-Iraque, em que a avaliação do invasor de rápida vitória não se concretizou, sua situação econômica se deteriorou de tal maneira que passou a atrasar seus compromissos e renegociá-los ⁸.

Sendo de interesse do país, a manutenção das relações econômicas com o Iraque, a consulente foi sendo orientada no sentido de continuar a prestação de seus serviços, assim como sendo financiada, nos atrasos de pagamentos, pelo governo brasileiro, através de seu banco oficial.

O teor da correspondência trocada entre os governos, em que era o chefe de Estado iraquiano chamado de “bom e leal amigo” pelo presidente brasileiro, dá bem o perfil das sucessivas negociações que objetivavam, de um lado, obter a garantia de fornecimento de petróleo pelo Iraque e, de outro lado, ofertar-lhe a segurança do Brasil em continuar as obras de construção de sua rede viária, através da consulente, assim como manter a cobertura financeira que o país oferecia à empresa, sempre que o Iraque deixasse de atender seus compromissos contratuais ⁹.

8 Caio Mário da Silva Pereira em brilhante parecer historia o núcleo das questões: “É preciso considerar a situação jurídica do governo brasileiro na questão envolvente da *empresa brasileira* e *Banco do Brasil*, em referência ao “contrato de cessão”.

Não se pode olvidar que a presença da *empresa brasileira* no Iraque não se define como atividade de uma empresa privada, contratando e executando obras. A situação vem de mais longe, dentro do contexto de equilibrar a balança comercial de nosso país com o Iraque, altamente deficitária para o Brasil devido ao grande volume de petróleo importado daquele país. Assim, em fins da década de 70 a *empresa brasileira*, consorciada com empresa estatal a fim de se caracterizar vínculo entre governos, passou a disputar o contrato de execução de uma ferrovia no Iraque, ao mesmo tempo em que o governo brasileiro negociava com o governo iraquiano condições especiais de fornecimento de petróleo ao Brasil.

A execução daquela obra despertou grande motivação no governo brasileiro. E assim, em 1978, após concorrência internacional e longas negociações, de que participaram o Ministério das Minas e Energia, a Petrobrás e a Presidência da República, foi firmado contrato (001/78), figurando no lado brasileiro o grupo e a Interbrás.

Devido a numerosas circunstâncias a que não são estranhos os sobre-custos conseqüentes ao conflito armado Irã-Iraque, cujos encargos o Iraque se recusava a reconhecer e indenizar, a *empresa brasileira* suspendeu a execução dos contratos em curso no Iraque.

Acontece que o governo brasileiro manifestou a intenção de prosseguir na política de incremento de exportação para o Iraque. Nesse sentido, o Governo Federal, com aprovação do presidente da República, entendeu de absorver a indenização devida à *empresa brasileira*, como expresso está em *Considerando* exordial do contrato de cessão” (p. 17/18/19 do parecer que me foi exibido).

9 “João Batista de Oliveira Figueiredo

Presidente da República Federativa do Brasil

A Sua Excelência o Senhor Saddam Hussein, Presidente da República do Iraque. Grande e bom amigo,

Tal tipo de relação, à evidência, foge às clássicas relações microeconômicas para adentrar o campo das relações macroeconômicas de intervenção governamental, nelas surgindo a consulente como mera intermediadora dos interesses maiores do país.

Não foi por outra razão, como relata a consulta, que a empresa brasileira, à falta de pagamento de seus créditos junto ao Iraque, cedeu-os ao banco controlado pelo governo nacional, sob uma única condição resolutive, ou seja, de não serem contestados, no prazo de 18 meses, pelo governo do Iraque, a partir de 29 de julho de 1989, créditos, de resto, já reconhecidos por insuspeitas empresas de auditoria ¹⁰.

Acresce-se — em clara demonstração de que o Estado brasileiro é que decidia, servindo a consulente de mera instrumentadora dos “desígnios soberanos” das autoridades representativas da Nação — que o próprio governo, em dramática tentativa para reduzir os impactos de sua decisão de apoio à Resolução da ONU de n.º 661 e ao Decreto n.º 99.441/90 — sobre a qual falarei mais adiante — que juridicizava à interdição de relações econômicas com o Iraque, buscou intermediar solução pacífica para o conflito do Golfo, não aderindo ao emprego da força, tendo inclusive, pela boca do Exm.º sr. ministro das Relações Exteriores, demonstrado preocupação pela unipolarização das forças mundiais nos Estados Unidos. Considerava S.Ex.ª ideal o equilíbrio provocado pela bipolarização. A indefinição da política externa, que custou ao Brasil velada advertência e perceptível tratamento discriminatório por parte das potências vencedoras da guerra do Golfo, certamente vinculada estava aos interesses econômicos junto ao Iraque, forjados durante anos de colaboração e que seriam atingidos pela derrocada do império huseniano.

Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência, para expressar-lhe satisfação pelo grande desenvolvimento que, desde 1979, alcançaram as relações entre o Brasil e o Iraque, não apenas no plano político, mas também muito especialmente no campo comercial. Tal fato é para mim particularmente caro e significativo, pois esse resultado começou a evidenciar-se no início de meu governo. Sinto-me, por isso, na responsabilidade de ampliar e aprofundar crescentemente o relacionamento bilateral, aproveitando as excelentes bases de entendimento e amizade que foram forjados ao longo dos anos entre nossos países” (trecho de xerox anexado à consulta).

10 José Inácio Gonzaga Franceschini, lembrando Ole Lando, ensina: “De qualquer forma e em resumo, pode-se concluir com Ole Lando que “there can be no objection to an incorporation of parts of a legal system not related to the matter, if the validity of such reference is derived from the proper law of the contract and does not exceed the limits set by the substantive rules of that law”. Perfeitamente aplicável o entendimento, exceção feita, é claro, à referência à *proper law* que deve ser, perante o sistema brasileiro, interpretada como a lei aplicável ao contrato” (*Contratos Internacionais*, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p.105).

De lembrar-se que enquanto buscava o governo brasileiro evitar a guerra, forçava, de outro lado, entendimentos com o Irã para assegurar a substituição de fornecimento externo de petróleo.

Desta forma, nitidamente a relação entre a consulente, o banco do governo brasileiro, o próprio governo brasileiro e o governo do Iraque não foi uma relação clássica microeconômica, mas nitidamente de Direito Econômico, cuja responsabilidade única, no traçar suas diretrizes maiores, pertencia e continua pertencendo ao governo brasileiro, com conseqüências que examinarei ao final deste parecer ¹¹.

O princípio maior a reger a ordem econômica brasileira, no texto constitucional, ou seja, a soberania do país, foi aquilo que conformou as relações ora examinadas ¹².

Ainda quanto aos aspectos preambulares, já que rapidamente examinei a questão, à luz do Direito Constitucional e Econômico, há que se lembrar a responsabilidade do acionista controlador das sociedades por ações, em face da lei comercial.

Está o artigo 116 § único da lei 6.404/76 assim redigido:

11 Washington Peluso Albino de Souza lembra que: "Em seu relatório de Direito Comparado sobre a administração econômica na intervenção, Savy conduziu os argumentos para o terreno do poder e do modo pelo qual ele é exercido. Afirmando existir em todos os países que adotam a economia mista, tomada esta no sentido do intervencionismo, uma administração econômica, explica que ela é composta de "um conjunto de serviços, organismos ou instituições que concorrem para a elaboração e/ou para a execução das decisões econômicas das autoridades públicas".

Salienta, entretanto, que por detrás da aparência das instituições, esconde-se a realidade dos poderes" (*Dirito Econômico*, Ed. Saraiva, 1980, p. 432/433).

12 José Afonso da Silva chega a ver no princípio da soberania econômica, inclusive, uma redução do modelo capitalista, ao dizer: "O art. 1.º dá a soberania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e, pois, do Estado Democrático de Direito em que ela se constitui, enquanto o art. 4.º põe a independência nacional como princípio de suas relações internacionais.

Então, quando o art. 170 declara que a soberania nacional é um dos princípios da ordem econômica, isso terá de ter conseqüências específicas nesse campo. Tratar-se-á de soberania nacional econômica.

Que significado terá essa declaração?

Se formos ao rigor dos conceitos, teremos que concluir que, a partir da Constituição de 1988, a ordem econômica brasileira, ainda de natureza periférica, terá de empreender a ruptura de sua dependência em relação aos centros capitalistas desenvolvidos. Essa é a tarefa que a Constituinte, em última análise, confiou à burguesia nacional, na medida em que constitucionalizou uma ordem econômica de base capitalista. Vale dizer, o constituinte de 1988 não rompeu com o sistema capitalista, mas quer que se forme um capitalismo nacional autônomo, isto é, não dependente. Com isso, a Constituição criou as condições jurídicas fundamentais para a adoção do desenvolvimento auto-centrado, nacional e popular, que, não sendo sinônimo de isolamento ou autarquização econômica, possibilita marchar para um sistema econômico desenvolvido, em que a burguesia local e seu Estado tenham o domínio da reprodução da força de trabalho, da centralização do excedente da produção, do mercado e da capacidade de competir no mercado e da capacidade de competir no mercado mundial, dos recursos naturais e, enfim, da tecnologia" (Curso de *Dirito Constitucional Positivo*, 5.º ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 661/662).

“O acionista controlador *deve usar o poder com fim de fazer a companhia realizar o seu objetivo e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender*” (grifos meus)

e o artigo 117 tem seu *caput* assim redigido:

“O acionista controlador *responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder*” (grifos meus)¹³.

Inequívoco aumento do nível de responsabilidade do acionista controlador foi acrescentado na nova lei das sociedades por ações, à vista do papel que exerce no conduzir a política da empresa.

Tal grau de responsabilidade é justificada na medida em que os terceiros que trabalham com as sociedades por ações confiam em sua estrutura empresarial menos do que naqueles cujo controle oferta à sociedade sua política comercial. Em boa hora, de resto, no estilo dos países desenvolvidos, adotou-se o princípio de ser o acionista controlador o mais importante suporte da empresa e, portanto, seu maior responsável¹⁴.

13 Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro assim comentam o dispositivo: “O *caput* desse artigo preceitua que o acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. Rompe-se, com essa inovação, a normal irresponsabilidade dos acionistas pelos atos danosos praticados pela companhia. De certa forma e sob certas circunstâncias, abre-se uma brecha na concepção tradicional da absoluta separação patrimonial entre acionista e sociedade. Com efeito, as responsabilidades que a lei comina ao acionista controlador não se traduzem apenas em sanções morais; antes, induzem a extensão da reparação do dano à massa patrimonial do acionista controlador.

Concretizam-se mediante a vocação dos bens particulares dele para a garantia do cumprimento de certos deveres e obrigações que, de outro modo, restariam descumpridos. Não será exagero vislumbrar-se, na espécie, o chamado levantamento do véu societário (*lifting of the corporate veil*) ou a *disregard doctrine* da praxe americana, ainda que de forma atenuada e restrita às hipóteses extremas do abuso do poder.

Segundo a Exposição de Motivos, não são taxativas as modalidades de exercício abusivo do poder de controle que vêm enumeradas nas diversas alíneas do § 1º do art. 117. Esse elenco não excluiria outras hipóteses que a vida e a aplicação da lei se incumbirão de evidenciar” (Das sociedades anônimas no direito brasileiro, Ed. Bushatsky, 1979, p. 298).

14 Carlos de Abreu Toledo esclarece: “Entendido o poder de controle nos seus exatos termos, enquanto verdadeiro *direito-função* que é (Paes Leães, ob. cit.), na medida em que se constitui numa faculdade atribuída ao seu titular, que se dekla resolver fazer uso deverá visar a consecução de determinadas finalidades precisas (função social da empresa, respeito aos interesses dos empregados etc.), conferiu o legislador ao acionista controlador um número maior de deveres e responsabilidades. Mas não se contentou apenas com isso. Tipificou ainda no preceito em exame algumas das possíveis hipóteses de atitudes abusivas em que o controlador poderia incorrer, de modo a facilitar o enquadramento legal daquele que desrespeita as responsabilidades que a lei impõe” (*Comentários à Lei das Sociedades por Ações*, (Lei 6.404/76), vol. V, Ed. IASP/Resenha Trib., 1986, p. 251).

A responsabilidade comercial refletiu-se também na responsabilidade fiscal, com o que a lei 1598/77 impôs severas penas ao acionista controlador, inclusive elevando o elenco de hipóteses sancionáveis da distribuição disfarçada de lucros para melhor enquadrá-lo ¹⁵.

Para a hipótese em questão, o acionista controlador do Banco do Brasil é o governo brasileiro, único responsável pelas relações macroeconômicas atrás referidas, sendo, pois, a União, se já não o fosse, em face dos ajustes atrás expendidos, a única a determinar a política que o país seguiu.

Ora, no momento em que o acionista controlador do Banco do Brasil — que recebera os créditos da consulente com o Iraque, como moeda de pagamento, até o limite das forças dos créditos que tinha para com ela — impediu, por Decreto, qualquer espécie de relação comercial, para acompanhar determinação da Resolução da ONU, à evidência, todas as relações econômicas lastreadas nas operações de crédito e de garantia passaram a ser de sua responsabilidade exclusiva, com o que, ao mudar as regras da pactuação entre a consulente e os governos brasileiro e iraquiano, assumiu a responsabilidade de ofertar novas coordenadas, que não poderiam gerar prejuízos a seus próprios cidadãos e empresas.

Em outras palavras, a relação entre a consulente e o Banco do Brasil não é uma relação apenas entre a consulente e o Banco do Brasil, mas da consulente com o acionista controlador do Banco do Brasil, que, por força da lei comercial, é o único responsável pelas conseqüências dos atos que determinaram alterações em suas relações e de sua controlada com a consulente ¹⁶.

15 Escrevi com Luciano da Silva Amaro para a edição especial da Revista da Universidade de Buenos Aires em homenagem ao prof. Rafael Bielsa o seguinte: "Considera como acionista controlador, en primer lugar, a la persona física, o grupo de personas físicas residentes en el país, que, directamente o através de sociedad o sociedades bajo su control, sea titular de derechos de socio que le aseguren, de modo permanente, la mayoría de votos en las deliberaciones de la asamblea general y el poder de elegir la mayoría de los administradores de la compañía. En este paso, en que la ley fiscal identifica como accionista controlador a las personas físicas que, a través de otras sociedades, ejerzan el control de la compañía, amplía el concepto de accionista controlador dado por la ley de sociedades: en ésta el concepto es marcado por la inmediatez del control, que se manifiesta por la titularidad directa de las acciones con derecho a voto; de modo que para la ley de sociedades, tanto es accionista controlador la persona física como la persona jurídica, tanto el grupo de personas físicas vinculadas por acuerdo de votos, como el grupo de personas jurídicas que mantengan tal vínculo o estén bajo control común, siempre que unas u otras sean titulares del poder de control o lo ejerzan efectivamente. La ley fiscal, basándose en la teoría de la transparencia de la persona jurídica, no acepta la personalidad jurídica de las sociedades titulares de las acciones, eligiendo como accionista controlador, la persona física o el grupo de personas físicas que, a través de esas sociedades, mantenga el control de la compañía". (Separata da Revista de La Universidad de Buenos Aires, vol. I Buenos Aires, 1979, p.299).

16 Lê-se na exposição de motivos da Mensagem n.º 204 de 1976 que resultou na lei 6.404/76 o seguinte: "O artigo 116 dá *status* próprio, no Direito brasileiro, à figura do "acionista controlador". Esta

Dois últimos e breves aspectos nesta matéria preambular merecem reflexão, quais sejam, o do princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza e o da responsabilidade objetiva da Administração, direta e indireta, em relação aos cidadãos, por força do disposto no artigo 37 § 6º da Constituição Federal.

Pelo primeiro, à evidência, não há como se pretender alegar em benefício próprio ato praticado contra terceiros, que termina por prejudicá-los. Embora forte o vocábulo “torpeza”, a inteligência jurídica do termo é menos densa e, para os efeitos do princípio estatuído no art. 104 do Código Civil, apenas explícita o ético comando de que ninguém pode alegar, em benefício próprio, — para alterar relação jurídica constituída — fato que tenha deliberadamente provocado ¹⁷.

Ora, no caso concreto, o exame de toda a documentação que me foi submetida demonstra, a sociedade, que a consulente apenas serviu de instrumento para política macroeconômica do acionista controlador do Banco do Brasil, razão pela qual, não é sua, mas do acionista controlador do Banco do Brasil e de sua controladora, a responsabilidade por todos os atos negociais realizados. No plano internacional, nitidamente, o governo brasileiro negociou as regras e estabeleceu as condições para a consulente, à luz do acordado com o governo iraquiano. Inclusive foi o acionista controlador do Banco do Brasil e sua controlada, os que estabeleceram o momento da reunião

Esta é inovação em que a norma jurídica visa encontrar-se com a realidade econômica subjacente. Com efeito, é de todos sabido que as pessoas jurídicas têm o comportamento e a idoneidade de quem as controla, mas nem sempre o exercício desse poder é responsável, ou atingível pela lei, porque se oculta atrás do véu dos procuradores ou dos terceiros eleitos para administrar a sociedade.

Ocorre que a empresa, sobretudo na escala que lhe impõe a economia moderna, tem poder e importância social de tal maneira relevantes na comunidade que os que a dirigem devem assumir a primeira cena na vida econômica, seja para fruir do justo reconhecimento pelos benefícios que geram, seja para responder pelos agravos a que dão causa. O tema cresce em importância quando se considera que o controlador, muita vez, é sociedade ou grupo estrangeiro, que fica, por força de sua origem, excluído até mesmo das sanções morais da comunidade.

O princípio básico adotado pelo Projeto, e que constitui o padrão para apreciar o comportamento do acionista controlador, é o de que o exercício do poder de controle só é legítimo para fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e enquanto respeita e atende lealmente aos direitos e interesses de todos aqueles vinculados à empresa — os que nela trabalham, os acionistas minoritários, os investidores de mercado e os membros da comunidade em que atua” (*Sociedade por Ações e Mercado de Valores Mobiliários*, Ed. Resenha Univ., p. XLVI).

17 Carlos Maximiliano ensina: “*Nemo creditur turpitudinem suam allegas* (ninguém alcança acolhida alegando a própria torpeza). *Nemo de improbitate sua consiquitur actionem* (ninguém consegue ação vitoriosa graças a improbidade sua). Butera (Simulazione, p. 245), Ferrara (Simulação, tradução portuguesa, p.377) e Demogue (Obligations, vol.I, nº 169) opõem restrições a este apotegma, que é apoiado pelo art. 104 do Código Civil Brasileiro” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Forense, 1979, p. 261).

e o das negociações, assim como sua interrupção, sem que, na tramitação dos documentos perante o estabelecimento bancário oficial no país, que durou 14 meses, ou na interrupção das negociações por força de decreto presidencial, tenha a consulente participado. Deliberou, o governo brasileiro, de acordo com o que julgou ser o interesse nacional, não tendo a consulente sido chamada a participar de tal deliberação, razão pela qual na resposta da consulta não se pode deixar de levar em consideração este relevante dado.

O último aspecto a ser examinado antes da resposta à consulta, diz respeito à responsabilidade objetiva do Estado.

Está o artigo 37 § 6º da Constituição Federal 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 terceiro, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”¹⁸.

Estendeu o constituinte a responsabilidade a empresas do setor privado que, no regime de concessão, permissão ou autorização explorem serviços públicos, colocando-as no mesmo nível de possível responsabilização das administrações direta e indireta do governo¹⁹.

18. Caio Mário da Silva Pereira ensina: “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 anexo de 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. 146/230. O Dr. Edson Ribas Malachini sustenta a necessidade da denunciação da lide (Revista Forense, vol. 293, p.43)” (*Responsabilidade Civil*, 2ª ed., Forense, 1990, p. 142/143).

19 Hely Lopes Meirelles esclarece: “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

Manteve-se a lição passada de ser objetiva a responsabilidade do Estado, salvo culpa do lesado, sendo o direito à ação regressiva contra o servidor apenas possível em caso de culpa ou dolo e após a caracterização do dano ao patrimônio público pelo ressarcimento dos prejuízos causados ao administrado.

À evidência, o dispositivo aplica-se ao dano provocado tanto pela Administração direta, quanto pela indireta, no meu entender, até mesmo quando agem as denominadas empresas estatais no regime do artigo 173 e não do artigo 175²⁰.

Sendo dois os regimes jurídicos da atividade econômica plasmados na Constituição, aquele do artigo 173, em que a atuação do Estado é vicária e preponderante a do segmento privado e a do artigo 175, em que vicária é a atuação do setor privado, principal sendo a do Estado na prestação de serviços públicos essenciais ou periféricos, na inteligência que hospedo do artigo 37 § 6.º, sua imposição normativa incide sobre ambos os regimes, até porque o artigo 173 faz menção aos interesses nacionais para a intervenção concorrencial do Estado²¹.

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 de um serviço originariamente público a particular descaracterize a sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 551).

20 Pinto Ferreira lembra que: "Scabra Fagundes menciona também inúmeros casos, de modo concreto, danos à tipografia e oficinas de um órgão da imprensa, reconhecendo-se culpa *in vigilando* pela ausência de medida para prevenir a alteração da ordem, violação da propriedade e descoberta dos delinquentes (STF, 1916); por falta de providências policiais, permitindo que a multidão desarmada assaltasse e saqueasse propriedade particular da vítima (TJSP, 1936); responsabilidade do município em pedreira cujo funcionamento foi permitido por licenciamento irregular (TJDF, 1911); deportação indevida de brasileiros naturalizados (STF, 1908); por danos provenientes de atos ilícitos, ditados pelos interesses públicos, porém lesivos à propriedade particular, como resultado de atos positivos, de seus funcionários (TJDF, 1918); violação ao direito de promoção de funcionário (STF, 1918); obra pública em bens de uso comum do povo, de que resultou dano a propriedade adjacentes (TJSP, 1937) etc.

A responsabilidade por dano em épocas revolucionárias também foi admitida pelo STF, mesmo antes da C.F. de 1946: "Responde o Estado pelos danos verificados no movimento revolucionário de 1930 pela falta de garantia e assistência policial aos particulares" (RDA, 1945, 5:155).

Em 1948, o STF reconheceu a responsabilidade pública por dano provocado por ato praticado com base em lei, ulteriormente declarada inconstitucional (RDA, 20:42). Outras decisões e responsabilidades por mau funcionamento do serviço (STF, RE 20.372, de 25.4.1958); inércia administrativa (STF, RE 61.387, de 29.5.1968; responsabilidade por danos provenientes, de enchentes de chuvas torrenciais, cuja restauração no passado exigia providências que foram omitidas (STF, no Agl 58.561, de 23.10.1973, RTJ, 70:704).

A adoção da teoria do acidente administrativo foi admitida sucessivas vezes em decisões judiciais (RDA, 122:172; 87.221)" (*Comentários à Constituição Brasileira*, 2º volume, Saraiva, 1990, p.405/406).

21 Celso Ribeiro Bastos lembra que: "Embora vago o conceito de segurança nacional, ainda assim ele não é ilimitado. Nada obstante o fato de as atividades propriamente marciais dependerem de uma

Ora, desde o momento em que a consulente concordou em atuar como *longa manus* do governo — e a documentação que examinei demonstra, à exaustão, o nível de intervenção do governo em suas relações com o Estado iraquiano —, apesar de objetivar o lucro, foi obrigada a aceitar as condições determinadas pelo Estado brasileiro, que admitindo pudesse a empresa obter lucro — o que a levou a participar da operação —, reconheceu, na seqüência dos acontecimentos, as dificuldades do relacionamento empresarial, passando, sucessivamente, a colaborar com a consulente na permanência de uma relação econômica de interesse exclusivo do governo e não mais da empresa.

A permanente moratória do governo iraquiano, com a sangria de recursos por força da guerra com o Irã, levou o governo brasileiro, interessado em seu petróleo, a suprir as necessidades da consulente, via controlada, na esperança de um dia receber seus direitos sobre o Iraque. Tal política é que acabou por gerar a cessão de créditos da consulente junto ao Iraque para pagamento de sua dívida com o Banco do Brasil, em derradeira e dramática tentativa de manter o parceiro devedor como dos mais importantes fornecedores de petróleo ao país.

Ora, ao agir, como agiu, o governo brasileiro, que inclusive garantiu os créditos do Banco do Brasil junto ao IRB — que na hipótese funcionou como segurador e não ressegurador —, à evidência, submeteu-se, na imposição de regras comerciais, ao princípio da responsabilização constitucional objetiva, na denominada teoria do risco, sujeitando-se a ressarcir qualquer prejuízo, que venha a sofrer a consulente, assim como seus agentes a indenizar a União, se tiverem agido com culpa e dolo ²².

retaguarda econômica, tecnológica, que lhes dê suporte, ainda assim a expressão segurança nacional há de ater-se àquelas atividades que dizem respeito diretamente à produção de bens e serviços necessários ao regular funcionamento e até mesmo ao satisfatório aparelhamento das forças armadas.

Isto não significa que toda produção bélica tenha de ser gerada pelo Estado, obrigatoriamente. O que o texto Constitucional consagra é uma permissão para que, ocorridos pressupostos relativos à segurança nacional, passe o Estado a desempenhar atividade ou indústria que se mostrarem necessárias" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 7^a volume, Ed. Saraiva, 1990, p.73).

22 José Cretella esclarece: "Assim, o BNH e o BNDE, antigas autarquias, foram transformados em empresas públicas, com possibilidade de metamorfose, posterior, em sociedades de economia mista. Neste caso, se concretizada a passagem da autarquia a empresa pública e, mais tarde, dividido o capital deste com o particular, teremos sociedades de economia mista como entidades da administração indireta, gerindo o mesmo tipo de serviço, antes a cargo da autarquia originária.

Conclusão: do mesmo modo que a empresa pública, a sociedade de economia mista, pessoa jurídica de Direito Privado, responderá, quando prestadora de serviço público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. IV, Ed. Forense Univ., 1991, p.2313).

Neste último aspecto preambular, portanto, quero enfatizar que os prejuízos, que venha a consulente a sofrer, por ação direta ou indireta do governo no concernente às relações mencionadas na consulta, que passarei a examinar a partir de agora, é de exclusiva responsabilidade da União, e, em caso de culpa, dos servidores públicos ou pessoas responsáveis pela execução dos programas governamentais, inclusive os próprios dirigentes do Banco do Brasil.

Colocadas as premissas, de forma perfunctória, passo a responder as diversas questões, não sem antes resumir os quatro pontos atrás analisados.

1) As questões referentes se relacionam, não apenas ao Direito Privado, mas principalmente ao Direito Econômico, por versar planejamento macroeconômico e de Direito Constitucional, restando evidente que em tais tipos de relação a consulente agiu como *longa manus* do governo federal, com pequeno campo para o amplo exercício da autonomia da vontade ²³.

2) Sendo o governo federal o acionista controlador do Banco do Brasil, todos os compromissos da consulente com a referida entidade financeira estavam subordinados ao interesse maior de seu controlador, razão pela qual a responsabilidade, à luz do Direito Comercial, pelos efeitos contratuais e eventuais danos, pertinem, simultaneamente, ao governo federal e sua controlada.

3) Não pode o Banco do Brasil pretender beneficiar-se de decisão tomada por seu acionista controlador capaz de desregular o equilíbrio contratual meta-econômico, alegando, em seu próprio interesse, fato descompassador por ele provocado, sem a participação da consulente, via emissão de Decreto impeditivo de relações negociais, em face do princípio de que *nemo turpidinem suam allegans potest* ²⁴.

23 Toshio Mukai rememora as formas de intervenção do Estado no domínio econômico: "Nesse quadro, há que se levar em conta que as ingerências do Estado na atividade econômica, para manter aquele estado de dominação, ocorrem por três formas: a participação, em que o Estado, ele próprio, atua diretamente na atividade econômica, normalmente através das empresas estatais; a reguladora, em que ele exerce seu poder de polícia, impondo restrições à liberdade econômica, visando o bem da coletividade; e a planejadora, em que ele planifica as atividades econômicas visando obter um optimum em termos de crescimento e desenvolvimento econômico e social do todo. Há ainda uma quarta forma: a de fomento das atividades econômicas, que é autorizada ao Estado" (*Administração Pública na Constituição de 1988*, Ed. Saraiva, 1989, p.130).

24 O artigo 104 do Código Civil tem o seguinte discurso: "Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito 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".

4) Por fim, são a União, o Banco do Brasil e os próprios agentes governamentais, que atuaram nas relações em questão, os responsáveis perante a consulente por eventuais danos que lhe venham a causar ²⁵.

Assim sendo, passo a responder as questões suscitadas:

1) O caso fortuito e a força maior têm sido tratados pela doutrina, jurisprudência e legislação com grande similitude, estando o artigo 1058 do Código Civil assim redigido:

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

§ Único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir” ²⁶.

25 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.

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 arcaasse com este ou tivesse de comprovar culpa ou dolo para vê-lo ressarcido, estaria suportando mais do que sua parte, como integrante da comunidade” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, ob. cit., p.260).

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

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

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

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

A doutrina internacional relaciona a expressão aos denominados *acts of God*, isto é, atos provocados por Deus ou pela Natureza sem a intervenção dos homens, assim como a fatos externos incapazes de serem detidos pelas partes, quando não os tenham provocado. Têm sido estes os fatores elencados como conformadores da força maior e do caso fortuito.

Já no Código de Hamurabi o princípio era aceito, tendo legislação anterior à codificação sumeriana também da matéria cuidado ²⁷.

Não se confunde o caso fortuito e a força maior com a teoria da imprevisão, embora tenham núcleo comum. É que na teoria da imprevisão, os fatos inevitáveis e imprevisíveis por ambas as partes afetam aquela relação contratual, independentemente das forças dos contratantes, enquanto, no caso fortuito e na força maior, impedem a própria execução contratual, à míngua de recursos para execução.

Na força maior e no caso fortuito, a parte que necessita adimplir o contrato e deixa de fazê-lo, tem suas energias exauridas, sendo este o motivo a justificar o descumprimento contratual. Na teoria da imprevisão, a fim de que não se beneficie uma parte à custa da outra, mesmo que a outra mantenha sua capacidade de adimplemento, o reequilíbrio contratual se impõe, posto que foi ele atingido por fatores inevitáveis e imprevisíveis, à época da contratação ²⁸.

27 No regimento XIV § 48 do Código de Hammurabi lê-se: "Col. XIV § 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" (Código de Hammurabi, Ed. Nacional, Madrid, 1982, p.97).

28 J. M. Othon Sidou ensina: "Cunha Gonçalves confunde caso fortuito, ou força maior, com imprevisão, e no lamentável erro tendem a incidir todos os 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, de 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 de circunstância de que ele participa, e não resultante de um fenómeno de 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 contra-prestação, nunca resultante de um acordo de vontades no ato de contratar" (A Revisão Judicial dos Contratos, 2ª ed., Ed. Forense, 1984, p. 107).

Postos estes esclarecimentos superficiais, respondo que, à evidência, para a consulente, tanto o Decreto n.º 99.441 quanto a Resolução do C.S. da ONU de n.º 661 geraram motivo de força maior a frustrar os contratos de execução, acrescentando-se que as hostilidades nascidas a partir de 15.1.91 e, principalmente, a partir do ataque a Bagdad alguns dias depois, tornaram impossível qualquer ação da consulente.

Há a se considerar, todavia, que para o governo brasileiro acionista controlador do Banco do Brasil, a alegação de inevitabilidade, imprevisibilidade e irreversibilidade do conflito é menos clara visto que acatou, *sem consultar a consulente*, a Resolução da ONU e produziu o Decreto n.º 99.441/90, que inviabilizou qualquer negociação para retomada de execução das obras, mesmo antes do conflito e ainda quando este não se conformava como irreversível.

Desta forma, o que é motivo de força maior para a consulente para considerar frustrada a possibilidade de execução contratual, não pode sequer ser alegado pelo governo brasileiro para eventual desresponsabilização oficial, na medida em que, por sua ação direta na divulgação dos dois diplomas normativos mencionados, colaborou na geração dos elementos inviabilizadores do contrato.

Os contratos frustraram-se por motivos imprevisíveis e de força maior para a consulente e em face de ativa atuação do acionista controlador do Banco do Brasil para que fossem frustrados ²⁹.

2. A resposta à segunda questão orienta-se na mesma linha da resposta à questão anterior.

29 Escrevi: "E o Direito moderno, a partir da cláusula *rebus sic stantibus* foi evoluindo para a denominada "teoria da imprevisão", pela qual todos os contratos atingidos, em sua essência, por fatos inevitáveis e imprevisíveis, devem ser reequilibrados por acordo entre as partes ou por intervenção judicial, para que seus termos não provoquem prejuízos injustificados ou benefícios imerecidos aos contratantes.

Tal teoria não se assemelha àquela do Direito anglo-saxão, denominada *wind fall gains*, cujo perfil amoldou-se ao Direito Tributário, legitimando uma participação maior do Erário em lucros recebidos pelas empresas por fatos para cuja ocorrência não tenham contribuído, mas dela tenham auferido benefícios. A elevação do imposto sobre a renda de alguns Estados produtores de petróleo nos Estados Unidos, na década de 70, decorreu da aplicação da referida teoria, em face do benefício que as empresas de petróleo passaram a ter a partir do aumento exagerado do preço do produto, no mercado mundial, por fatos políticos alheios à sua administração e planejamento.

Pela teoria da imprevisão, quaisquer fatores inevitáveis e imprevisíveis capazes de influenciar a substância do contrato, alterando-lhe a densidade e desequilibrando ou inadequando a sua adimplência, seriam suficientes para que se restabelecesse o equilíbrio, pelo acordo entre as partes ou por intervenção judicial.

E, por esta teoria, à evidência, a elasticidade dos fatores capazes de provocar o desequilíbrio tornou-se ilimitada, em face de ter origem na inevitabilidade, na imprevisibilidade e na influência de seus efeitos sobre o contrato" (*O Plano Brasil Novo e a Constituição*, Ed. Forense Univ., 1990, p. 105/106).

Tendo o acionista controlador do Banco do Brasil tomado a deliberação que resultou, em 30.10.90, no telex ao Banco iraquiano, o qual se lastreia nas Resoluções da ONU e no Decreto n.º 99.441, cancelando **unilateralmente** as garantias, por via de cancelamento dos contratos, à evidência, tal atitude unilateral do Banco do Brasil implicou o cancelamento de todas as obrigações da consulente referente a tais garantias.

Foge à teoria dos negócios lícitos e éticos que uma das partes do contrato delibere pela outra e pretenda beneficiar-se à custa da parte impedida de agir, transferindo-lhe a responsabilidade correspondente à sua ação e não a bilateral decisão dos pactuantes. Em outras palavras, a deliberação unilateral do Banco do Brasil, por força da Resolução da ONU e do Decreto produzido por seu acionista controlador, à nitidez, não transferiu à consulente as responsabilidades pertinentes às garantias ofertadas, mas, ao contrário, cancelou todas as obrigações da consulente a elas inerentes. O ato soberano do acionista controlador do Banco do Brasil comprometeu-o a suportar os ônus decorrentes da sua unilateral deliberação, pelo prisma dos pactos com a consulente ³⁰.

3) Por força de lógica e coerência na linha do raciocínio desenvolvido até agora, sendo o IRB entidade do governo brasileiro, cristalinamente, as deliberações do governo brasileiro, que controla o Banco do Brasil e dirige o IRB, à revelia da consulente e no exercício de sua soberania nas relações internacionais, exaurem-se dentro dos próprios limites de sua atuação intestina. Pertencendo o IRB ao governo federal e sendo o Banco do Brasil controlado pelo próprio governo, pagará, o IRB, ao Banco do Brasil — para acertos internos — o seguro, não cabendo qualquer direito de regresso contra a consulente.

Necessário fixar que a consulente não teve a menor participação na Resolução da ONU ou no Decreto do titular do IRB e acionista controlador do Banco do Brasil, atos normativos que frustraram a execução contratual. Não pode, agora, por vias transversas, pretender o governo federal receber um seguro por inexecução de obras decorrentes de sua própria ação. Não pode alegar em benefício próprio a torpeza de ter impedido a execução do contrato, de um lado, e exigir ressarcimento, de outro, pela inexecução do contrato. Não só a moral, como a lei civil e administrativa impedem tal aético comportamento, razão pela qual o acerto intestino entre o IRB e o Banco do Brasil,

30 Márcio Klant ensina: “A moral e a honra estarão tão mais protegidas na medida em que não se cometam injustiças, como a de se exigir uma prestação excessivamente onerosa, arruinando o devedor e enriquecendo o credor” (*A Teoria da Imprevisão e a Revisão dos Contratos*, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p.13).

ambas entidades do governo federal, esgota-se no seu próprio campo, sem nenhum direito de regresso contra a consulente, que não participou de qualquer das deliberações do próprio governo para a frustração dos contratos em questão ³¹, com ressalva à resposta ofertada à questão n.º 5.

Não há, pois, qualquer direito de regresso do IRB contra a consulente, se obrigado for a ressarcir o Banco do Brasil.

4) O artigo 4.º da lei 4.678/65 item VI tem a seguinte dicção:

“Consideram-se ‘riscos políticos e extraordinários’ as situações que determinem a falta de pagamento dos débitos contraídos pelos importadores de mercadorias e serviços:

.....

IV. desde que, por circunstâncias ou acontecimentos políticos, os bens objeto do crédito sejam requisitados, destruídos ou avariados, sempre que a reparação do dano não se tenha obtido antes de transcorridos seis meses da data do vencimento fixada no contrato”.

Ora, o seguro realizado decorreu de proposta do governo brasileiro para que o Iraque retivesse os recursos de faturas da consulente, já *aprovadas* e, à evidência, *não pagas*. Tais recursos, absolutamente imprescindíveis à remobilização das obras, foram administrados pelo Banco do Brasil, tendo sido emitido certificado para garantir a operação, já, àquela altura, com sérios indícios de riscos políticos e extraordinários, razão pela qual a ocorrência de fatos que justificaram tais temores sobre a inadimplência do Iraque deflagrou, a meu ver, o direito de obter, o Banco do Brasil, o seguro pelo empréstimo realizado. Entendo assim que, efetivamente, cobre o referido certificado, os denominados “riscos políticos e extraordinários”, de resto, o motivo principal pelo qual o seguro se impunha como solução ³².

31 Raciocinar de forma diversa é enquadrar-se na tipologia dos contratos ilícitos. Orlando Gomes ensina: “Sob a denominação de contratos ilícitos, compreendem-se os estipulados com violação das leis imperativas, ou atentatórias da ordem jurídica e dos bons costumes. Se um contrato se conclui a despeito de legalmente proibido, é evidente que não pode produzir efeitos. A ineficácia é igualmente declarada quando, embora permitido, os efeitos que produziria são contrários à lei. A nulidade não é, todavia, a sanção única nesses casos. Em certos contratos contrários aos bons costumes e a normas imperativas, o legislador procede de modo diverso” (*Contratos*, 9ª ed., Forense, 1983, p.170).

32 Álvaro Villaça de Azevedo esclarece: “Por isso, costumamos dizer que há duas categorias de responsabilidade com fundamento na teoria do risco: pura e impura.

A impura tem, sempre, como substrato a culpa de terceiro, que está vinculado à atividade do indenizador.

A pura implica ressarcimento, ainda que inexistir culpa de qualquer dos envolvidos no evento danoso. Neste caso, indeniza-se por ato lícito ou por mero fato jurídico, porque a lei assim o determina.

Nesta hipótese, portanto, não existe direito de regresso, arcando o indenizador, exclusivamente, com o pagamento do dano” (*Curso de Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações*, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 259/260).

É, portanto, a resposta positiva, isto é, tal seguro acoberta os denominados “riscos políticos e extraordinários”, à evidência, no caso, perfeitamente caracterizados.

5) Por tudo o que escrevi na introdução deste parecer e nas respostas ofertadas às questões propostas, resta evidente que a cessão de créditos tornou-se definitiva.

Como bem acentuou o eminente mestre Caio Mário da Silva Pereira, a cláusula oitava do referido contrato não teve — e não terá mais a possibilidade de ser implementada como cláusula resolutiva³³.

Ora tal cláusula completa a cláusula sétima assim redigida:

“A presente cessão é celebrada sob a condição de que os créditos, objeto deste contrato, sejam reconhecidos e pagos pelos organismos estatais iraquianos devedores, mencionados na cláusula primeira”.

Do exame das duas cláusulas resta evidente que o Banco do Brasil, cujo acionista controlador — repito — é o governo federal:

a) aceitou os créditos como bons, em face dos serviços prestados pela consulente, a que alude os considerandos da cessão e a laudos técnicos³⁴;

33 A cláusula 8ª tem a seguinte dicação: “Não constituindo o presente contrato novação quanto a pagamentos, prazos, importâncias e demais condições das obrigações da *empresa brasileira* para com o Banco, este só lhe dará quitação dos débitos, quando efetivamente receber os respectivos valores de seus créditos, podendo o Banco, desde que o governo iraquiano *não reconheça* os créditos objeto deste Contrato, no prazo de 18 meses, contados a partir desta data, prorrogável de comum acordo entre as partes, exigí-los diretamente da *empresa brasileira*” (o grifo é meu).

34 Estão assim expressos os considerandos: “Considerando que empresa brasileira, em conjunto com sua coligada (sendo ambas as empresas a seguir denominadas conjuntamente “*empresa brasileira*”), *desenvolveu relevantes operações de exportação de bens e serviços para o Iraque, operações estas que se viram afetadas em consequência da guerra Irã-Iraque;*

Considerando a proposição da Petrobrás — Petróleo Brasileiro S.A, contida na carta PRES-1077/88 de 15.8.88, aprovada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 17.8.88, *no sentido de que o Governo Federal absorva a indenização devida à empresa brasileira no contexto de suas operações no Iraque, subrogando-se nos direitos e obrigações das mencionadas empresas decorrentes dos respectivos contratos celebrados naquele país;*

Considerando que conforme enfatizado na mencionada carta *nas atuais circunstâncias é plenamente justificada a intenção do Brasil de prosseguir na política de incremento de exportações para o Iraque, tornando-se para isso indispensável o equacionamento do contencioso derivado das operações da empresa brasileira que se tem constituído em entrave à implementação de novos negócios naquele país;*

Considerando que para instrumentar a absorção acima citada, ficou resolvido fazer-se ao Banco do Brasil S.A., em nome do governo brasileiro, a cessão dos créditos referentes à indenização devida à empresa brasileira e, portanto, proceder-se-á verificação da existência de tais créditos por consultores internacionais, obrigando-se a empresa brasileira a aceitar o resultado das conclusões dos referidos consultores;

b) tais créditos, todavia, deveriam, no prazo de 18 meses, a partir de sua assinatura, ser reconhecidos pelas autoridades iraquianas. Apenas se expressamente não fossem reconhecidos é que a condição resolutive se aplicaria. O silêncio, por princípio geral de direito, importa consentimento, razão pela qual o silêncio iraquiano não correspondeu a um não reconhecimento;

c) o próprio Banco do Brasil retardou em 12 meses o início das operações, na medida em que apenas em 27 de julho de 1980 aprovou a prorrogação das linhas de crédito da CACEX de 230 milhões de dólares para o governo iraquiano, aprovação esta a confirmar, uma vez mais, o reconhecimento tácito dos créditos da consulente;

d) as negociações, de um lado, a execução das obras, de outro, foram, todavia, frustradas, não só pelo início do estado de iminência de guerra declarada pela ONU, *com ativa participação* do acionista controlador do Banco do Brasil, como por decreto do acionista controlador que proibiu a consulente de negociar, trabalhar, executar ou ter quaisquer relações com o Iraque;

e) os créditos foram reconhecidos tacitamente após 18 meses pelo governo iraquiano — que não declarou não os ter reconhecido — e só não foram pagos porque o governo brasileiro com os dois atos normativos no plano internacional e interno, proibiu a consulente de atuar para implementar tais pagamentos, com o que as cláusulas contratuais da cessão foram rigorosamente cumpridas. Com efeito, o reconhecimento tácito do Iraque e a vedação, por decreto, do Brasil de que a consulente atuasse no Iraque, representou frustração do pagamento, não por deliberação da consulente, mas exclusiva deliberação do acionista controlador da entidade financeira, que, ao assinar o referido decreto, determinou a impossibilidade de vir a ser satisfeito em seus créditos por impedir a consulente de obtê-los para compensar a cessão³⁵.

Considerando que os consultores internacionais independentes Arthur Andersen S/C, com matriz na cidade de Genebra, Suíça, e Thomas Akroyd Consultants, com sede na cidade de Londres, Inglaterra, ambos accitos pelo Banco do Brasil S.A. e Petrobrás, *emitiram pareceres pronunciando-se favoravelmente quanto à existência dos mencionados créditos da empresa brasileira*'' (os grifos são meus).

35 Caio Mário da Silva Pereira, com precisão, toca no ponto nuclear das cláusulas 7 e 8: ''Pelo ajustado nas cláusulas 7ª e 8ª do contrato de cessão, a condição resolutive nele inserida resultava em que os débitos da empresa brasileira junto ao Banco do Brasil dependiam do resultado das negociações e receberiam quitação automática como consequência delas.

Somente voltaria a empresa brasileira a ser cobrada, dos créditos cedidos, *se deixasse o Iraque de reconhecê-los. Enquanto tal não se desse, como em verdade não ocorreu, não se positivaria o implemento da condição.*

Conseqüentemente prevalece a cessão dos créditos, cuja finalidade expressa nos considerando foi o equacionamento do contencioso Brasil-Iraque, declaradamente a intenção do Brasil no prosseguimento da política de incremento das exportações para o Iraque'' (grifos meus) (p.17 do parecer que me foi exibido).

Pela análise atrás realizada, à nitidez, não pode agora o Banco do Brasil, controlado pelo governo federal, risco de ser responsabilizado por prejuízos causados à entidade, assim como seus dirigentes (art. 37 § 6º da C.F.), pretender exigir pagamento de créditos, que impediu a consulente de obter, não aceitando aqueles advindos do Iraque, que só não foram implantados por determinação única e exclusiva do governo brasileiro ao acatar a Resolução 661 e assinar o Decreto nº 99.941/90.

O princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza nunca me pareceu tão evidente quanto na hipótese consultada, mormente ao se saber que a consulente só não pode obter a recepção dos créditos por ter sido, mesmo antes da declaração de guerra, impedido de fazê-lo por determinação do acionista controlador do Banco do Brasil.

A resposta, portanto, à questão é de que se tornou definitiva a cessão, não tendo ocorrido o complemento da condição resolutória, não só por força do reconhecimento tácito do Iraque daqueles créditos, como por ter o acionista controlador do Banco do Brasil determinado o encerramento de qualquer relação econômica entre a consulente e o governo do Iraque por força do decreto nº 99.941/90 ³⁶

6. Entendo que sim. Por força do exame inicial neste parecer, sobre ser a relação em exame fundamentalmente de Direito Econômico. Por dizer respeito a política macroeconômica do governo, e por não poder o Estado por sua administração direta ou indireta provocar qualquer prejuízo à sociedade, à evidência, cabe ao Banco do Brasil, cujo acionista controlador frustrou, pelo Decreto nº 99.941/90, muito antes do início da guerra do Golfo, a continuidade das relações comerciais necessárias para a quitação das obrigações remanescentes, a responsabilidade por quitá-las.

Não pode o governo brasileiro exigir que a consulente pague suas obrigações, quando o próprio governo impediu, por ato normativo próprio, que a consulente obtivesse os recursos para fazê-lo.

36 Carlos Maximiliano ensina: *Nemo locupletari debet cum aliena injuria vel jactura*: "ninguém deve locupletar-se com o dano de outrem, ou com a jactura alheia".

Usa-se, comumente, brocardo mais resumido — "ninguém deve locupletar-se com a jactura alheia". No Digesto, livro V, título III — *De hereditatis petitione*, fragmento 38, se nos depara preceito semelhante, de Paulo: *non debet petitor ex aliena jactura lucrum facere*: "o postulante não deve tirar lucro da jactura alheia" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Forense, 1979, p.260).

Desta forma, todas as obrigações remanescentes, à luz dos fundamentos jurídicos atrás expostos, são, após a determinação de encerramento das relações econômicas com o Iraque, por parte do acionista controlador do Banco do Brasil, de sua exclusiva responsabilidade³⁷.

7. A última questão é mera decorrência. Os créditos cedidos junto ao Iraque para o Banco do Brasil e que deixaram de ser recebidos pelo governo brasileiro, em face de sua exclusiva decisão à luz do Decreto n.º 99.441/90, à evidência, são créditos efetivos. Não pode ser a consulente apenas em não receber eventual saldo credor, porque o acionista controlador do Banco do Brasil frustrou seu recebimento. Ao assinar o Decreto n.º 99.441/90, à nitidez, assinou também o acionista controlador do Banco do Brasil a responsabilidade de, na conta de compensação, entregar ao prejudicado por sua decisão, a diferença eventual que lhe caberia, se realizada tivesse sido a operação. *A responsabilidade é objetiva e exclusiva do acionista controlador e de sua controlada.*

Entendo, pois, que deve ser posto à disposição da consulente o saldo eventual remanescente, após a compensação entre os créditos cedidos e aqueles de que o Banco era titular.

S.M.J

São Paulo, 28 de agosto de 1991

37 "Ainda quando todas as regras sejam escrupulosamente respeitadas, a obra do legislador não vale nada se não responde ou corresponde à justiça. Não sabemos, e creio que não saberemos nunca, como isso ocorre, porém a experiência nos ensina que não são úteis nem duradouras as leis injustas, não úteis porque não conduzem à paz; não são duradouras porque, antes ou depois, pouco importa a ordem, desembocam na revolução" (Carnelutti — *in Metodologia do Direito* apud Senador Hugo Ramos Filho, Parecer sobre a Lei Complementar n.º 42/82.

Brasília — Senador Federal — Centro Gráfico, 1982" (*Caderno de Direito Econômico* n.º 1, Ed. CEEU/Res. Trib., 1983, p.228).

AQUISIÇÃO IMPOSTA PELO BANCO CENTRAL DE FUNDO DE
BANCO LIQUIDADO EXTRAJUDICIALMENTE PARA
CONCESSÃO DE AUTORIZAÇÃO PARA INSTALAÇÃO DE
ESTABELECIMENTO DA CONSULENTE APÓS O ADVENTO DA
CONSTITUIÇÃO DE 1988 — MANIPULAÇÃO DOS ÍNDICES
QUE PERMITIRIAM A VIABILIZAÇÃO DO EMPREENDIMENTO
PELO GOVERNO FEDERAL — ILEGALIDADE DOS DOIS
PROCEDIMENTOS E RESPONSABILIDADE DA UNIÃO, DO
BANCO CENTRAL E DAS AUTORIDADES FEDERAIS NOS
PREJUÍZOS QUE PROVOCARAM NA CONSULENTE —
PARECER

CONSULTA

Formulam-me, os eminentes advogados do banco consulente Boaventura Farina e Nelson Real Amadeo, a seguinte consulta:

“Em reunião de 16 de dezembro de 1987, o Banco Central aprovou proposta de empresa brasileira, para compra de Sociedade de Crédito Imobiliário, de “Grupo em liquidação extrajudicial”, pelo valor correspondente a US\$ 6.240.000,00.

A compra era necessária porque à época, para abertura de qualquer estabelecimento bancário, era preciso adquirir o que se convencionara chamar de “pontos”.

Nós pedimos e foi concedido que o banco passaria a operar como “Banco Comercial”.

Em 7 de novembro de 1988, recebemos do Banco Central — telex DEORB-88/3396-3 a comunicação que em reunião de 2 de novembro de 1988 a Diretoria aprovava a constituição do banco consulente.

Nesse mesmo dia, recebemos cópia da Resolução 1527, do Banco Central, datada de 3 de novembro de 1988, pela qual se estabelecia a proibição da venda de “pontos”, o que aliás já fora determinado pela última Constituição Federal.

Apesar da situação ter-se alterado fundamentalmente, por solicitação do Banco Central, firmamos em 21 de março de 1989, um contrato de cessão

de créditos ilíquidos entre o Banco Central e o banco consulente, com a intervenção do Banco em liquidação, no valor de US\$ 6.200.000,00 para pagamento em seis anos, com dois de carência, a taxa de juros de 6% a.a. mais IPC.

Concomitantemente o “Grupo em liquidação” depositou o valor correspondente a NCr\$ 5.500.000,00, por 5 anos, à taxa do IPC mais 6% a.a.

As parcelas seriam reajustadas em IPC ou outro índice de reajustamento monetário que viesse a ser adotado, conforme documentos assinados.

Como a diferença de índice, após o Plano Collor, distorcia muito os valores, em 5 de julho de 1990 pela nossa correspondência BF/090/90 pleiteamos que se aplicasse no nosso caso, o BTN como índice de correção.

A distorção foi tão brutal que em março de 1990, em nossas aplicações normais nós quitaríamos o “Banco Central” e nossa dívida com o “Grupo em liquidação”; após essa data o desequilíbrio financeiro foi total.

Não obtivemos resposta até esta data.

Finalmente em 4 de abril de 1991, endereçamos pleito ao presidente do Banco Central, dr. Ibrahim Eris, pelo nosso expediente JCN/BF/239/91, solicitando com base na exposição efetuada:

1. Concessão de um limite operacional provisório e excepcional de Cr\$ 1.500.000,00.

2. Prorrogação do prazo de carência.

3. Fixação de BTN como indexador.

O primeiro pedido foi denegado. Os demais continuam sem resposta.

QUESITOS

1- Considerando-se que o depósito de CCr\$ 5.500.000,00 feito no Banco do Brasil S.A., em conta conjunta aberta em nome do Banco em liquidação S.A. e o banco consulente, com anuência do Banco Central, (Contrato Particular de Aplicação Financeira — doc. 8 anexo) tinha o inequívoco objetivo de gerar recursos para pagamento futuro dos débitos assumidos pelo adquirente dos “créditos de difícil liquidação”, as distorções havidas nos índices de correção monetária, decorrentes de medidas de governo, são de responsabilidade de quem? Do Banco Central? Do Banco Consulente?

2- O banco consulente se submeteu ao pagamento do valor estipulado no contrato, ainda que legalmente não houvesse mais tal exigência — a compra de “pontos”, ou “patentes”, fora proibida pela Resolução BACEN 1527, de 3.11.88 — somente depois que o Banco Central autorizou a massa do Auxiliar a depositar, para aplicações em operações “over”, que favorecia o comprador, de importância quase equivalente a débito que este assumiu, fixando prazos tanto do débito relativo à compra dos “pontos” quanto do crédito re-

lativo ao depósito. Resultando claro dessas operações que o objetivo do depósito era exclusivamente o de, decorridos os 5 (cinco) anos, sua utilização no pagamento do débito assumido indevidamente pelo “consulente”, pergunta-se:

a) deve o banco consulente ser responsabilizado pela distorção de índices de correção monetária, que tornou inútil o espírito norteador dos contratos pertinentes à transação?

b) não seria da responsabilidade do Banco Central encontrar a fórmula de compatibilizar, débito e crédito do consulente, conforme vontade expressa das partes envolvidas?

3- O bloqueio financeiro determinado pelo governo — Plano Collor — impediu que o banco consulente se utilizasse do dinheiro depositado no Banco do Brasil S.A., com rendimentos acumulados por via das operações “over”, fato que praticamente impediu o Banco de operar. Pergunta-se: de quem é a responsabilidade?

4- Com a manutenção do Índice IPC para a correção do seu débito junto ao Banco Central, os balanços do banco consulente, que apresentavam patrimônio positivo em 28.2.90, passaram a ser negativos, sem que nenhum outro fator tenha motivado a mudança de posição. O fato também vem impedindo o banco de operar normalmente. Quem deve ser responsabilizado por isso? Como pode o banco ser ressarcido?

5- Aceito o BTN para correção do contrato com o Banco Central, o índice se estenderia ao Grupo em liquidação em função da cláusula *rebus sic stantibus*?

6- A questão da correção monetária no caso da transação Joseph Safra-Governo Federal, de que dá notícia a Revista “Isto É/Senhor”, de 10.7.91, página 28 (doc. anexo), pode ser argüida no caso do banco consulente? Ele teria, por analogia, o mesmo tratamento?

7- Em resumo, quais as obrigações e quais os direitos que, em face dos contratos e das questões suscitadas, cabem ao banco consulente?”.

RESPOSTA

A consulta formulada será respondida após algumas considerações de natureza constitucional, assim como vinculadas aos Direitos Econômico, Administrativo e Privado, que se fazem necessárias para a compreensão de minha inteligência do problema suscitado, da atuação do governo brasileiro que

determina a política do Banco Central, já que este não é autônomo, do próprio Banco Central e dos dirigentes desta instituição, como das autoridades brasileiras que veicularam os manifestamente inconstitucionais Planos Collor I e II, no entendimento da esmagadora maioria dos juízes federais deste país, de diversos Tribunais Regionais e da unanimidade da doutrina¹.

Em relação aos problemas de natureza constitucional relacionados com o Banco Central, a ordem econômica e o sistema financeiro, mister se faz uma perfunctória análise do disposto nos artigos 164 e 192 inciso I e II e § 1º, assim como na disposição do artigo 5º § 1º, todos assim redigidos:

“Art. 164. A competência da União para emitir moeda 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.

1 Em Apêndice do 6º volume, tomo I, dos Comentários à Constituição do Brasil que venho escrevendo com Celso Bastos, em fins de março de 1990, disse: “Os presentes comentários já estavam prontos e revistos quando o Poder Executivo, com inumeráveis medidas provisórias, alterou pontos fundamentais da ordem econômica, do sistema tributário, dos direitos fundamentais da cidadania e de variados outros aspectos pertinentes à ordem constitucional.

A título de combater a inflação, maculou seriamente a Constituição Federal, pisoteando o direito à propriedade, as prerrogativas do contribuinte e os princípios estruturais da ordem econômica, na maior intervenção do Estado na vida do cidadão que a história brasileira registrou e que nem os regimes autoritários anteriores ousaram.

O Brasil deixou de ser um Estado cuja ordem econômica é configurada pela livre iniciativa e pela livre concorrência, para se tornar um Estado socialista, que permite que a livre iniciativa exista, desde que subordinada ao pequeno grupo que cerca o presidente e nos termos e enquanto o grupo desejar.

E, à evidência, o sistema tributário foi violentado. A Medida Provisória n. 160 criou um verdadeiro imposto sobre o patrimônio rotulado de IOF. O bloqueio dos ativos financeiros, pela M.P. n. 168, foi um autêntico empréstimo compulsório não mais admissível na atual ordem constitucional, em virtude das limitadas forças do artigo 148 da lei suprema.

O tributo foi utilizado com efeitos de confisco nos leilões futuros e nas incidências superiores do IOF sobre os valores das operações, com clara violação ao art. 150, IV, em face da transferência da propriedade privada para o setor público sem qualquer espécie de indenização.

O esfrangalhamento da Carta Constitucional nunca foi tão nítido e tão repudiado pela comunidade jurídica nacional e, nestes comentários à Constituição, não poderia deixar de registrar meu total e absoluto desencanto com a forma pela qual S. Excia., o presidente da República, violentou a Carta, que um dia antes jurara defender e sob a proteção da qual foi eleito presidente.

O Direito, todavia, é maior que os homens. Os presidentes passam, mas não a consciência jurídica de uma nação. E aqueles que têm a obrigação de defendê-la, que são os advogados, promotores e magistrados, estão alertas para preservar a ordem constitucional, maior bem de um povo livre” (p. 581/582).

§ 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”;

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

I. a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso;

II. autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador;

§ 1º. A autorização a que se referem os incisos I e II será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento”;

“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:...

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”².

O artigo 164 é de inequívoca clareza ao dar autonomia ao Banco Central sobre a emissão da moeda, ao impor vedação de concessão de empréstimos ao Tesouro Nacional ou a entidades fora do sistema financeiro, ao

2 Celso Ribeiro Bastos assim se refere ao § 1º do artigo 5º: “Terão aplicação imediata todos os direitos e garantias fundamentais, desde que não obstados por uma expressa referência da lei a uma legislação integradora, nem por um vazio semântico tamanho que torne o preceito absolutamente dependente de uma integração normativa.

Assim sendo, devem-se entender como auto-executáveis as novas garantias constitucionais como o *habeas data*, o mandado de injunção e o próprio mandado de segurança coletivo, nada obstante o fato de que uma legislação regulamentadora, se promulgada, viesse a constituir uma medida muito útil. No entanto, valendo-se do recurso analógico, tem o legislador condições de dar aplicação a esses institutos, não havendo, na verdade, uma imprescindibilidade da legislação complementar” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º volume, Saraiva, 1989, p. 393).

ofertar-lhe o poder de regular o mercado de moeda e de juros, pela aquisição e alienação de títulos emitidos pelo Tesouro Nacional, em casos extremos, assim como ao permitir que receba as disponibilidades de caixa da União³.

Deve-se lembrar que o § 2º é comando excepcional, visto que se transformasse em rotina a operação, o § 1º estaria prejudicado, na medida em que pela compra e venda de títulos do Tesouro Nacional estaria, indiretamente, o Banco Central, emprestando dinheiro ao Tesouro Nacional, o que o comando do parágrafo precedente impede.

Ora, para não tornar o § 1º do artigo 164 rigorosamente inútil e para homenagear a inteligência dos contribuintes, que teriam em interpretação contrária, assinado atestado de acácia falta de lucidez, entendo que a regra está no § 1º e que o § 2º só excepcionalmente pode ser acionado e nunca como rotineira política de empréstimos sofisticados de recursos à incúria do Tesouro Nacional⁴.

A evidência, por tal linha de raciocínio — única possível para uma exegese sistemática da lei suprema — e fora de tais comandos, não pode o Banco Central agir se não pela rota dos dispositivos expostos no artigo 192, ainda dependentes de lei complementar em parte, mas em parte com alguns comandos de aplicação imediata e assecuratórios de direitos individuais e não dependentes de qualquer explicitação complementar. Em outras palavras, todo o dispositivo cuja imposição possa ser obtida sem necessidade de lei integrativa ou ordinária, não pode deixar de ser aplicado.

3 José Afonso da Silva ensina: "Anteriormente, com base no art. 21, VII, vimos que compete exclusivamente à União emitir moeda e a ela cabe legislar sobre sistema monetário. Essas normas se completam com a previsão do art. 164, de conformidade com o qual a sua competência para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central (escrito sempre com minúsculo na Constituição, para indicar que se refere a qualquer instituição financeira que exerça as funções do banco central, que, hoje, pelo visto, é o Banco Central do Brasil, outrora foi a SUMOC — Superintendência da Moeda e do Crédito e o Banco do Brasil), vedado a este conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira, com isso a Casa da Moeda passará a ser uma dependência do Banco Central, o que se faculta, outrossim, a compra e venda de títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros.

Por outro lado, as disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, dos Municípios e órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele cotroladas, hão de ser depositadas em instituições oficiais, ressalvados os casos previstos em lei" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 612)

4 Manoel Gonçalves Ferreira Filho lembra que: "Recorde-se a lição clássica que Cooley exprimiu nos Estados Unidos e Rui Barbosa divulgou entre nós. Segundo ela, as normas constitucionais ou são auto-executáveis (*self-executing provisions*), ou não auto-executáveis (*no-self-executing provisions*). Aquelas são normas completas na sua hipótese e na sua disposição. Em consequência, fornecem regras mediante as quais se possa usufruir do direito outorgado ou resguardá-lo. As segundas, por que incompletas, e o conceito é de Rui Barbosa, "não revestem dos meios de ação essenciais os direitos que outorgam, ou os encargos que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes,

Explicito melhor: o artigo 192 depende de regulação complementar, como no caso dos juros reais de 12%, visto que a lei deverá definir o que seja juro real, mas se o comando for negativo, ou seja, de mera proibição para que o governo aja desta ou daquela forma, não poderão deixar, o governo e o Banco Central, de assim agir, risco de violentarem as leis que deveriam não só respeitar, mas proteger do desrespeito alheio⁵.

À evidência, enquanto não houver regulamentação por parte do Congresso Nacional da lei complementar que estabelecerá qual será o sistema financeiro a ser plasmado nos termos da Constituição, prevalecerá a legislação anterior — desde que não conflitante com *lex magna* — ou seja, a legislação anterior é recepcionada em parte, com eficácia de lei complementar, até que produza o Congresso o diploma de integração superior.

cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem" (cf. sobre esse assunto, além do que consta de meu *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 11, o estudo "Os princípios do Direito Constitucional e ao art. 192 da Carta Magna", *Revista de Direito Público*, 88:162)" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Vol. 1, ed. Saraiva, 1990, p. 86/87)

⁵ Escrevi sobre o dispositivo mencionado: "É interessante notar que, no mais clássico livro sobre a matéria, estudo parcial para formulação de uma teoria geral dos preços, Irving Fischer (A teoria do juro determinada pela impaciência por gastar renda e pela oportunidade de investi-la, Ed. Abril, 1984) apresenta seu próprio conceito e é contestado por inúmeros autores e, entre nós, pelos autores do Plano Cruzado, que não obstante o brutal fracasso da fórmula adotada, tinham-no por economista da Idade da Pedra.

O certo é que os inspirados autores do Plano Cruzado têm procurado esquecer suas fórmulas mágicas, enquanto o economista da Idade da Pedra tem em Galbraith (A Era da Incerteza, Ed. Pioneira, 2ª ed., 1983) o melhor elogio, pois o considerou autor de fórmula tão segura quanto a área do círculo (πR^2) para medição da inflação

$$(P = MV + M1 V1).$$

T

Não obstante o elogio recebido por Galbraith, Friedrich A. Hayek dele discorda (*Direito, Legislação e Liberdade*, 3 vols., 1985), não acreditando haja um efeito multiplicador entre a quantidade de moeda e sua velocidade de circulação, em que reside o fulcro daquela fórmula para definir o nível de preços e sua elevação ou redução vinculada ao volume de transações.

O certo é que não há conceito definitivo e absoluto na doutrina, sobre juros, visto que o nominalismo da moeda, cujo empréstimo é remunerado por juros, pode ser atingido por variados fatores, ao ponto de se discutir ainda no Brasil se haveria apenas duas formas de pactuação, capazes de gerar as denominadas dívidas de dinheiro e as dívidas de valor, ou se a matéria não comportaria a existência de uma terceira, que seriam as dívidas indexadas. É, aliás, o que defende Mauro Brandão Lopes (*A atualização de Obrigações Pecuniárias não Indexadas in A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, coordenação de Gilberto de Uchôa Canto e minha, Ed. Saraiva, 1983" (*A Constituição Aplicada*, vol. 1, Ed. CEJUP, 1989, p. 16/17).

Desta forma, o Banco Central tem funções regulatórias expressas no artigo 164, rege o sistema financeiro nos termos da legislação ordinária — recepcionada com eficácia de complementar — que não seja conflitante com o artigo 192 e deve aplicar todas as determinações constitucionais que independem de regulamentação, mormente aquelas que, exteriorizando uma garantia individual por força do § 1º do artigo 5º, são de imediata aplicação⁶.

O que for direito de cidadania, que implique apenas um comando negativo para não agir e que, portanto, independa de regulamentação é de necessária aplicação pelo Banco Central, que deve respeitar a norma, risco de estarem sujeitos seus dirigentes — e autoridades federais vinculadas — à responsabilização pessoal, nos termos de disposições que explicarei mais adiante.

Nesta primeira abordagem, à nitidez, o Conselho Monetário Nacional não mais existe no sistema constitucional brasileiro.

Em face do que até agora expus, passo a examinar o § 1º do artigo 192. O § 1º não poderia conter discurso de maior clareza⁷.

De início, declara que as autorizações para funcionamento das instituições financeiras são inegociáveis e intransferíveis.

O discurso constitucional é de aplicação imediata. Não se pode negociar, nem se transferir a autorização para funcionamento desde 5 de outubro de 1988. O discurso é um discurso negativo, isto é, de proibição auto-aplicável a que possa o governo negociar, transmitir ou autorizar negociações e transferências⁸.

6 Caio Tácito ensina: "As Constituições são um sistema orgânico de normas que estruturam o Estado e seus poderes, definem o âmbito de seus serviços e atividades, regulam direitos e deveres dos jurisdicionados, dispõem sobre a ordem econômica e a ordem social, configurando, em suma, a organização da sociedade.

As suas normas, integradas pelo princípio da vigência, que se opera com a promulgação — ou excepcionalmente no termo inicial estipulado (*vacatio constitutionis*) se distinguem, porém, quanto à atualidade de seus efeitos.

Certas de suas normas de logo adquirem eficácia plena. Outras, embora dotadas de conteúdo definido, ficam na dependência de leis que a complementem para que se tornem operantes. Outras, ainda, se limitam a exprimir um princípio programático, a que a lei terá de dar corpo e substância.

As primeiras entram, imediatamente, a incidir sobre pessoas e bens, produzindo efeitos diretos" (RDP n. 88, out/dez, 1988, ano XXI, p. 153).

7 Wolgran Junqueira Ferrreira assim comenta o dispositivo: "Em linguagem mais acessível, o que se proíbe por este parágrafo, é a denominada venda da "carta patente" bancária que era autorização para o funcionamento do banco em seu todo e de suas agências em particular" (*Comentários à Constituição de 1988*, vol. 3, ed. Julex Livros, 1989, p. 1023).

8 A aplicação imediata é também hospedada pela equipe da Price Waterhouse que comentou a Constituição: "A autorização para o funcionamento das instituições financeiras e dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização será concedida, sem ônus, àqueles que preencherem os requisitos necessários, sendo a mesma inegociável e intransferível. O controle da pessoa jurídica titular poderá ser transmitido, na forma da lei do sistema financeiro nacional, à pessoa jurídica que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento, e cujos diretores possuam capacidade técnica e reputação ilibada" (os grifos são meus) (*A Constituição do Brasil 1988*, Price Waterhouse, 1989, p. 765).

Se o governo ou o Banco Central atuarem como mercadores de autorizações, à evidência, estariam agindo contra a Constituição, que, de forma incisiva e inequívoca, proíbe tal forma de agir.

O texto constitucional, por outro lado, permite que o controle acionário das instituições financeiras seja transmitido ou transferido, não se confundindo a transmissão do controle acionário com a autorização para funcionamento.

A autorização é um ato administrativo, com perfil jurídico próprio, que não implica necessariamente transmissão de controle acionário. No caso, o perfil de autorização é atípico na medida em que, por gerar despesas, fere direitos adquiridos, não tendo natureza precária, sendo que sua não onerosidade decorre do fato de o regime jurídico estar mais vinculado ao artigo 173 da C.F. e menos áquele dos serviços públicos próprios do artigo 175. A transmissão é um ato pertinente ao Direito Mercantil, enquanto a autorização ao Direito Administrativo, apesar de suas características especiais. Este independe dáquele e sua concessão está exclusivamente vinculada à idoneidade moral e financeira dos que comporão a entidade financeira⁹.

Como, todavia, a transmissão de controle (ato vinculado ao Direito Comercial) pode implicar a necessidade de autorização, embora de natureza especial (ato vinculado ao Direito Administrativo), houve por bem o constituinte espancar qualquer dúvida a respeito, exigindo que as autorizações sejam “concedidas sem ônus”.

⁹ A autorização a que faz referência a Constituição é de natureza regulatória, portanto, com configuração distinta da singela autorização administrativa, a que Hely Lopes Meirelles assim se refere: “Autorização é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço, ou a utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, o trânsito por determinados locais etc. Na autorização, embora o pretendente satisfaça às exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado, ou da cessação do ato autorizado, diversamente do que ocorre com a licença e a admissão, em que, satisfeitas as prescrições legais, fica a Administração obrigada a licenciar ou admitir.

Não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização, daí por que a Administração pode negá-la ao seu talante, como pode cassar o alvará a qualquer momento sem indenização alguma (v. Cap.VI, item Serviços autorizados)” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 15^a ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 164/165).

Da leitura do discurso constitucional sobressai a clareza de que:

1) qualquer autorização para funcionamento de qualquer instituição financeira será concedida sem ônus,

inclusive

2) as autorizações para as instituições financeiras em que haja transmissão do controle acionário¹⁰.

Os dois últimos aspectos do § 1º são de singela percepção.

O primeiro, a que faz menção a expressão “na forma da lei”, hospeda aquela legislação anterior recepcionada por não estar em conflito com a nova ordem constitucional até a produção da lei complementar. À evidência, o conflito eventual entre o disposto no Direito anterior e no atual sinaliza pela não recepção, como ocorreria se a concessão de autorização fosse onerosa¹¹.

O segundo diz respeito à tríplice condição dos diretores das pessoas jurídicas, ou seja, que tenham:

- a) reputação ilibada (aspecto ético);
- b) sólidos conhecimentos do setor (aspecto técnico);
- c) recursos suficientes (aspecto econômico).

10 O dispositivo, de rigor, repete o princípio exposto no § único do artigo 170 assim redigido: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

11 Celso Bastos comenta o § único do artigo 170, dizendo: “No capítulo referente aos direitos individuais, a Constituição já assegura no art. 5º, XIII, que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Aqui cuidou-se sobretudo do trabalho como manifestação da individualidade. Já o parágrafo sob comento cuida de garantir a todos a possibilidade de lançarem-se ao mercado não só como profissionais no desempenho de uma atividade econômica, mas também de levarem adiante a própria empreitada consistente na organização da empresa.

Qualquer atividade econômica é portanto livre. Há que se fazer a restrição que o próprio Texto Constitucional faz: salvo os casos previstos em lei. Não nos parece feliz a expressão lei. Isto porque a própria Constituição monopoliza determinadas atividades, considera outras como serviço público e reserva ainda algumas ao desempenho exclusivo por parte dos brasileiros. Portanto, é a própria Constituição que restringe a liberdade de iniciativa no campo econômico.

É evidente, no entanto, que ela quis enunciar que também à lei é dado criar restrições, visto que a tanto equivale a dizer que depende de autorização. Mas aqui não de ser respeitados os limites impostos pela Constituição ao Estado no campo econômico (arts. 173 e 174). Não é lícito à lei fazer depender de autorização de órgãos públicos atividades não sujeitas à exploração pelo Estado, nem a uma especial regulação por parte do poder de polícia. É aceitável, pois, que dependam de autorização certas atividades sobre as quais o Estado tenha necessidade de exercer uma tutela, quanto a seu desempenho no atinente à segurança, à salubridade pública etc. Traduzir-se-á em inconstitucionalidade se a lei extravasar estes limites e passar, ao seu talante, a fazer depender de autorização legislativa as mais diversas atividades econômicas. Isto equivaleria sem dúvida a uma manifesta negação do princípio da livre iniciativa inserido na cabeça desse artigo” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 7º volume, Saraiva, 1990, p. 38/39).

Desta forma, desde que preencham, os criadores de uma instituição financeira ou adquirentes de controle de outra já existente, os três requisitos acima, *não pode o Banco Central negar a autorização para funcionamento.*

Examinado este ponto, passo a considerar agora dois outros elementos de relevância para a resposta ao parecer.

Um deles refere-se à responsabilidade funcional das autoridades governamentais, sempre que prejudiquem a sociedade ou os cidadãos por seus atos.

O § 6º do artigo 37 da Constituição Federal alargou o espectro de atuação do comando anterior, que estava consubstanciado no artigo 107 da E.C. n. 1/69¹².

Hoje, o Estado é objetivamente responsável por todos os prejuízos que cause à sociedade, estendida tal responsabilidade às empresas privadas que trabalhem no regime jurídico de densidade econômica vinculado à prestação de serviços públicos. Concessionárias e permissionárias de serviços públicos são obrigadas a indenizar terceiros que prejudiquem por sua ação indevida e incorreta.

A responsabilidade do Estado é sempre objetiva. A teoria do risco administrativo é aquela que foi hospedada pelo constituinte, sendo hoje pacífica sua aceitação na doutrina e na jurisprudência nacionais¹³.

Os agentes públicos, todavia, apenas serão responsabilizados, em ação de regresso, em caso de culpa ou dolo. A má-fé, a fraude, caracterizam o dolo, sendo, todavia, a culpa fruto da omissão, imperícia, negligência ou imprudência.

Sempre que um agente público causar, em nome do Estado, prejuízo a terceiros é responsável pelo prejuízo causado, se tiver agido com dolo ou culpa¹⁴.

12 O artigo 107 da E.C. 1/69 tinha 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 Caio Mário da Silva Pereira observa: "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 serviços públicos.

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 à sua atividade ou à sua função.

É de se entender, igualmente, que no vocábulo "Estado" compreendem-se as pessoas jurídicas de Direito público e as de Direito privado prestadoras de serviços públicos" (*Responsabilidade Civil*, Forense, 1990, p. 139)

14 Pinto Ferreira lembra que: "Em 1948, O STF reconheceu a responsabilidade pública por dano provocado por ato praticado com base em lei, ulteriormente declarada inconstitucional (RDA, 20:42). Outras decisões e responsabilidades por mau funcionamento do serviço (STF, RE 20.372, de

O princípio constitucional objetiva levar a autoridade a ganhar superior sentido de responsabilidade, pois serve a sociedade e viabiliza o interesse e o espírito público.¹⁵

Ora, não é admissível que autoridades desconheçam a lei, não é admissível que as autoridades desconheçam a Constituição. Admitir que um servidor público, uma autoridade governamental alegue a ignorância do Direito, que nem aos analfabetos é permitido, é admitir que o país seja administrado por pessoas ainda com piores atributos.

No próprio Direito romano a ignorância da lei só foi admitida, nos primeiros tempos, aos rústicos e às mulheres, tendo sido, posteriormente, o privilégio retirado já na fase republicana¹⁶.

de 25.4.1958); inércia administrativa (STF, RE 61.387, de 29.5.1968); responsabilidade por danos provenientes de enchentes de chuvas torrenciais, cuja restauração no passado exigia providências que foram omitidas (STF, no AgR 58.561, de 23.10.1973, RTJ, 70:704).

A adoção da teoria do acidente administrativo foi admitida sucessivas vezes em decisões judiciais (RDA, 122:172; 87.221)'' (Comentários à Constituição Brasileira, 2º volume, Saraiva, 1990, p. 406)

15 Toshio Mukai ensina: ''Carlos Roberto Gonçalves também assim entendia: ''Essa responsabilidade abrange as autarquias e as pessoas jurídicas de Direito privado que exerçam funções delegadas do poder''.

De nossa parte, também, já afirmáramos: ''Conclui-se de tais declarações que, se, teoricamente, não se poderia fugir da extensão da teoria da responsabilidade objetiva às empresas públicas, *lato sensu*, porquanto, tal como as concessionárias, são prestadoras de serviços públicos (industriais ou comerciais), mesmo diante do texto expresso da Constituição brasileira vigente, essa tese é válida...''.

Por outro lado, quanto à expressão ''funcionário'', que era empregada pelo art. 194 da Constituição de 1946 e pela Emenda Constitucional n. 1/69, a doutrina brasileira a entendia no seu sentido mais amplo possível. Pontes de Miranda dizia: ''Tudo o que acima se disse sobre a responsabilidade do Estado concerne às outras pessoas de Direito público interno. Os empregados deles, funcionários, são, nesse ponto, equiparados aos funcionários públicos. O art. 194 rege, portanto, a responsabilidade das autarquias, estatais e paraestatais, e das outras pessoas de Direito público interno''.

Amaro Cavalcante também entendia naquele sentido a expressão: ''Funcionário no referido texto constitucional é de ser entendido no seu sentido mais amplo possível, a fim de abranger todos aqueles, qualquer que seja a forma de sua escolha e quaisquer que sejam suas funções, que colaborem na gestão da coisa pública, pouco importando a sua categoria''.

Aliomar Baleeiro, analisando a expressão, disse em voto no Supremo Tribunal Federal: ''São os mesmos representantes do artigo 15 do Código Civil, inclusive os órgãos e agentes dos três Poderes e não apenas aqueles que a lei antiga chamava de empregados públicos da Administração''.

Por essa razão faz bem o legislador constituinte em substituir a expressão ''funcionários'', que constava do art. 194 da Constituição de 1946 e do art. 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, pela expressão ''agentes'', dando assim, guarida ao entendimento doutrinário mencionado'' (*Administração Pública na Constituição de 1988*, Ed. Saraiva, 1989, p. 60/61).

16 D'Ors lembra que: *La afirmación general del deber de conocer "las leyes" es de época tardía. CTh. 1,1,2 = CJ. 1.18.12 (del 391), donde la interpretatio distingue leges y statuta. La ignorancia del Edicto, que es tan público como la ley, pues se expone al público en el album del magistrado, no es más excusable que la de la ley (D. 21.1,1,2itp.). Esta enexcusabilidad de la ignorancia de la ley no se puede extender al ius, pues éste no es público como la ley o el Edicto. La ignorancia de derecho tan sólo es enexcusable cuando hay negligencia para informarse acerca de él (Labeón,*

Uma autoridade, que deve cumprir a Constituição ou a lei e não o faz, sobre dar um péssimo exemplo à sociedade, gera a insegurança jurídica, atingindo um dos cinco fundamentos maiores dos direitos e garantias individuais¹⁷.

Pasma-me ainda hoje, após 34 anos de exercício profissional, que as grandes violências do Direito perpetradas por autoridades governamentais continuem impunes, sem ter sido responsabilizada, a grande maioria daqueles servidores, que as impôs, visto que *lato sensu* todos são “servidores públicos”.

O certo, todavia, é que começam os cidadãos a se conscientizar de seus direitos e a exigir que as autoridades os respeitem. No dia em que mais autoridades tiverem que responder com seus próprios recursos pelas lesões causadas à sociedade, por violação do Direito, serão todas elas mais responsáveis, deixando de fazer da sociedade um laboratório de suas teorias acadêmicas para exercer o poder dentro da lei e da ordem.

O quarto aspecto diz respeito à inequívoca inconstitucionalidade dos Planos Collor I e II, já sobejamente declarada pelos Tribunais, no concernente:

1) ao bloqueio dos cruzados, autêntico empréstimo compulsório vedado pela lei maior, sobre violentar inúmeros outros dispositivos da Carta Magna (artigo 148 da C.F.);

2) ao IOF retroativo a operações praticadas à luz do Direito anterior (artigo 150 inciso III letra “a”);

3) à manipulação de índices da correção, sendo plena para as situações em que o Estado era preferencialmente credor e manipulada para aqueles em que se situava como devedor (artigo 5.º inciso XXIV), provocando autêntica desapropriação indireta sem justa indenização;

cit., por Paul. D. 22.6: de iuris et facti ignorantia, 9.2); es excusable en los menores (menores de 25 años), los rustici y las mujeres (D.22,6,9pr.), como admitieron frecuentemente los escriptos (D. 49,14,2,7). Marco Aurelio, p. ej. excusó (D. 23,2,57a) el caso de una mujer que llevaba cuarenta años con su tío materno sin conocer la prohibición (era lícito, por excepción, el matrimonio con el tío paterno): § 219 n. 6). Con este concepto de inexcusabilidad se relaciona el de obligatoriedad como derecho, no dispositivo, sino necesario e inalterable: “ius cogens” (Derecho Privado Romano, Ed. Eunsa, Pamplona, 1983, p. 65)

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

4) ao congelamento de preços e à “tablitagem” proibidos pelos princípios maiores da livre concorrência, livre iniciativa e planejamento exclusivamente indicativo para o setor privado (artigos 170 inciso IV e 174 da C.F.);

5) ao tratamento desigual das mais variadas situações (artigo 5º *caput* e 150 inciso II da C.F.)¹⁸.

Ora, todas as autoridades que praticaram as inconstitucionalidades acima mencionadas — e assim declaradas pelo Poder Judiciário — são responsáveis pelos prejuízos causados — na melhor das hipóteses por culpa — devendo o Estado, que deverá indenizar os prejuízos, entrar com ação de regresso contra tais servidores, se, por acaso, não o fizerem, os próprios cidadãos, através de ações populares¹⁹.

Colocadas as premissas acima, passo agora a responder às questões formuladas pela consulente.

1) Entendo que, claramente, a responsabilidade é do Banco Central. De rigor, tendo a operação sido realizada após 5.10.88, já não poderia o Banco Central exigir tal forma de remuneração indireta (assunção dos créditos de difícil liquidação), posto que a autorização para atuar na área deveria ser dada sem qualquer ônus para a consulente.

18 Antonio Vital de Vasconcelos, titular da 14ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, ensina, à luz de lição de Luiz Mêlega, que: “O império da lei decorre do irrestrito respeito aos direitos que a norma assegura. Como obtemperou, com prioridade e brilho, LUIZ MÊLEGA (Jornal “O Estado de São Paulo”, edição de 14.1.88, p.33): “Ao cidadão deve ser dada a segurança de saber que, ao ler na lei o comando a que ela submete governantes e governados, nenhuma alteração será introduzida a qualquer pretexto com relação aos fatos ocorridos na vigência dessa lei e aos efeitos futuros que essa lei projeta sobre os mesmos fatos. Caso contrário, será o caos social e jurídico. Na administração da empresa privada é imprescindível observar um cuidadoso planejamento financeiro, tarefa essa que fica impossibilitada quando não se puder confiar na legislação vigente na data dos atos e fatos jurídicos. Se assim não fosse, seriam abalados os princípios básicos do regime de livre iniciativa. A segurança das relações jurídicas é inerente à democracia, dado fundamental e inalienável do sistema jurídico em que ela se assenta. A antidemocracia caracteriza-se pela ruptura das relações jurídicas estribadas em normas volúveis, porque desrespeitadas sem mais conseqüências sempre que assim interessar a alguém, principalmente aos governantes” (*Desbloqueio dos Cruzados Novos*, Ed. IOB, 1991, p. 11).

19 O artigo 5º LXXIII da Constituição Federal tem a seguinte dicção: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo a 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”.

Estão, todavia, sujeitos, os dirigentes do Banco Central, a ser responsabilizados nos termos do § 6º do artigo 37 da C.F., por terem continuado a tratar a consulente, como se o regime anterior ainda vigesse no concernente às “cartas patentes” e à cessão de “pontos”²⁰.

Por outro lado, houve inequívoca manipulação de índices desde 3.11.88, seja com o “Plano Verão” e, principalmente, com o Plano Collor, que desatrelou o medidor oficial da inflação (BTN) do medidor real da inflação (IPC), beneficiando-se, o Estado, nos dois pólos de suas relações principais, como credor, pretendendo receber pelo índice real e, como devedor, pagar pelo índice oficial manipulado.

20 O advogado Luís Felipe Belmonte dos Santos, em trabalho que nos foi apresentado, considera inclusive que a revogada Resolução n. 1060 do C.M.N., pelo prisma da qual iniciaram-se as negociações do Banco Central com a consulente, sobre não ter sido recepcionada pela nova Constituição, já era inconstitucional à luz do Direito anterior, ao dizer: “DA INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 1060, DO CMN. Conforme verificado nos itens 2 a 5 retro, com a edição da Resolução nº 1.060, o Banco Central em face da sua competência privativa para outorga de autorizações da espécie, passou a deter o monopólio e controle de vendas de carta patente — artificial e ilegalmente valorizadas — uma vez que podia, discricionariamente, vetar ou aprovar tais operações.

Vale notar que a Resolução nº 1.060 é ilegal, também pelo fato de a base normativa que lhe dá sustentação ser o art. 10, § 1º, da Lei nº 4.595/64 (vide Preâmbulo), segundo a qual, verbis: “No exercício das atribuições a que se refere o inc. IX deste artigo, com base nas normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil *estudará* os pedidos que lhe sejam formulados e resolverá conceder ou recusar a autorização pleiteada, podendo incluir as cláusulas que reputar conveniente ao interesse público” (grifou-se).

Como se vê, a Resolução nº 1.060 foi editada em flagrante contrariedade com a Lei nº 4.595/64, pois retirou do Banco Central até mesmo o direito de estudar os pedidos de autorização. Simplesmente, os novos pedidos de autorização seriam *sumária e liminarmente recusados*, pouco importando a idoneidade moral e financeira do proponente, o que significou, inclusive, desatendimento à política do CMN de “desevolvimento harmônico da economia nacional” conforme previsão contida no inciso IV, do art. 3º, da Lei citada.

A par disso, a edição da malsinada Resolução encontra-se evadida de manifesta inconstitucionalidade, pois, a despeito do contido no art. 160, *caput* e seus incisos, da então vigente Carta Política, significou:

a) *restrição do desenvolvimento nacional* de setor essencial e *inobservância da justiça social*, na medida em que se manteve a situação de *alguns graciosamente beneficiados* e impediu-se o acesso de *outros* senão a *título altamente oneroso*, ferindo frontalmente o *princípio de isonomia* de tratamento;

b) impedimento da liberdade de iniciativa, caracterizando-se o setor em benefício dos então detentores da outorga de autorizações da espécie;

c) *desconsideração e impedimento da liberdade de iniciativa*;

d) *permissão da denominação dos mercados e eliminação de novas concorrências*, senão passando pelo estrito gargalo da excessiva onerosidade;

e) *impedimento da expansão de oportunidades de empregos produtivos*.

E tanto é prova que a sistemática da Resolução nº 1.060 ofendia a consciência moral e jurídica da nação, e de que *visava um beneficiamento privado e localizado*, que após “vendidos os pontos” detidos pelos Grupos em liquidação, foi editada a Resolução nº 1.527, acabando com tal regime, bem como as Resoluções nº 1524 e 1649 (doc. 16), que permitiam a constituição — direta ou por aproveitamento de outra — de instituições financeiras” (p. 8/9/10 de petição que me foi exibida).

É de se lembrar que o controlador do Banco Central (governo federal) foi o autor das medidas provisórias, que terminaram por distorcer os índices indexatórios, não podendo alegar, as entidades financeiras oficiais (Banco Central e Banco do Brasil), agora, em benefício próprio, que as leis, que seu controlador fez produzir para provocar as distorções, impedem-nas de agir de outra forma.

Deve-se lembrar que os depósitos feitos pelo Banco do Brasil objetivaram gerar recursos para a consulente poder saldar “os créditos de difícil liquidação”, de tal maneira que não poderia o governo pretender beneficiar-se da manipulação que produziu contra o espírito do contrato e em prejuízo da consulente.

“Ninguém pode se beneficiar da própria torpeza”, sendo o princípio tanto mais aplicável quando aquele que pretende se beneficiar, manipulando os índices e violando as leis, é exatamente quem deveria respeitá-los e salvaguardá-los²¹.

A consulente não tem qualquer responsabilidade nesta manipulação, não está a ela subordinada, tem o direito de entrar com ação de perdas e danos, pelos prejuízos que a manipulação acarretou, contra a União, o Banco Central, inclusive podendo seus diretores ou qualquer outra pessoa iniciar a competente ação popular contra as autoridades, que distorceram os índices *pro domo suo*, provocando lesões sérias aos seus direitos de cidadania.

A resposta à questão primeira, é, pois, de que a responsabilidade exclusiva pertence ao governo²².

2) Entendo que sim. O Banco Central, *de forma indireta*, alienou “pontos” e “cartas patentes”, que já estava proibido de alienar, desde 5.10.88. O Banco Central depositou importância para geração de recursos a fim de que a consulente pagasse, *de forma também indireta*, via contratos de liquidação duvidosa, o Banco Central pela alienação de tais pontos e cartas patentes. O Banco Central, por seu controlador, impediu a geração de recursos pelo bloqueio de grande parte do depósito e manipulação de índices, de tal forma que a parte bloqueada era corrigida por índices inferiores oficiais e a parte devedora por índices superiores reais.

21 Carlos Maximiliano ensina: *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, nº 169) opõem restrições a este apotegma, que é apoiado pelo art. 104 do Código Civil Brasileiro” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Forense, 1979, p. 261).

22 O artigo 104 do Código Civil tem a seguinte dicção: “Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito 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”.

Desta forma, não só o Banco Central e seu controlador inviabilizaram o objetivo inicial que era a geração de recursos para a aquisição indireta de “pontos” e “patentes”, como agiram contra a Constituição ao forçar a consulente a adquirir o que a lei suprema proíbe²³.

Entendo, pois, que

a) não deve ser o Banco São Jorge responsabilizado por distorções, a que não deu causa, devendo tal responsabilidade cair sobre o Banco Central, cujo controlador foi quem manipulou índices e provocou o desequilíbrio contratual;

em decorrência do que

b) caberia ao Banco Central encontrar a fórmula de compatibilização de débitos e créditos da consulente²⁴.

3) Na linha do que já atrás respondi, a responsabilidade é exclusiva do Banco Central e do seu controlador. A grosseira manipulação dos índices, a imposição de prejuízos à consulente por força da fracassada e inútil expe-

23 Diógenes Gasparini lembra que sua responsabilidade é imprescritível, ao escrever: “A responsabilidade civil do funcionário público decorre da prática ou da omissão, culposa ou dolosa, de atos ou fatos que lhe são atribuídos e que causam um dano à Administração Pública. O dano causado à Administração Pública pode ser direto (destruição de um bem público) ou indireto (destruição de um bem particular, cujo prejuízo foi ressarcido pela Administração Pública). Extingue-se com a recomposição patrimonial. É imprescritível nos termos do § 5º do art. 37 da Constituição Federal”. (grifos meus) (*Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, 1989, p. 128).

24 Tão ruim quanto a violência jurídica foi a insensatez econômica do plano, tendo Celso Martone, em 4.5.90, escrito: “Em virtude de seu erro de diagnóstico e de sua concepção equivocada, o Plano Collor não tem grau de liberdade de política econômica. Só há um caminho a seguir para evitar uma hiperinflação no futuro: uma reforma fiscal que gere um superávit primário nulo ou, de preferência, positivo ao longo dos próximos anos. O nível de atividade econômica será aquele que o objetivo de estabilização permitir, o que significa renunciar a uma política anticíclica e aceitar qualquer nível e duração de recessão que a economia produzir. Uma mudança auxiliar importante nesse contexto seria a criação de um banco central independente, que emprestasse, pelo menos em nível legal, maior credibilidade à moeda no futuro.

As experiências de estabilização na América Latina, nos últimos dez anos, têm mostrado que somente os programas que iniciaram com uma reforma fiscal conseguiram se manter (Bolívia e México). Todos os demais, que prometeram a reforma fiscal após a reforma monetária e/ou o congelamento de preços, fracassaram, gerando situações piores do que aquela que pretendiam combater. O exemplo brasileiro dos últimos cinco anos confirma essa regularidade histórica. Embora ainda seja prematura uma avaliação final de resultados do Plano Collor, a evidência histórica é largamente desfavorável” (*Plano Collor — Avaliações e Perspectivas*, Ed. LTC, 1990, p. 58)

riência laboratorial com a sociedade brasileira, que levou alguns economistas e juristas, inclusive, entenderem ter tal experiência ultrapassado os limites da culpa, não beneficiam a desresponsabilização da União e de seu Banco Central. Considero, todavia, que a matéria deveria ser objeto, inclusive, de responsabilização imediata das próprias autoridades, que assim agiram, via ação popular, visto que a ação de regresso a que faz menção o artigo 37 § 6º apenas poderia ser deflagrada após ter sido o Banco Central e a União condenados a ressarcir os prejuízos que ocasionaram. A ação popular pode ser, agora, iniciada, sem ônus inclusive de custas e sucumbência, se, por absurdo, não viesse a prosperar²⁵.

4) Entendo que a responsabilidade — como já expus na resposta anterior — é do Banco Central e de seu controlador, os quais produziram os deletérios, corrosivos e descompassadores Planos Collor I e II, ocasionadores de desnecessários prejuízos à consulente. A forma de ressarcimento é através de uma ação ordinária anulatória da aplicação do IPC cumulada com perdas e danos.

25 Em 9 de maio de 1990 escrevi: "De início, parece-me que o Plano, à luz do Direito Econômico e da economia, deve vencer alguns desafios que não são pequenos, a saber:

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

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

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

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

Deve-se lembrar que o próprio contrato entre as partes sempre faz menção a um *índice oficial*, que deixou de ser a OTN e ainda não era o BTN à época da pactuação, com o que o IPC fazia suas vezes. Ocorre, todavia, que após a criação do BTN, o IPC deixou de ser o índice supletivo, passando o BTN a ser aquele oficial, com o que o próprio contrato rigorosamente sinaliza a adoção do BTN e não do IPC em sua cláusula assim redigida:

“As parcelas estabelecidas na cláusula anterior serão reajustadas, na data de seu vencimento e/ou pagamento, pela aplicação do índice de variação do IPC, ou outro índice de reajustamento monetário que venha a ser adotado pelos órgãos competentes, que ocorrer no período compreendido entre a data da assinatura deste contrato e a data do vencimento e/ou pagamento da prestação, e sobre o valor assim reajustado incidirão, e se tornarão igualmente exigíveis, juros à taxa de 6% a.a. (seis por cento ao ano), contados no mesmo período” (grifos meus).

Ora, se o IPC funcionava como indexador enquanto não voltasse a ter o país um índice oficial, não há o que se pleitear além do BTN, risco de pretender se beneficiar o governo de sua própria torpeza, o que os princípios gerais de Direito e a própria legislação ordinária repudiam²⁶.

Deverá a consulente, pois, em ação ordinária própria, pedir indenização pelos prejuízos sofridos, cabendo a qualquer eleitor que tenha conhecimento do ocorrido ingressar com paralela ação popular contra as autoridades que manipularam os índices e impuseram pesadas perdas à consulente.

26 Transcrevo o pronunciamento do presidente Collor, em sua campanha, de respeito à ética pública e ao Direito: “Nosso objetivo paralelo à recuperação da confiança na moeda será o de estimular a competição, ampliar o mercado interno e melhorar, significativamente, o poder aquisitivo da população brasileira. Este compromisso passa obrigatoriamente pelo saneamento financeiro do Estado. Passa pelo equacionamento da dívida externa, pelo resgate dos compromissos relativos à dívida interna e pela associação com investidores para a construção da prosperidade, tarefa em que estaremos permanentemente empenhados”.

Ressalvadas as exceções constitucionais, a que devotarei estrito e escrupuloso respeito, como é o de meu dever, não permitirei que o Estado faça nada do que, com mais eficiência, possa ser feito pela iniciativa privada. O papel da livre iniciativa, portanto, será essencial para a democratização da Economia que deve, necessariamente, seguir-se à redemocratização política.

O empresariado responsável deste país precisa de regras estáveis na economia e exige racionalidade nas decisões de política econômica. Precisa também readquirir a confiança, requisito indispensável para a retomada dos investimentos” (grifos meus) (*O Plano Brasil Novo e a Constituição*, Ed. Forense Univ., 1990, p. 109/110).

5) Entendo que sim. O índice oficial (BTN) é aplicável não só às relações da consulente com o Banco Central, mas a do que restou do Banco em liquidação adquirido. Entendo que nem seria o caso de se procurar aplicar à hipótese a teoria da imprevisão (cláusula *rebus sic stantibus*), visto que o próprio contrato prevê o índice oficial, que na sua adoção passou a ser o BTN. Assim, a adoção do índice oficial (BTN) é rigorosamente aceitar o princípio de *pacta sunt servanda*. Se, por absurdo se interpretasse, que o BTN não seria índice correto, mas o IPC, à evidência, nesta hipótese, aplicar-se-ia a teoria da imprevisão, a favor da consulente, visto que não esperava ela a manipulação dos índices (fatores imprevisíveis, inevitáveis e irreversíveis), muito embora tal alegação não beneficiasse o Governo Federal e o Banco Central — por terem sido eles os manipuladores dos índices —, mas apenas a consulente²⁷.

6) Poderia ser um elemento circunstancial a caracterizar a existência de real manipulação de índices.

De lembrar-se que o tratamento desigual é proibido, sendo o princípio da igualdade aquele que deve operar. Possível, pois, pleitear a analogia, embora, a meu ver, não seja este o elemento mais relevante no concernente aos direitos da consulente, mas aqueles apresentados nas respostas anteriores a esta questão²⁸.

27 Paulo Carneiro Maia ensina: "Estabelecido este critério, precisou o próprio Larenz que a falta de base do negócio subjetiva tem maior importância prática quando a errônea representação de ambos os contratantes se refere, não a uma qualidade do objeto, mas a outra circunstância fundamental para a vontade das partes, especialmente a base de cálculo aceita por ambas. Nesta ordem de idéias, conceituada a base do negócio subjetiva, não é suficiente que a representação ou esperança tenha determinado, de modo decisivo, a vontade de uma das partes, mesmo quando a outra parte tivesse tido notícia disto. Não se esperar futura transformação das circunstâncias, não equivale à positiva esperança na persistência de determinadas circunstâncias. *A representação ou expectativa, ademais, deve ter sido decisiva para ambas as partes no sentido de que ambas — supondo-se procedimento leal — não teriam concluído o contrato, ou não o teriam concluído tal como o concluíram, se tivessem conhecido sua inexatidão. Se falta ou desaparece a base do negócio subjetiva, o contrato ou a disposição contratual respectiva, via de regra, torna-se ineficaz*" (grifos meus) (*Da Cláusula — rebus sic stantibus*, Saraiva, 1959, p. 185)

28 Eugênio Haddock Lobo e Julio Cesar do Prado Leite escrevem: "Depois de sublinhar a importância do tema, Marília Muricy focaliza sutil mas relevante aspecto da questão: "Por ser questão valorativa, não é, entretanto, insuscetível de um tratamento objetivo capaz de indicar critério de distinção entre a discriminação possível e a que afronta a isonomia. Sem coibir o poder normativo do legislador e sua inevitável carga valorativa, é indispensável o estabelecimento de um parâmetro constitucional que impeça a discriminação legislativa de acolher preconceitos e distorções gerados por uma ordem social que se quer superar".

Pontes de Miranda sinaliza um dos mais importantes problemas isonômicos: "O princípio dirige-se a todos os poderes do Estado. É cogente para 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

7) Tem o banco consulente o direito de sustar qualquer pagamento ao banco Central por compromissos anteriores assinados cujos índices corretivos não tenham ficado rigorosamente jungidos à inflação oficial, não prevalecendo contra esta qualquer manipulação. Tem, por outro lado, o direito de pleitear perdas e danos pelos prejuízos sofridos. Pode, inclusive, em ação ordinária anulatória de contrato cumulada com de perdas e danos, seguida, se necessária, de medida cautelar inominada incidental, restabelecer as forças contratuais originais²⁹.

Por outro lado, contra eventual coação do Banco Central, poderá a consulente requerer à Justiça Federal para que não seja obrigada a pagar, nos termos dos índices correspondentes à inflação real, mas sim naqueles oficialmente impostos pelo próprio governo.

Deve-se lembrar que a manipulação dos índices correspondeu ao inconstitucional bloqueio de cruzados, conforme a esmagadora maioria dos juízes federais já considerou³⁰.

Executivo e Judiciário) e para o lado do órgão legislativo" (*Comentários à Constituição Federal*, 1º volume, Ed. Trabalhistas, 1989, p. 18/19).

29 Othon Sidou lembra que o Código de Hamurabi previa em determinadas circunstâncias sua alteração: "1. Atente-se bem para este mandamento: 'Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d'água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano'".

Isto foi escrito em pedra, mais de um milênio antes de Roma ser Roma; foi decifrado dos caracteres cuneiformes e vertido para a língua italiana por Bonfante, mestre isento de quaisquer compromissos com qualquer inovação relacionada ao princípio da condicionalidade contratual, tanto mais porque ainda vivendo a "belle époque" (1900), sob a ditadura da imodificabilidade unilateral dos ajustes, *pacta sunt servanda*.

Atente-se também que dali ressaltam, cristalinamente, as expressões contrato, desobriga a modificação daquilo que fora ajustado.

Trata-se da lei 48 do famoso Código de Hamurabi, rei da Babilônia, o mais antigo documento integral que a ciência arqueológica ofereceu à ciência jurídica.

Se, há pelo menos 2.700 anos antes da nossa era, o homem condicionava seus acertos a eventos futuros capazes de os modificar, por que não teriam agido assim os romanos em seus treze séculos de história?" ("A Revisão Judicial dos Contratos", Forense, 2a. ed., 1984, p.3)

30 A juíza Ramza Tartuce Gomes da Silva assim decidiu sobre a matéria: "Como ensina a ilustre Juíza do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, Doutora Lucia Valle Figueiredo Collarile: "O administrado deve poder contar com a Administração séria, com a Administração que lhe permita saber suas expectativas econômicas por antecipação. O administrado precisa e deve confiar na Administração. Deve poder acreditar que, se tomadas providências por força de atos da Administração, tais atos serão respeitados pelo prazo, e que devem vigor por força das normas e princípios e vigor" (Mandado de Segurança 7.604.050, 16ª Vara Federal).

Em síntese: não houve violação do direito de propriedade em si, como já aludido. Todavia, a intervenção na propriedade privada foi levada a efeito sem observância dos meios que a Constituição oferece ao Estado, para esse fim. Dispondo a Constituição Federal sobre o assunto, não poderia a lei instituir mecanismos outros que nela não estão previstos. Sem observância da previsão constitucional e dos princípios que ela irradia, a lei não pode prevalecer.

Fica, assim, respondida a terceira e última questão: afrontou-se o espírito da Constituição, embora quedasse intacto seu corpo. A concretização desse intervencionismo estatal só seria legítima

Por todo o exposto, entendo caber uma gama enorme de recursos, entre os quais os já atrás indicados. E ao ser o Banco Central condenado, deverá ressarcir-se junto às autoridades que lhe provocaram os prejuízos, visto que a responsabilidade destes é imprescritível.

S.M.J.

São Paulo, 12 de setembro de 1991

se observada a previsão constitucional, repete-se, e os princípios nela contidos. Mas, tal não se fez. A Lei nº 8.024/90 extrapolou os contornos delineados no texto constitucional, reformando-o, inovando a ordem jurídica em vigor, sem ter legitimidade para fazê-lo. Não pode, pois, subsistir'' (Desbloqueio dos Cruzados Novos, ob. cit., p. 149/150).

CONTRATOS RELACIONADOS À CONSTRUÇÃO CIVIL COM
CLÁUSULA DE INDEXAÇÃO VINCULADA A ÍNDICE DE
PREÇOS CORRESPONDENTE A SEUS CUSTOS — PRETENSÃO
DE ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE SERVIDORES DA
ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DO GOVERNO DE MINAS
GERAIS EM ALTERAR O PACTUADO À LUZ DA LEI 8.177/91,
PAGANDO MENOS DO QUE O CUSTO — ILEGALIDADE DA
PRETENSÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL DA ENTIDADE —
PARECER

CONSULTA

A consulente formula-me a seguinte questão:

“A vendedora alienou à Fundação Pública sua cota-parte no conjunto “Shopping Cidade” conforme cláusula 1.

O contrato fora assinado em 28.12.90, com parte da venda em pagamentos mensais vincendos conforme cláusula 3 e 3.1.

Ocorreu, entretanto, que, com o advento do Plano Collor II, a compradora entende que os pagamentos vincendos estariam congelados, pelo IGP-DI de dezembro/90, *com o que não concorda*. O entendimento da vendedora é de que os pagamentos deveriam obedecer à correção do IGP-DI. Seria correto?”

RESPOSTA

As sucessivas derrotas judiciais que os Planos Collor I e II vêm sofrendo, demonstram, à saciedade, estarem os veículos legislativos, que os exteriorizaram, eivados de inconstitucionalidades¹.

¹ Escrevi, em março de 1990, no apêndice do volume VI, tomo I, dos *Comentários à Constituição do Brasil* que venho comentando com o prof. Celso Ribeiro Bastos o seguinte: “Os presentes comentários

A questão formulada pela consulente está na linha daquelas que, se levadas ao Poder Judiciário, em face da violação ao direito adquirido, não terão tratamento, nem resultado distinto, ou seja, o Poder Judiciário não deverá hospedar a interpretação oficial².

Com efeito, os artigos 3º e 4º da lei 8.177/91 e 4º da lei 8.178/91 são de notória, densa e manifesta inconstitucionalidade.

A lei suprema, na esteira das Constituições civilizadas, declara em seu artigo 5º, inciso XXXVI que:

já estavam prontos e revistos quando o Poder Executivo, com inumeráveis medidas provisórias, alterou pontos fundamentais da ordem econômica, do sistema tributário, dos direitos fundamentais da cidadania e de variados outros aspectos pertinentes à ordem constitucional.

A título de combater a inflação, maculou seriamente a Constituição federal, pisoteando o direito à propriedade, as prerrogativas do contribuinte e os princípios estruturais da ordem econômica, na maior intervenção do Estado na vida do cidadão que a história brasileira registrou e que nem os regimes autoritários anteriores ousaram.

O Brasil deixou de ser um Estado cuja ordem econômica é configurada pela livre iniciativa e pela livre concorrência, para se tornar um Estado socialista, que permite que a livre iniciativa exista, desde que subordinada ao pequeno grupo que cerca o presidente e nos termos e enquanto o grupo desejar.

E, à evidência, o sistema tributário foi violentado. A Medida Provisória nº 160 criou um verdadeiro imposto sobre o patrimônio rotulado de IOF. O bloqueio dos ativos financeiros, pela M.P. nº 168, foi um autêntico empréstimo compulsório não mais admissível na atual ordem constitucional, em virtude das limitadas forças do artigo 148 da Lei Suprema.

O tributo foi utilizado com efeitos de confisco nos leilões futuros e nas incidências superiores do IOF sobre os valores das operações, com clara violação ao art. 150, IV, em face da transferência da propriedade privada para o setor público sem qualquer espécie de indenização.

O esfrangalhamento da Carta Constitucional nunca foi tão nítido e tão repudiado pela comunidade jurídica nacional e, nestes comentários à Constituição, não poderia deixar de registrar meu total e absoluto desencanto com a forma pela qual S.Excía., o presidente da República, violentou a Carta, que um dia antes jurara defender e sob a proteção da qual foi eleito presidente.

O Direito, todavia, é maior que os homens. Os presidentes passam, mas não a consciência jurídica de uma nação. E aqueles que têm a obrigação de defendê-la, que são os advogados, promotores e magistrados, estão alertas para preservar a ordem constitucional, maior bem de um povo livre.

Que no futuro os brasileiros aprendam a compreender que não há crise econômica e social que supere em gravidade a crise institucional e que a garantia das instituições é a melhor forma de se vencer grandes desafios. Não há custo social maior do que o da luta contra os problemas nacionais à custa da ordem jurídica, razão pela qual, como apêndice a estes comentários, desencantado, mas não desanimado, quis deixar a esperança de um futuro melhor, na certeza de que os que representam a lei são os verdadeiros patriotas e construtores de uma maiúscula nação.

Que o Executivo reconheça que errou e no porvir cumpra a promessa de respeitar a Constituição, posto que o Poder Judiciário, no seu devido tempo, certamente se encarregará de corrigir a dilaceração da Lei Suprema, provocada pelo Plano Brasil Novo'' (Editora Saraiva, 1990, p. 581/582).

2 O ministro Morcira Alves, no discurso de saudação (10.5.91) ao presidente Sydney Sanches declarou que o que diferencia o Estado de Direito das ditaduras é que naquele, governantes e governados se submetem à lei, e não nas ditaduras.

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”³.

A retroatividade da lei não é proibida pela Constituição Federal se não para três hipóteses, ou seja, quando atinge a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

A retroatividade da lei, fora dessas hipóteses, é permitida. Tanto é assim que a denominada *benigna amplianda* permite que a lei mais branda, no caso das normas de restrição de direitos, seja retroativa, favorecendo a quem sofre a restrição. O Direito Penal e o Direito Tributário albergam tal forma de retroatividade, lembrando-se que, no Direito Tributário, a previsão da norma benigna retroativa foi veiculada por lei com eficácia de complementar.

Com efeito, reza o artigo 106 do CTN que:

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

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

3 Celso Bastos ensina: “A rigor, o ato jurídico perfeito está compreendido no direito adquirido. Em outras palavras, não se pode conceber um direito adquirido que não advenha de um ato jurídico perfeito.

Parece que o constituinte teve mais em mira, ao cogitar desta matéria, seus aspectos formais, isto é, ato jurídico perfeito é aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação, debaixo da lei velha.

Isto não quer dizer que ele encerre no seu bojo um direito adquirido. O que o constituinte quis foi imunizar o portador do ato jurídico perfeito contra as oscilações de forma aportadas pela lei.

Assim, se alguém desfruta de um direito por força de um ato que cumpriu integralmente as etapas da sua formação debaixo da lei velha, não pode ter este direito negado só porque a lei nova exige outra exteriorização do ato.

Não há que se confundir o ato jurídico perfeito com o ato consumado.

Este significa que o direito já foi gerado e exercido. Não há mais direito a ser feito valer no futuro. Já do ato se extraiu tudo o que podia dar em termos jurídicos.

O ato jurídico perfeito é aquele que, se bem que acabado quanto aos elementos de sua formação, aguarda um instante ainda, ao menos virtual ou potencial, de vir a produzir efeitos no futuro. Pontes de Miranda aponta para outra distinção entre direito adquirido e ato jurídico perfeito. Para ele “o ato jurídico perfeito (...) é o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu*; portanto, assim as declarações unilaterais de vontade como os negócios jurídicos bilaterais, assim os negócios jurídicos, como as reclamações, interpelações, a fixação de prazo para a aceitação de doação, as cominações, a constituição de domicílio, as notificações, o reconhecimento para interromper a prescrição ou com sua eficácia (atos jurídicos *stricto sensu*)” (*Comentários à Constituição de 1967*, t. 5, p. 102).

Ato jurídico perfeito, pois, é aquele que se encontra apto a produzir os seus efeitos. O mesmo Pontes de Miranda salienta que o direito adquirido decorreria diretamente da lei, enquanto que o ato jurídico perfeito é negócio fundado em lei” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol. Ed. Saraiva, 1988, p. 197/198)

II. tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática”⁴.

Nas três hipóteses constitucionais, todavia, a retroatividade é proibida, vedada, interdita. Não pode a lei posterior atingir o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

Vicente Rao, em antológica explicação do princípio, em que se alicerça a segurança do direito, de resto, um dos cinco princípios fundamentais a conformar os direitos e garantias individuais, ensina que:

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

4 Aliomar Baleeiro ensina: “O inciso II, do art. 106, do CTN, estabelece três casos de retroatividade da lei mais benigna aos contribuintes e responsáveis, desde que se trate de ato ainda não definitivamente julgado. A disposição não o diz, mas, pela própria natureza dela, há entender-se como compreensiva do julgamento tanto administrativo quanto judicial.

O primeiro caso é o de a lei nova já não definir como infração fiscal determinado ato positivo ou negativo. A inspiração é a mesma do art. 153, § 16 da C.F. e art. 2º, § único do Código Penal. Não há condições: desaparecida a infração no texto novo, apaga-se o passado.

O segundo caso versa ainda a aplicação da lei mais favorável ao contribuinte, ou equiparado, porque deixa de tratar certo ato como contrário a qualquer exigência legal de ação ou omissão. Mas, neste segundo caso, o CTN exige que não tenha ocorrido fraude, nem omissão de pagamento do tributo exigido.

Finalmente, no terceiro caso, à semelhança do art. 2º, § único do Cód. Penal, a pena menos severa da lei nova substitui a mais grave da lei vigente ao tempo em que foi praticado o ato punível.

A interpretação daquele dispositivo do Cód. Penal é aplicável às letras a e c do art. 106, nº II.

A jurisprudência, entretanto, distingue entre a multa moratória e a que sanciona transgressões, só aplicando a benignidade a estas (Súmulas nº 191 e 192). No RE 74.851, B. Monteiro, RTJ 65/519, de 27.3.73, foi decidido que não se aplica à multa fiscal o princípio de que a pena não passa da pessoa do delinqüente, mormente se a dívida estava inscrita antes do óbito do infrator. Mas no RE 76.153/1973, a sucessão na responsabilidade pela multa foi afastada porque o art. 133, do CTN só se refere a “tributos”.

No julgamento do RE 79.625, em 14.8.1975, o plenário do STF decidiu cancelar o verbete nº 191, da Súmula, firmando o entendimento de que pena pecuniária punitiva não se inclui em crédito habilitado na falência (art. 23, § único, III do D.L. 7661, de 1945). Confirmado em vários outros acórdãos: RE 81.225, 81.353, 81.360, 81.367, 81.381, 81.387, no D.J. de 25.12.75, p. 9.644” (*Dirceto Tributário Brasileiro*, 10ª ed., Forense, 1981, p. 428/429).

destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem da natureza só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade, querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças''⁵.

E suas palavras, por si só explicativas, afastam qualquer veleidade exe-gética a respeito da irretroatividade *in pejus*.

Lamentavelmente, um dos aspectos mais dramaticamente inconstitucionais dos dois planos de fracassada estabilização do governo federal, foi o de ofertar efeitos retroativos às leis que os veicularam, como no que concerne aos cruzados bloqueados de contratos financeiros anteriores ao plano, às prestações da casa própria, à troca de cálculo do BTN cambial pelo BTN fiscal, todos eles repudiados pelo Poder Judiciário, nas instâncias a que foram levados, por força do inconformismo dos cidadãos, que se utilizaram das prerrogativas da cidadania ao recorrer ao mais independente e autônomo dos poderes, que é o Poder Judiciário.

A representação do Exmo. Sr. Procurador Geral da República no que diz respeito à alteração dos contratos dos mutuários, considerando tal alteração inconstitucional por ferir o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, não difere da modificação *in pejus* dos índices livremente pactuados, no caso da consulente, visto que pela imposição da nova legislação para contratos passados, a segurança jurídica seria duramente atingida⁶.

Tem-se muitas vezes discutido se, tanto no que concerne aos mutuários, quanto no que diz respeito à manipulação dos índices com efeitos pretéritos, caberia ao governo passar por cima da segurança jurídica, do direito adquirido, sob a alegação de que, por ser a determinação legislativa de ordem pública, deveria prevalecer sobre as pactuações privadas ou sobre os interesses individuais. Por este prisma, a prevalência do interesse público seria superior ao interesse privado e se aquele só se pudesse preservar à custa do afastamento das garantias individuais na área da pactuação, não haveria in-

⁵ Direito e a Vida dos Direitos, vol. I, tomo III, ed. Resenha Universitária, 1977, p. 355.

⁶ "De acordo com o relator do processo, min. Morcira Alves, a alteração da fórmula de cálculo das prestações afeta também o princípio do direito adquirido. Não é possível que de uma hora para outra o governo resolva alterar o que foi acertado entre duas partes em um contrato sem que estas sejam ouvidas, afirmou o ministro durante o julgamento" (Diário do Comércio, 9.5.1991, p. 11)

constitucionalidade em se sobrepor a norma de ordem pública sobre a segurança dos direitos privados⁷.

A doutrina e a jurisprudência, todavia, não têm aceito tal forma espiciosa de pretender a implosão do mais relevante capítulo da Constituição, que é aquele destinado à garantia do cidadão em relação aos seus direitos fundamentais, individuais e coletivos.

Embora se discuta, no plano acadêmico, que as normas constitucionais encontram-se no mesmo plano hierárquico, o certo é que as normas constitucionais têm maior ou menor relevância conforme seu espectro de atuação, já havendo decisões no país em que se reconhece a prevalência da norma maior sobre a de menor espectro, em linha muito semelhante à do Direito alemão, que admite que normas constitucionais de menor amplitude sejam consideradas inconstitucionais se em conflito com outras de maior alcance⁸.

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

8 Domingos Franciulli Netto explica: "Adote-se ou não essa terminologia, o certo é que as "disposições transitórias" visam a precipuamente ajustar certos assuntos ou situações à nova ordem constitucional, facilitando, portanto, a passagem de uma a outra situação, sem choques ou colisões. Fazendo parte da Constituição, tais dispositivos gozam, pela sua natureza constitucional, da mesma autoridade que os demais, em face dos poderes e autoridades do Estado e dos cidadãos em geral. Mas, por outro lado, dada a sua missão temporária, de ajustamento de situações, *não é possível admitir que, num caso de conflito com dispositivos do corpo da Constituição, possam derogar a estes* (cf. *Postilas de Direito Constitucional*, t. III/142, Cooperativa D. Gastão, PUCSP, 1962).

Então, se não é possível, consoante lição desse exímio Publicista, a derrogação — e para não enveredar a discussão para a tormentosa questão da inconstitucionalidade intrínseca entre os dispositivos de uma mesma Constituição — a ser submetida à apreciação dos doutos, é a de que, dada a evidente incompatibilidade, a espécie é de mera inaplicação do art. 33 das "Disposições Transitórias" de nossa CF aos requisitos judiciais provenientes de dívida contraída com desapropriações.

Dessa opinião comunga a prof^{za} Maria Garcia, segundo lições por ela proferidas no Curso des. João Batista de Arruda Sampaio, de formação de candidatos aos concursos de ingressos nas carreiras de Magistratura e do Ministério Público, mantido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, de cuja coordenadoria didática (não remunerada) tenho a honra de participar ao lado dos preclaros des. Jorge Celidônio e Hermes Pinotti, aquele aposentado", concluindo: "A respeito do tema deve ser chamado à colação o A.I. 152.558-2, relatado pelo ilustre des. Sabino Neto, in RJTJSP 123/247, além do AI 153.926-2, relatado pelo ilustre des. Bourroul Ribeiro, com voto vencedor declarado do ilustre des. Pinto de Sampaio, in Boletim da AASP 1639/121-123, respectivamente da 11ª e da 15ª Câmaras Cíveis do Egrégio TJSP" (grifos meus) (*Revista dos Tribunais*, vol. 659/1990, p. 231/232).

Ora, o artigo 5º da Constituição é sua espinha dorsal. Uma Constituição, de rigor, possui duas grandes vertentes de princípios, a saber: aquela de preservação dos direitos e garantias do cidadão e aquela outra delineadora da forma pela qual a sociedade deseja ser governada e dos meios pelos quais controlará o governo. Como o governo deve servir à sociedade e não ser por ela servido, à evidência, a vertente das garantias da cidadania é mais relevante que aquela que cuida do Estado, do governo e de sua atuação. E o artigo 5º é a espinha dorsal da Constituição brasileira, aquele que apresenta os mais importantes fundamentos, princípios e normas que garantem a cidadania⁹.

Ora, a irretroatividade *in pejus* da lei, afeta um destes direitos plasmados no art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso XXXVI, razão pela qual nenhum princípio de ordem pública pode ser mais relevante do que a preservação daqueles direitos da cidadania, que cabe ao Estado assegurar. É princípio de ordem pública ofertar as garantias esculpidas no art. 5º da Constituição e não violentá-las, sendo, pois, a tese da prevalência da ordem pública sobre a privada, um falso dilema, se se pretender fazê-la prevalecer sobre a Constituição. Não há princípio de ordem pública maior do que aquele que assegura o amplo exercício da cidadania, em um Estado de Direito. A questão não está, pois, em saber se há prevalência do público sobre o privado, mas se o princípio de ordem pública assegura, nos termos constitucionais, as garantias tuteladas pela Constituição para os interesses privados.

9 Escrevi: "A própria democracia não é condição de garantia absoluta de excelência dos textos nascidos de seu exercício por determinado contingente humano.

Merece especial reflexão a colocação de Aristóteles, que, em sua profunda sabedoria, dividia as formas de governo em seis, a saber: monarquia, aristocracia e *politia* (boas) e timocracia, plutocracia e democracia (más), sendo que as boas eram aquelas formas de governo dirigidas por um só homem, por uma elite ou pelo povo e as más surgiam com a mesma formação, só que aqueles que controlavam o poder — ou recebiam os mandatos populares — ou não eram bons ou as instituições não permitiam que os bons assumissem o poder.

Como se percebe, a própria palavra 'democracia', governo do povo, já foi no passado vista como forma ruim, sendo que a '*politia*', governo do povo, através de instituições justas, a forma boa.

Para efeitos desta introdução, mister se faz, todavia, deixar claro que:

- a) Constituição é a lei maior de um país da qual todas as outras dependem;
- b) objetiva gerar uma "ordem social justa";
- c) o aspecto formal de sua elaboração é menos relevante que o conteúdo normativo que exterioriza;
- d) o perfil político, social, econômico e jurídico de um povo organizado, sob a forma de Estado, na lei suprema tem o seu desenho" (*Roteiro para uma Constituição*, série Realidade Brasileira, vol. I, Ed. Forense, 1987, p. 12/13/14).

Pensar de forma diversa é tornar a Constituição Federal documento legislativo rigorosamente inútil e o Brasil um país em que o “direito” do Estado termina prevalecendo sobre o Estado de Direito¹⁰.

De rigor, o que digo neste parecer não é novidade e nem é do desconhecimento das autoridades que veicularam as leis nascidas, a partir das M.Ps. 294 e 295, posto que do conhecimento de qualquer aluno de Direito de qualquer Faculdade do país, em face de ter sido estalajado pela melhor doutrina e pela jurisprudência pátria.

Se não por este aspecto, por um outro, não pode a pretendida alteração legal ser aceita.

Os princípios da autonomia da vontade e de que *pacta sunt servanda* são aqueles que regem os contratos privados¹¹.

A recente decisão do S.T.F. proferida em ação direta de inconstitucionalidade por 8 votos a 1, considerou inconstitucional a alteração dos crité-

10 Em meu livro *O Estado de Direito e o Direito do Estado* (Ed. Bushatsky, 1977) procuro traçar as fronteiras em que o exercício do direito do Estado não afeta a essência do próprio Estado de Direito.

11 Haroldo Valladão ensina: “Estava lançado o princípio da autonomia da vontade, vitorioso e consolidado nos séculos seguintes, XVII e XVIII, na própria doutrina holandesa com Huber (*Conflito de leis*, Rio, 195, trad. do Seminário de DIP) e os Voet (Jeanprête., R., cit. 16 e ss.).

Teve sua grande ênfase no individualista século XIX, nas decisões dos principais países e com Story (seguindo Huber), § 232 (*lex loci contractus*) e § 280 (*lex solutionis*), se estipulada, expressa ou tacitamente, conforme a intenção das partes. E prosseguiu em muitas leis: no Brasil, desde Freitas, Esboço, art. 1965, 1º, Introd. Cód. Civil, art. 13.

Savigny adotou para reger as obrigações a lei do local da execução, onde ela tinha eficácia, e que era escolhida pela submissão voluntária dos interessados, § 382, e Mancini dava ênfase suprema ao princípio da autonomia, incluindo as obrigações no Direito privado voluntário (Valladão, DIPr. 14, p. 348/9).

Assim consagrado doutrinariamente, meado o séc. XIX, vemos a seguir no Direito comparado e convenções internacionais principalmente da Europa e da América, a evolução do princípio da autonomia da vontade nos contratos, na seguinte linha: consagração e exagero condenável no séc. XIX, reação violenta no séc. XX e posição contemporânea de plena restauração, mas sem excessos, com referência à doutrina e a todas as mais recentes leis, inclusive da Rússia, Tchecoslováquia, Polónia e dos EEUU, Restatement Second, § 322, da Espanha 1973, novo Título Preliminar, art. 10, n. 5, da República Democrática Alemã, Lei de Aplicação do Direito, 1975, art. 12, da Austría, Lei de DIP, 1978, § 35 (vd. H. Valladão, DIPr., 14, p. 351/353; II2, p. 184/7, com toda essa evolução, longa, atualizada e minuciosamente desenvolvida).

Adite-se o último Projeto francês (novo art. 2313, para o Cód. Civil) e a Resolução do Institut de Droit International, Zagreb, ... 3.IX.71, sobre Conflitos de leis em matéria de Direito do Trabalho, reforçando extraordinariamente o princípio da autonomia da vontade, ao estabelecer o art. 5º que a lei explícita ou implicitamente escolhida pelas partes aplica-se para excluir as leis antes indicadas para regular os contratos de trabalho (do emprego), isto é, as leis do lugar em que o trabalho deve ser executado.

A admissão geral e firme do princípio de autonomia da vontade, que expusemos e apresentamos, está confirmada no Direito Comparado e no Direito Internacional, qual se vê na obra magnífica, “*Le contrat économique international — Stabilité et Évolution*”, Bruxelas-Paris, Bruylant-Pedone, 1975, através de trabalhos de ilustres especialistas europeus, da Europa do Oeste e do Leste, em particular dos Estados do Mercado Comum Europeu e dos Estados socialistas” (O contrato internacional in Arquivos do Ministério da Justiça n. 156/1980, p. 115/116).

rios de cálculo do contrato dos mutuários pela lei 8.177/91, visto que o princípio da autonomia da vontade é que os rege e não pode haver alteração por lei de tais pactuações. Embora com acórdão não publicado, houve ampla discussão se os critérios de indexação poderiam ser alterados por lei em prejuízo de uma das partes.

O ministro Moreira Alves, relator, e os demais, contra o voto do ministro Marco Aurélio de Mello realçaram o princípio de que:

- a) os índices manipulados pelos economistas do governo não se têm revelado confiáveis (voto do ministro Moreira Alves);
- b) a TR não é índice de medição da inflação, mas do custo médio do dinheiro¹²;
- c) o limite pactuado não pode ser alterado sem violação do princípio da autonomia da vontade e do direito adquirido já atrás examinado.

Com efeito, a decisão do S.T.F., sobre realçar a liberdade de pactuação, o direito adquirido e a impenetrabilidade dos contratos livremente pactuados por leis posteriores, manipuladoras de seus termos, sinaliza, para todas as questões vinculadas aos dois princípios (direito adquirido e autonomia de vontade), a necessidade de respeito à ordem jurídica, com o que restabelece o critério de que nas relações privadas *a lei é o contrato*¹³.

Ora, no caso que me foi submetido, pretende a fundação de entidade governamental passar por cima do pactuado e, contra a sinalização da Máxima Corte, entender que os índices que o devem reger sejam, não os acordados, mas os ilegalmente colocados na lei 8.177/91, vale dizer, aqueles índices, com que o governo pretende reduzir o estoque de sua dívida e que termina-

12 "O voto do min. Moreira Alves foi acompanhado por outros sete ministros. Apenas o min. Marco Aurélio divergiu do relator. Marco Aurélio entendeu que a aplicação da TR representava a modificação de um simples fator de indexação monetária. Os argumentos do ministro foram duramente rebatidos pelos ministros Moreira Alves e Neri da Silveira que mostraram a impossibilidade jurídica de uma indexação das prestações por um índice que seria de remuneração e não reposição do capital, conforme acontece com as cadernetas de poupança" (D.C. 9.5.1991, p. 11)

13 Escrevi: "O conceito de obrigação é mais amplo, como se pode ler na ainda atual lição de Paulo: *Obligationum substantia non in e o consistit, ut aliquid corpus nostrum aut servitatem nostram faciant, sed ut alium nobis obstringant ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum* (a substância da obrigação não consiste em tornar nossa uma coisa corpórea ou uma servidão, mas em obrigar outrem a nos dar, fazer ou entregar alguma coisa). É também atual a conceituação de Justiniano: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura* (obrigação é o vínculo jurídico por necessidade do qual somos compelidos a solver alguma coisa, segundo os direitos de nossa cidade)" (O Plano Brasil Novo e a Constituição, Forense universitária, 1990, p. 31)

riam por reduzir o estoque da dívida de todos os pactuantes que estivessem na posição de devedores.

A lei 8.177/91, considerada inconstitucional no seu artigo 18 pelo S.T.F., por alterar contratos livremente acordados, pela mesma e estrita linha de raciocínio é também inconstitucional no que diz respeito ao seu artigo 6º, estando ambos assim redigidos:

“Art. 18. Os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados até 24.11.1986, por entidades integrantes dos Sistemas Financeiros de Habitação e do Saneamento (SFH e SFS), com cláusula de atualização monetária pela variação da UPC, da OTN, do Salário Mínimo ou do Salário Mínimo de Referência, passam a partir de fevereiro de 1991, a ser atualizados pela taxa aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança com data de aniversário no dia primeiro, mantidas as periodicidades e as taxas de juros estabelecidas contratualmente.

§ 1º. Os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados no período de 25 de novembro de 1986 a 31 de janeiro de 1991, pelas entidades mencionadas neste artigo, com recursos de depósitos de poupança, passam, a partir de fevereiro de 1991, a ser atualizados mensalmente pela taxa aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança, com data de aniversário no dia de assinatura dos respectivos contratos.

§ 2º. Os contratos celebrados a partir da vigência da medida provisória que deu origem a esta lei pelas entidades mencionadas neste artigo, com recursos de depósitos de poupança, terão cláusula de atualização pela remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança, com data de aniversário no dia de assinatura dos respectivos contratos.

§ 3º. O disposto neste artigo aplica-se igualmente às operações ativas e passivas dos fundos vinculados ao SFH, ressalvado o disposto no § seguinte.

§ 4º. O disposto no § 1º deste art. aplica-se às letras hipotecárias emitidas e aos depósitos efetuados a qualquer título, com recursos oriundos dos depósitos de poupança, pelas entidades mencionadas neste artigo, junto ao Banco Central do Brasil; e às obrigações do Fundo de Compensação de Variações Salariais-FCVS”;

“Art. 6º. Para atualização de obrigações com cláusula de correção monetária pela variação do BTN, do BTN fiscal, das demais unidades referidas no art. 3º e dos índices mencionados no art. 4º, relativos a contratos em geral, exceto aqueles cujo objeto seja a venda de bens para entrega futura, a prestação de serviços contínuos ou futuros e a realização de obras, firmados anteriormente à medida provisória que deu origem a esta lei, deverá ser observado o seguinte:

I. nos contratos que prevêem índice substitutivo deverá ser adotado esse índice, exceto nos casos em que esta lei dispuser em contrário;

II. nos contratos em que não houver previsão de índice substitutivo, será utilizada a TR, no caso dos contratos referentes ao BTN ou a unidade corrigida mensalmente, ou a TRD, no caso daqueles referentes ao BTN fiscal e a unidades corrigidas diariamente.

§ único. Para atualização, no mês de fevereiro de 1991, dos contratos referentes ao BTN, a unidade de conta com correção mensal ou a índice de preços, deverá ser utilizado índice resultante de composição entre o índice *pro rata*, no período decorrido entre a data de aniversário do contrato no mês de janeiro de 1991 e a TRD entre 1º de fevereiro de 1991 e o dia 1º de fevereiro de 1991 e o dia de aniversário do contrato no mês de fevereiro”;

pois que pretende alterar unilateralmente pactos de Direito Privado, com estabelecimento de índices descompassadores¹⁴.

14 Na teoria das obrigações, vale a pena lembrar a lição de Álvaro Villaça de Azevedo: “Podemos, agora, referir o conceito moderno de obrigação dado por Washington de Barros Monteiro, segundo o qual ‘obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio’.

No conceito acima, vemos claramente, o caráter transitório da relação jurídica, que, se fosse perpétua, importaria servidão humana, escravidão, o que não mais se admite nos regimes civilizados. O caráter econômico dessa relação está, também, patente nesse conceito, a mostrar o patrimônio do devedor a responder pelo descumprimento obrigacional.

Em última análise, poder-se-ia dizer, em rápidas palavras, que obrigação é a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação pessoal, positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para satisfação de seu interesse.

Os conceitos atrás referem-se à prestação positiva ou negativa. Positivas são as prestações de dar e de fazer e negativas as de não fazer, as quais serão estudadas em pontos subsequentes, bem como todos os elementos que compõem a obrigação” (*Teoria Geral das Obrigações*, Curso de Direito Civi, 5a. ed., Revista dos Tribunais, p. 31).

A lei, todavia, apenas objetivou — sem conseguir, não apenas por força de sua inconstitucionalidade, *mas de não ter eliminado os índices*, que continuaram a ser calculados — alterar *in pejus* para os credores, critérios de cálculo, tentando impor, sem justa causa, prejuízo acentuado a uma das partes e enriquecimento ilícito à outra, fora do campo livremente acordado entre os pactuantes¹⁵.

Pelos motivos expostos, pois, à luz dos princípios de que *pacta sunt servanda* e da autonomia da vontade, a pretensão da Fundação é ilegal, sobre serem inconstitucionais todos os artigos da lei 8.177 e 8.178/91, que feriram os termos contratuais pactuados livremente, conforme decidiu o S.T.F. no recente caso da casa própria.

Uma terceira ilegalidade macula a pretendida interpretação da Forluz, ou seja, a de que pretende beneficiar-se de uma interpretação favorável, sendo entidade vinculada ao Estado, com o que não poderia denegar direitos adquiridos e livremente acordados para se locupletar à custa da sociedade¹⁶.

15 Orlando Gomes ensina: "O conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato.

A liberdade de contratar propriamente dita é o poder conferido às partes contratantes de suscitar os efeitos que pretendem, sem que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente. Em matéria contratual, as disposições legais têm, de regra, caráter supletivo ou subsidiário, somente se aplicando em caso de silêncio ou carência das vontades particulares. Prevalece, desse modo, a vontade dos contratantes. Permite-se que regulem seus interesses por forma diversa e até oposta à prevista na lei. Não estão adstritas, em suma, a aceitar as disposições peculiares a cada contrato, nem a obedecer às linhas de sua estrutura legal. São livres, em conclusão, de determinar o conteúdo do contrato, nos limites legais imperativos.

O princípio da liberdade de contratar torna-se mais inteligível à luz da distinção entre leis coativas e supletivas. As primeiras ordenam ou proíbem algum ato, determinando o que se deve e o que não se deve fazer. Quando ordenam, dizem-se imperativas. Quando proíbem, proibitivas. Destinam-se as leis supletivas a suprir ou completar a vontade do indivíduo, aplicando-se quando ele não a declara. Ora, o Direito Contratual constitui-se, predominantemente, de normas supletivas, deixando, portanto, larga margem à vontade dos que agem em sua esfera. Nesse território, a liberdade de contratar domina amplamente" (Contratos, 9ª ed., Forense, 1983, p. 25/26).

16 Carlos Maximiliano ensina: "173. A respeito desta regra de Hermenêutica, de aplicação generalizada pelo universo, alguns esclarecimentos parecem oportunos.

Se é certo que o Direito não impõe a moral, não é menos verdadeiro que se opõe ao imoral; não estabelece a virtude como um preceito; porém reprime os atos contrários ao senso ético de um povo em determinada época; fulmina-os com a nulidade, inflige outras penas ainda mais severas. Por esse processo negativo, indireto, cimenta a solidariedade, prestigia os bons costumes e concorre para a extinção de hábitos reprováveis. Condena a má-lé, os expedientes cavilosos para iludir a lei, ou os homens" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 1979, p. 161)

O princípio da moralidade administrativa exige um comportamento ético por parte do poder constituído, de sua administração indireta e dos órgãos a ela vinculados. Não se pode permitir ao Poder — que representa a sociedade — agir em benefício próprio, contra os interesses da comunidade¹⁷.

A moralidade administrativa é um dos quatro princípios que conformam a administração pública. Assim está redigido o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal:

“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:...” (grifo meu)¹⁸.

A 1ª entidade pertence à administração indireta do governo de Minas. E a Fundação é entidade por ela sustentada apenas em benefício de seus funcionários.

17 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 TJSP 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 entende 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, em consequência, 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*, 2º vol., Saraiva, 1990, p. 363).

18 Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina: “Moralidade. Observava o jurista 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*, volume 1, Saraiva, 1990, p.245).

Ora, pretender, para benefício exclusivo de seus funcionários desequilibrar um contrato, *obligando, contra o pactuado*, a consulente a dar um bem por valor superior ao que pretende a entidade pagar, sob conveniente e aética interpretação de lei, considerada, nos seus fundamentos, inconstitucional pelo S.T.F., é, à evidência, agir contra a moralidade pública.

Afeta, pois, a pretendida interpretação tal princípio, visto que não desconhecem os que dirigem a referida instituição, que os custos da consulente são eles medidos pelo índice geral de preços¹⁹.

Em outras palavras, pretende a instituição paragovernamental que a consulente, embora com todos seus custos indexados pelo IGP-M, continue a entregar as unidades pactuadas, fazendo-lhe verdadeira “doação” de parte da unidade adquirida.

A tanto equivale, efetivamente, pretender remunerar tal aquisição não pelos índices que a empresa deve se utilizar na construção, mas por índices muitos inferiores, sob a alegação que as inconstitucionais leis ns. 8.177 e 8.178/91 teriam efeitos retroativos, podendo implodir o direito adquirido, violentar o princípio de que *pacta sunt servanda* e obrigar a consulente a tal tipo de entrega compulsória, correspondente à diferença entre o IGP-M e os novos índices, para os servidos públicos protegidos pela Fundação.

Também por este aspecto não prevalece a inadmissível exegese, visto que os contratos não podem ser desequilibrados por força de uma inadequada, inadmissível, conveniente, aética e inconstitucional interpretação, que pretende levar órgãos vinculados à administração pública a se beneficiarem

19 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 da 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).

à custa da sociedade, na tentativa envidada pelo Poder Público de auxiliar exclusivamente seus servidores. A desejada “doação compulsória” de parte do contrato configura verdadeiro confisco, o que é vedado pela Constituição, ensejando, inclusive, responsabilização civil, nos termos do § 6º do artigo 37 da C.F.:

“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”²⁰.

Em face do exposto, não me parece proceder a interpretação conveniente, aética e inconstitucional da entidade dos servidores de órgãos da administração indireta do governo de Minas Gerais, na medida em que, sobre atingir princípios fundamentais de Direito e da Constituição pretérita, desequilibra o contrato *pro domo suo*.

Devem ser, pois, inteiramente respeitados os termos pactuados, de acordo com o princípio de que *pacta sunt servanda*, não só no concernente aos pagamentos devidos, como aos pagamentos vincendos, visto que os índices do IGP-M continuam a ser publicados e são de conhecimento público, por não ter sido vedada sua divulgação, o que também, se ocorresse, seria inconstitucional.

S.M.J.

São Paulo, 15 de Maio de 1991

20 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 serviços públicos.

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 à 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” (grifos meus) (Responsabilidade Civil, Forense, 1990, p. 139).

CONSULTA

O consulente, por intermédio de seu advogado, formula-me a seguinte consulta:

“1) Em 2 de março de 1989, empresa controlada pelo governo estadual, vinculada à Secretaria de Estado da Fazenda, na qualidade de detentora do controle acionário do banco consulente para atender a necessidade imediata de caixa por parte do consulente, transferiu a este, por mútuo, a quantia de NCz\$ 16.800.000,00, por prazo indeterminado, sujeitos a juros de 7% a.a., mais correção monetária pelo IPC (anexo 1).

2) Na cláusula 2.1 do contrato de mútuo, estava prevista a possibilidade do referido mútuo ser transferido ao adquirente das ações do mesmo banco, observadas as condições ali especificadas, a saber:

a) responder, como Devedor, perante a empresa vinculada, pelo valor total do mútuo especificado, com os encargos contratados;

b) comprometer-se a aplicar em aumento do capital social do consulente, o valor total do mútuo, devidamente atualizado esse valor na data do referido aumento de capital;

c) comprometer-se a ressarcir a empresa vinculada, o valor total, objeto do mútuo, no prazo de 8 anos, em 12 parcelas semestrais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente, mês a mês, pelo IPC apurado no período de cada pagamento semestral, pelo Governo Federal, para mensurar a inflação mensal, acrescida de juros compensatórios de 7% a.a., vencendo-se a 1ª parcela 2 (dois) anos após a data de assinatura do contrato de compra e venda das ações mencionado.

3) Em 3 de março de 1989, a empresa vinculada, publicou um edital para alienação da totalidade das ações, de sua propriedade e integrantes do capital social do consulente, com a obrigação do vendedor cumprir as condições dispostas nas alíneas a “usque” c, do item 1 desta (anexo 2).

4) A empresa A — que a partir de 1990 foi sucedida pela empresa B — logrou sair-se vencedora do certame licitatório, assinando com a empresa B, os contratos abaixo:

a) de compra das ações do banco, até então pertencentes à empresa vinculada (anexo 3);

b) de mútuo, com a interveniência do Consulente, assumindo o compromisso de devolver a empresa vinculada o dinheiro que ela havia entregue a esse banco e ratificando a destinação desses recursos, isto é, para aumento de capital (anexo 4).

5) Em 24 de outubro de 1989, o Banco Central aprovou a venda das ações, bem como a oferta da compra das ações dos acionistas minoritários, determinando que a conversão do *quantum* do mútuo, em aumento de capital, fosse realizado com base em BTN-Bônus do Tesouro Nacional e não em IPC cuja aplicação fora prevista no contrato de mútuo. Note-se que o BTN foi criado em 10 de junho de 1989 (lei 7777, de 10.6.89), isto é, três meses após a assinatura do contrato de mútuo original.

6) Em 16 de abril de 1990, em virtude da determinação do Banco Central, foi efetivado o aumento de capital do consulente, com a importância obtida através do mútuo, ficando os compradores das ações — empresa B, como sucessora da empresa A — obrigados a devolver à empresa vinculada, o valor do mútuo corrigido, com base no IPC. Observe-se que a correção do crédito, utilizado no aumento do capital do Banco C, foi feita pelo BTN e sem juros, por imposição do Banco Central, que invocou, para tanto, a legislação vigente.

7) É mister notar-se que, quase dois meses após a celebração do contrato de mútuo entre a empresa vinculada e a empresa B, o Governo Federal editou a lei 7777, de 10.6.89, criando o Bônus do Tesouro Nacional, dispondo no § 2º do art. 5º, que o *valor nominados BTN's seria atualizado, mensalmente, de acordo com o IPC*. Assim, considerando que o contrato de Mútuo original estabelecia que o valor objeto do mesmo teria de ser atualizado na data do referido aumento de capital, e considerando que o indexador utilizado no contrato foi o IPC, depreende-se que a sua correção jamais poderia ocorrer, sem a utilização do IPC, ou outro que o substituísse.

8) Não obstante, o art. 22 da Lei 8024 e o art. 2ª, § 6º, da Lei 8030, ambas de 12 de abril de 1990, alteraram a base de cálculo da atualização de correção do BTN, durante a vigência dos contratos, desatrelando o BTN da atualização monetária, na base do IPC, a partir de 12.4.90, o que provocou um brutal e insuportável desequilíbrio entre a correção do crédito — o

qual foi repassado (mútuo) — e a obrigação de pagar a empresa vinculada. Esse desequilíbrio foi de tal ordem que o mesmo valor gerou o aumento de capital na ordem de Cr\$ 733.846.848 e um saldo devedor da empresa B, junto a empresa vinculada, de Cr\$ 1.369.711.369, no mesmo período.

9) Nessas circunstâncias, indaga-se:

a) Se a mudança operada na base de cálculo dos índices e de sua metodologia, após a celebração dos contratos, não dá à consulente o direito de arguir a cláusula *rebus sic stantibus*;

b) Ante o desequilíbrio da equação do contrato, é lícito que somente uma das partes sofra o ônus? Qual o mecanismo jurídico do restabelecimento do equilíbrio contratual e conseqüentemente do seu objeto, violado a partir de 12.4.90, rediga-se, com a mudança da base de cálculo do BTN?

c) Considerando que o Banco Central, arrimado na legislação vigente, determinou que a correção do crédito, oriundo do mútuo, para efeito de aumento de capital, se procedesse pela utilização do BTN e não IPC, indaga-se: a partir daí, nasce uma vinculação para se adotar idêntico procedimento para o contrato de mútuo existente entre a empresa B e a empresa vinculada.”

RESPOSTA

As três questões levantadas pela consulente devem ser respondidas, após algumas perfunctórias considerações a respeito do Direito Constitucional, Econômico, Administrativo e Privado, que servirão de alicerce à minha inteligência do problema em exame¹.

Entendo, por outro lado, após exame da documentação, do brilhante parecer do maior expoente nacional do Direito, na atualidade, professor Miguel Reale, da resposta à ação ordinária iniciada pela consulente pelo eminente jurista Humberto Theodoro Jr. e dos documentos que me foram apresentados, que algumas observações incidentais devam ser apresentadas a fim de

¹ Escrevi: “O Direito Econômico é a disciplina jurídica da macroeconomia. Outros ramos do Direito, embora cuidem de alguns aspectos relacionados à macroeconomia, incidem, todavia, em seu campo de atuação, sobre relações microeconômicas, vale dizer, disciplinam aspectos da microeconomia. Assim acontece com o Direito do Trabalho e com o Direito Comercial. A dedicação aos grandes temas da Economia, ou seja, às linhas gerais da política econômica produzida é o específico campo de atuação do Direito Econômico, portanto um Direito muito mais de inter-relação com os demais do que um Direito compartimentalizado.

Isto ocorre porque a Economia, que, em suas linhas maiores, ganha relevo dentro do plano jurídico, é também uma Ciência de inter-relação entre a Política, a Sociologia, a Psicologia Social, a Filosofia, o Direito, as Finanças e a Administração” (*Curso de Direito Empresarial — Direito Econômico*, Co-ed. IASP/CEJUP, p. 5).

que determinadas manifestações da parte adversa não fiquem sem análise, mormente nas considerações sobre Direito Constitucional, Econômico e Administrativo, sobre os quais, em que pese o respeito e admiração que nutro pelos dignos signatários da peça contestatória, não vejo sustentação jurídica adequada, nem suficiente força doutrinária ou estacas pretorianas capazes de suportar a tese defendida, que se resume no argumento de que os dois contratos:

a) não são interligados;

b) são regidos pelo Direito privado e exclusivamente pela cláusula *pacta sunt servanda*;

c) submetem-se, todavia, no campo da responsabilidade, ao interesse público e as rígidas determinações do processo licitatório que não pode ser revisto em qualquer hipótese².

Meu exame da matéria, todavia, não vislumbra a certeza demonstrada no tipo de relação que pretenderam os dignos signatários caracterizar, vindo ao contrário, que as relações, por serem de natureza macroeconômica, com decorrência microeconômica em determinados aspectos, devem ser analisadas à luz das regras do Direito Econômico, — inclusive na parte que diz respeito ao sistema financeiro — e do Direito Administrativo, no que concerne às responsabilidades civis do Estado nos prejuízos que imponha aos particulares, delas não se isentando as próprias autoridades que firmaram os documentos, exame este que abrange a teoria da imprevisão, hospedada na lei licitatória, se já não estivesse albergada como princípio implícito do Direito Constitucional, para, apenas após, analisar as facetas do Direito Privado decorrencial³.

2 Toshio Mukai ensina: "Sobre a alteração dos contratos administrativos, Caio Tácito observa com sua costumeira acuidade: 'A latitude da alteração bilateral do contrato deverá conter-se nos limites da habilitação decorrente da licitação, sob pena de nulidade, se exceder o campo de eficácia desta'. E mais: 'Em qualquer caso, deverá ser preservada a chamada equação econômica financeira do contrato, a saber, a equivalência razoável entre as obrigações, atendida a álea ordinária do contrato'. A letra *d* do inc. II do art. 55, como vimos, contempla essa obrigação da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato' (*O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos*, ed. Saraiva, 1988, p. 81)

3 João Édison de Mello prefere denominá-la "teoria da imprevisibilidade", dizendo:

"Tratadistas e julgadores da matéria, no Brasil, quando não guardam a nomenclatura latina da cláusula determinante da relatividade da obrigação contratual, já enunciada, adotam vernacularmente, a de imprevisão.

Ao nosso modesto entendimento, o termo imprevisibilidade é o que, semanticamente, melhor se aplica a tal instituto jurídico.

Imprevisão significa ausência, falta de previsão, enquanto imprevisibilidade exprime sua impossibilidade.

Pois bem, a última realidade circunstancial é o conteúdo da teoria em exame.

Logo, imprevisibilidade é o vocábulo adequado" (*Teoria da Imprevisibilidade*, ed. Universidade Federal de Uberlândia, 1988, p. 16).

Em outras palavras, a questão não se resume apenas em saber se a teoria da imprevisão aplicar-se-ia aos contratos inter-relacionados, até por força de cláusulas expressas de inter-relação, mas vai além, para saber até que ponto o Estado pode, como titular ou controlador de sua administração direta e indireta, impor prejuízos a terceiros, usufruindo de vantagens decorrentes de planos de estabilização, por não ter tido cruzados bloqueados ou receber tributos sem “tablitagem”. A pergunta é saber se tal atitude caracterizaria um fato punível pelo Direito, inclusive se não estaria, o Estado, beneficiando-se da própria torpeza, ao distorcer o espírito contratual e a legislação parcialmente utilizada para justificar a aética postura⁴.

Começo pela inter-relação dos contratos e as regras de Direito Econômico aplicáveis à espécie.

Todo o contrato objetiva algo. O contrato de mútuo, para o qual houve a licitação mencionada, objetivou garantir uma operação de subscrição de capital de banco, controlado pelo governo, com aquisição de ações, desde que o Banco Central a autorizasse e nos termos desta autorização, sobre não poder ter outro destino que não aquele da subscrição. Em outras palavras, o mútuo foi a causa instrumental para a causa final, que era a subscrição de capital para que o governo estadual, como efeito, passasse a ter seu banco operando, nos termos que, em seu planejamento macro econômico, entendeu representasse a solução mais adequada.

Tanto a interligação é evidente que o próprio acordo do mútuo refere-se a uma condição resolutória explícita e plena, que seria a não autorização do Banco Central. Sem esta autorização para subscrição do capital, o contrato desfazer-se-ia⁵.

4 *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 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, p. 175/176).

5 Lê-se no parecer do prof. Miguel Reale: “Cabe advertir que, na hipótese examinada obedeceu-se a determinação imperativa do Banco Central, sendo, pois, resultado do chamado *ato de príncipe*, tal como, aliás, já fora previsto na cláusula 3.4 do contrato de compra e venda de ações à Biribeira, nos seguintes termos: “3.4 - Rescindir-se-á, também automaticamente este contrato na hipótese do Banco Central do Brasil (Bacen) negar-se a conceder a devida autorização, para a transferência de controle acionário aqui pactuada. Neste caso, e desde que inimputável a “qualquer das partes responsabilidades pelo *factum principis*, voltarão as partes a seu anterior estado sem ônus ou indenização de uma e outra...” Ora, se as partes reconhecem o efeito resolutivo em virtude de *factum principis*, na hipótese de não autorização de aumento de capital, o mesmo princípio deve vigor no caso de imposição de correção monetária segundo índice que, ao depois, iria determinar tão gigantesco desequilíbrio entre dois negócios jurídicos concluídos de maneira vinculada e complementar” (p. 17/18 do parecer que me foi exibido).

A causa instrumental e a causa final da operação objetivada (mútuo, compra e venda com subscrição e outras avenças), umbilicalmente ligadas, ficam, pois, evidenciadas pela própria cláusula 3.1, demonstrando que não são pactos autônomos e que sua vinculação é a própria razão de ser da operação casada, da qual participa a consulente, como sucessora da empresa que subscreveu os acordos.

Por outro lado, a operação é nitidamente de Direito Econômico, visto que relacionada ao sistema financeiro, disciplinado em capítulo do Título “da Ordem Econômica” na Constituição.

A importância que o constituinte deu ao sistema financeiro foi de tal ordem que — mais pormenorizado que o legislador pretérito — ofertou as regras bágras básicas a serem explicitadas pelo legislador complementar, em capítulo autônomo, composto pelo artigo 192. Mais do que isto, outorgou função de quase independência ao Banco Central no artigo 164 ⁶.

⁶ Escrevi: “O art. 164 foi considerado a grande conquista para estabilização da moeda no Brasil.

No II Forum Jurídico da Fundação Dom Cabral, com a participação da Academia Internacional de Direito e Economia e da Federação do Comércio de Minas Gerais, Carlos Brandão, ex-presidente do Banco Central, declarou que, se for cumprido, a inflação desaparecerá da história brasileira.

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Décio Miranda, neste mesmo encontro, declarou publicamente seu otimismo com o dispositivo, o mesmo fazendo seu autor, o deputado Francisco Dornelles, tão logo aprovado o comando supremo.

A União que detém o poder exclusivo de emissão da moeda, só poderá fazê-lo por intermédio do Banco Central, com o que um órgão técnico e cuja única função é controlar a política da moeda e do crédito — e mais nenhuma — passará a exercer, com exclusividade e independência, o poder emissor.

A maioria dos Bancos Centrais do mundo têm essa autonomia e essa independência, mas a formulação de uma política monetária fica condicionada às leis dos Parlamentos, razão pela qual, no choque entre o Executivo e o Banco Central, a solução do embate surge da composição legislativa.

Nada obstante a intenção inequívoca dos autores do artigo de dotar o país de um instrumento mais confiável de controle da moeda, a que se une o estabelecimento de regras básicas por lei complementar, nos termos do artigo 163, entendo que o poder emissor do Banco Central fica em parte comprometido pela dependência do Executivo na composição de sua diretoria das indicações e do despreparo evidente de nosso Congresso no trato com as questões monetárias, como as sucessivas sessões legislativas têm demonstrado. Não há tradição no Brasil por parte dos parlamentares de se aprofundarem na análise dos problemas monetários e orçamentários, sobre ser surpreendente o desconhecimento por parte dos parlamentares dos rudimentos da economia.

Nos países civilizados, o momento maior da atuação legislativa é aquele em que se discute o orçamento ou em que se estabelece a política monetária para o exercício seguinte, pois, neste momento discute-se o que fazer com o dinheiro público, com as poupanças privadas, assim como qual a participação da sociedade em tais assuntos e de que forma estarão seus representantes portando-se na escolha dos melhores caminhos para o desenvolvimento máximo com o mínimo de custo à comunidade.

À evidência, a intenção do constituinte no concernente ao artigo 164 está nesta linha e o poder emissor de moeda exclusivamente em mãos do Banco Central.

Deve-se lembrar que o poder emissor da moeda escritural, aquela veiculada pelas entidades financeiras e que provoca, essencialmente, o denominado fenômeno da velocidade de circulação da moeda, apenas pode ser parcialmente controlado pelo Banco Central, mas não perfeitamente assegurado.

Os dois dispositivos demonstram, claramente, que a relevância da matéria refoge à contratualística privada clássica e às relações microeconômicas simples.

É que trabalhando o sistema financeiro com o dinheiro da sociedade, assim como servindo de instrumento para a política monetária dos governos, inclusive em seu elemento de maior densidade, que é controlar a inflação, não se pode admitir que aqueles que dele participem não se conformem, nos requisitos essenciais, a seu perfil, inclusive no de idoneidade financeira. Muito embora ainda dependendo de lei complementar, em seus aspectos programáticos, a legislação anterior, não conflitante, foi recebida. São, todavia, dispositivos auto-aplicáveis o da eliminação da venda de “cartas patentes” e de “pontos”, como se percebe pela leitura do § 1º do artigo 192:

“A autorização a que se referem os incisos I e II será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, à pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento”⁷.

A lei anterior recepcionada é aquela a que se refere o § 1º. E os requisitos para que alguém possa participar de um sistema monitorado pelo Banco Central são, a saber:

Quanto mais uma sociedade se aperfeiçoa, mais fácil é detectar a expressão da velocidade de circulação, posto que poucas são as operações que se colocam fora do sistema financeiro.

Por esta razão, conceitos como o da expansão da base monetária (dinheiro emitido e mais depósitos a descoberto) ou dos meios de pagamento (dinheiro em poder do público e emitido) permitem detectar a exata quantidade de moeda em circulação, nela incluída a emitida e a escritural.

Caminha o país, pelo menos em termos legislativos, para adoção de critérios mais rígidos no controle da moeda, mas nem por isto o simples enunciado do artigo 164 está a garantir o controle absoluto para estabilidade da moeda e do crédito, que implicaria o controle do processo inflacionário. (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6º volume, tomo II, Saraiva, 1991, p.155 a 159).

7 Celso Bastos ensina: “A grande inovação de nossa Carta Magna é a determinação de que somente lei complementar poderá dispor sobre a autorização para o funcionamento das instituições financeiras e dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, autorização essa que será concedida sem ônus àqueles que preencherem os requisitos necessários. Essa autorização é inegociável e intransferível. Todavia, o próprio dispositivo constitucional estabelece que o controle da pessoa jurídica titular dessa autorização poderá ser transmitido, na forma da lei que vier a disciplinar o sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento e cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 7º vol., Ed. Saraiva, 1990, p. 421).

- 1) capacidade técnica;
- 2) reputação ilibada e
- 3) capacidade econômica ⁸.

Ora, a relação econômica a que se refere a operação multi-instrumentalizada (mútuo, compra e venda e outras avenças), vincula-se a uma autorização do Banco Central em que a idoneidade financeira é requisito fundamental, não podendo ser enfraquecida por convenientes, aéticas e oportunas interpretações.

Ao exigir, o contrato de mútuo, a autorização do Banco Central e ao impor estas regras para a viabilização da operação, sobre acatar a idoneidade financeira dos participantes, nos termos considerados essenciais para a operação, à evidência, demonstrou o Banco Central que não só a operação era uma, indivisível, embora com instrumentalização múltipla, como sinalizou no sentido de que a operação só se realizaria nas condições estabelecidas pelo órgão emissor da moeda no país.

Pretender considerar tal relação como relação não de política macroeconômica, é desconhecer os princípios que normam o Direito Econômico, o papel do Banco Central, a moralidade administrativa que deve reger os atos da administração pública, subvertendo a própria ordem jurídica ⁹.

⁸ José Afonso da Silva critica o dispositivo dizendo: "Depende de autorização o funcionamento das instituições financeiras e dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão fiscalizador e do órgão ressegurador (art. 192, I e II). Assegura-se às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo, porém, vedada a elas a participação em atividades não previstas na autorização. Acontece que isto não tem a menor significação, pois não delimita nada, desde que não se estatuiu uma baliza para a autorização. A lei complementar poderá dar maior ou menor elasticidade ao conteúdo da autorização. Essa lei também deverá estabelecer condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições referidas acima, financeiras ou outras, tendo em vista, especialmente, os interesses nacionais e os acordos internacionais. Depende dela também as normas para a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e das demais instituições financeiras públicas ou privadas, assim como a previsão de requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo.

Tudo depende de lei complementar, tanto o que foi dito como o que se menciona nos outros incisos do art. 192. Por tudo isso é que nos parece inteiramente inútil este capítulo da Constituição, no geral, até porque tudo isso ela manda que a lei complementar faça, já está, por regra, feito na lei em vigor. É absolutamente sem propósito estar a constitucionalizar normas que já constam de lei ordinária e não estão exigindo nada de especial quanto à sua estabilidade.

Nem o disposto no art. 192, § 1º, com sabor de novidade, tem alcance importante. Não adianta nada proibir a negociabilidade e transferência da autorização para funcionamento de instituições, ao mesmo tempo em que, se permite a transmissão do controle da pessoa jurídica titular. (*Curso de Direito Constitucional positivo*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, p. 691/2).

⁹ 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

A primeira conclusão que se tem, pois, é de que a operação, vinculada a diversos instrumentos interligados, é uma operação subordinada à autoridade maior sobre o sistema, a que se submetem as diversas esferas do Poder, e que exige idoneidade financeira dos participantes, que, na hipótese, seria indiscutivelmente fragilizada se prevalecesse a interpretação conveniente de pretender o governo mineiro, por sua controlada, prejudicar a consulente, beneficiando-se da operação. Lembre-se que, em última análise, pela teoria da transparência, é o governo mineiro responsável pelo multifacetado pacto. Não pode, pois, pretender receber mais do que oferecera na licitação, em contrapartida à subscrição mencionada ¹⁰.

Estando o mútuo rigorosamente vinculado à subscrição autorizada pelo Banco Central, inequivocamente, não pode pretender o governo mineiro receber mais do que ofereceu em contrapartida, risco de, ao lesar a consulente, sujeitarem-se as autoridades, que assim agiram — e o próprio Estado — às sanções do artigo 37 § 6.º da C.F., que adiante comentarei, visto que a descabida exigência poderá afetar, gravemente, a própria idoneidade financeira da consulente, que foi um dos requisitos fundamentais para a autorização concedida pelo Banco Central ¹¹.

de moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração'.

O seguinte acórdão do TJSP 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 entende 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, em consequência, 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*, 2.º vol., Saraiva, 1990, p. 363).

10 Lembre-se que as sociedades controladas pelo governo não podem ir à falência por força do determinado no artigo 242 da Lei das S.As.: "As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações" (grifos meus).

11 Caio Mário da Silva Pereira ensina: "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, § 6.º 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 anexo de 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

Segundo aspecto a ser examinado é o que diz respeito ao interesse público e a não aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos obtidos em licitação.

O redator do D.L. 2.300/86 fez expressamente incluir no diploma mencionado a teoria da imprevisão. O D.L. n. 2.300/86 hospeda melhor a teoria da imprevisão que o próprio Código Civil¹².

Com efeito, reza o artigo 1.058 do Código Civil que:

“O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se, expressamente, não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955, 956 e 957. § único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”,

determinando o artigo 55 em seus §§ 5º, 6º e 7º do D.L. 2.300/86 o que se segue:

“§ 5º Quaisquer novos tributos ou novos encargos legais que venham a ser criados, alterados ou extintos, após a assinatura do contrato e, comprovadamente, reflitam-se nos preços contratados, *implicarão na revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.*

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. 146/230. O dr. Edson Ribas Malachini sustenta a necessidade da denúncia da lide (*Revista Forense*, vol. 293, p.43) (*Responsabilidade civil*, 2ª ed., Forense, 1990, p. 142/143.

12 Toshio Mukai lembra que: “É o emprego da vetusta cláusula *rebus sic stantibus*, correnteia nos ajustes privados.

Caio Tácito, em estudo luminoso sobre a teoria da imprevisão em face dos contratos administrativos, mostra sua acolhida na doutrina administrativa brasileira (cita, nesse sentido, Themístocles B. Cavalcanti, Oscar Saraiva, Lúcio Bittencourt, Carlos Medeiros Silva, J. Guimarães Menegale e Alcino Salazar) e na jurisprudência.

E, com apoio em Duez e Debeyre, leciona que a teoria da imprevisão apenas cogita da aléa econômica extraordinária, que, pela impossibilidade de previsão e pelo excessivo peso de sua incidência, deve ser dividida entre os contratantes.

Ensina, mais, que o “prejuízo tolerável, embora inesperado, não configura a hipótese, nem tampouco aquela que, razoavelmente, pudesse ser prevista. É necessário que o dano seja, ao mesmo tempo, imprevisível e insuportável, para que se possa aceitar a cirurgia heróica, convocando-se o juiz, ou a autoridade administrativa, para violar a fisionomia do contrato, normalmente intangível” e “a teoria da imprevisão se endereça, como ficou assinalado, aos fatos independentes da vontade de ambas as partes” (*O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. Saraiva, Ed. Saraiva, 1988, p. 82).

§ 6º O acréscimo ou redução de tributos e novas obrigações legais que se reflitam, comprovadamente, nos preços contratados, *implicará na sua revisão*, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 7º Em havendo alteração unilateral do contrato, que aumente os encargos do contratado, a Administração *deverá restabelecer, por aditamento*, o equilíbrio econômico-financeiro inicial” (grifos meus).

A força maior e o caso fortuito impedem, nos termos do Código Civil, a adimplência contratual por desaparecimento, em face de sua ocorrência, das forças de uma das partes para etender o compromisso. Na teoria da imprevisão, não. As partes podem manter forças de adimplência contratual, mas o contrato pela superveniência de fatores inevitáveis, irresistíveis e imprevisíveis resta desequilibrado, necessitando ser reequilibrado ¹³.

No caso fortuito e na força maior, o afastamento da obrigação decorre da impossibilidade material para que seja cumprido o contrato. Na teoria da imprevisão, o que se objetiva é não permitir o prejuízo excessivo de uma parte e a lucratividade imerecida de outra. Não se confunde, também, com a teoria da *wind fall gains*, que tem repercussão apenas no Direito Tributário.

13 Othon Sidou ensina: “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, de 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 de circunstância de que ele participa, e não resultante de um fenômeno de 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 contra-prestação, nunca resultante de um acordo de vontades no ato de contratar.

O fortuito, portanto, pressupõe a impossibilidade absoluta, como expõe doutrinamente Bonnecase; a imprevisão, a impossibilidade relativa. No fortuito, encara-se o evento que o determinou (circunstância objetiva); na imprevisão, encara-se o *animus* das partes ao momento da conclusão do ato jurídico (circunstância subjetiva). O fortuito tem latitude ampla e abrange todo o direito das obrigações, assim as que nascem do contrato como do delito, do quase-contrato e do quase-delito; a imprevisão tem esfera restrita aos contratos e pactos. Finalmente, o fortuito justifica a inexecução total da responsabilidade; a imprevisão justifica só um atenuamento da obrigação.

A imprevisão não é a força maior, preleciona Abgar Soriano; desta se aproxima pelo caráter de imprevisibilidade, que é o traço comum, de ligação” (*A Revisão Judicial dos Contratos*, 2ª ed., Ed. Forense, 1984, p. 107).

Ora, o Código Civil não hospedou, expressamente, teoria da imprevisão, mas o D.L. 2.300/86 hospedou expressamente, impondo o reequilíbrio contratual sempre que fatores inevitáveis e imprevisíveis atinjam o contrato ¹⁴.

Não procede a afirmação, portanto, dos eminentes patronos da parte adversa, de que o interesse público não se compagina com a alteração da cláusula *pacta sunt servanda*, quando em verdade é o próprio interesse público que impõe a revisão contratual para que o administrado não seja ferido e o Estado sujeito a ser punido por não exercer as atividades públicas com a idoneidade suficiente.

Não sem razão, nos quatro princípios maiores que a Constituição plasmou no artigo 37 está o da moralidade pública. E nada é tão imoral quanto pretender receber mais por uma operação em que se ofereceu menos, após ter sido feita licitação para se dar e receber rigorosamente valores equivalentes no atendimento dos interesses da política macroeconômica do governo federal e do próprio governo estadual.

A teoria da imprevisão, portanto, como segundo aspecto no exame que estou fazendo, aplica-se aos contratos licitatórios, sendo mais clara sua formulação no D.L. 2.300/86 que no próprio Código Civil ¹⁵.

14 Clóvis Bevilacqua assim interpreta o artigo 1.058 do Código Civil: "Conceitualmente o caso fortuito e a força maior se distinguem. O primeiro, segundo a definição de Huc, é "o acidente produzido por força física ininteligente, em condições, que não podiam ser previstas pelas partes". A segunda é "o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer".

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

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

O essencial é, pois, que do fato resulte a impossibilidade, em que se acha o devedor, de cumprir a obrigação. E assim é que o ilustre Chironi, observando que a lei italiana compreende no caso fortuito a força maior, depois de acentuar que, na força maior a razão determinante da excusa é objetiva, ao passo que, no caso fortuito, se atende à diligência do obrigado, desenvolve a sua construção sobre o caso fortuito, em sentido amplo, e destaca os dois elementos, que concorrem no seu conceito: a) Fato estranho ao devedor, que não é imputável; b) Impossibilidade de cumprir a obrigação" (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, volume IV, Livr. Francisco Alves, 955, p. 173/174).

15 Lê-se, na Col. XIV § 48 do Código de Hammurabi, disposição sobre a imprevisibilidade e inevitabilidade: "Col. XIV § 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" (*Código de Hammurabi*, Ed. Nacional, Madrid, 1982, p. 97).

O terceiro aspecto a ser examinado é o que diz respeito à cláusula indexatória.

À época da ocorrência dos fatos, ainda não havia um indexador oficial. O Plano Verão, que prejudicou a sociedade e beneficiou o Poder Público de todas as esferas — este não sujeito às “tabltagens” em seus créditos tributários, como a sociedade o foi — pretendeu eliminar a indexação oficial, o que não conseguiu. A adoção do IPC, portanto, apenas serviu para ter-se um índice substitutivo não oficial até que houvesse ou não o surgimento de um novo índice. E toda a contratação foi feita pelo IPC antes da Lei 7.777/89, que tornou oficial e definitivo o BTN. Antes da Lei 7.777/89, o índice foi precário por trinta dias, visto que as medidas provisórias, por força do texto constitucional, perdem eficácia *ex tunc*, se não aprovadas no prazo de 30 dias¹⁶.

16 Escrevi: “This situation, however, was radically altered by the Medida Provisória (Temporary Measure) N.º 32, of 15 de January 1989, when the Government cancelled the indexation of the entire national economy, intending to fight inflation by: (1) the removal of indexation; (2) severe fiscal and monetary policies and a drastic cut in public expenses with the reduction of the Ministries, dismissal of employees and privatization; and (3) high interest rates to inhibit consumption.

In a failed effort to gain popularity, the President of the Republic introduced, once again, a “price freeze policy” and controlled prices, upsetting, with that measure, the relative prices.

In the sequence established, he did not cut down needless expenses nor did he make a head count of Government employees. The promised privatizations did not occur, and 2 weeks later indexation was reintroduced, and the policy of high interest rates maintained. The prices freeze policy was maintained only until mid-April, notwithstanding the “defreezing” of salaries and the increase of public prices, plus a high issue of currency, contrary to promises. It immediately became apparent that the opportunity to fight inflation had once again been lost. Inflation, in Brazil, has once more begun its corrosive upwards trend.

The Government, with the reindexation of the economy and taxes, has started to feed on the anticipation of inflation, generating more inflation by the anticipation of the taxes.

The IPC (Índice de Preços ao Consumidor — Index of Consumer Prices), based on the value of the last OTN which was adopted by the Government as a new index, ran into the notorious challenge of unconstitutionality relative to the income tax charged the previous year, despite the fact that the reintroduction of the monetary correction in the same fiscal year contravenes Art. 150, clause III, b of the Constitution, which reproduces Art. 153, para. 29 of the former Constitution. The Supreme Court had already given its decree on such unconstitutionality in the past, which leads me to believe that it will not be different this time. Companies not agreeing with unconstitutional demands have resorted to legal measures to avoid paying the monetary correction re-introduced in the same fiscal year by the Medida Provisória N.º 38.

The Brazilian States, however, did not feel sufficiently protected by the new indexes and decided to adopt different criteria, i.e. to measure inflation by the former criteria (OTN) and not by the IPC. As a consequence, at the time of writing this paper (April 1989) the taxpayer lives with several different inflation indexes in terms of tax laws, which makes living with inflation extremely complex. In May, in view of the return of the inflationary process which has already started with the same momentum and intensity as the previous “economic shocks” a uniformity of the index ratio is predicted. This new index ratio is the BTN (Bonus do Tesouro Nacional — Note on the National Treasury) and substitutes the OTN (Obrigação do Tesouro Nacional — Obligation on the National Treasury)” (Bulletin, IFA, Amsterdam, Netherlands, vol. 43, 1989, p. 406/407).

Compreende-se, pois, que o BTN só se tornou definitivo índice oficial com a Lei 7.777/89, ou seja, após a conformação jurídica da operação instrumentalizada de forma múltipla.

Ora, não considero desavisada a interpretação pela qual o indexador maior do contrato é o BTN e não o IPC, visto que este só lá estava, à falta de índice oficial, e a expressão “outro índice oficial que substitua” representava a possibilidade real de que este índice reapareceria no futuro.

A expressão é clara

“variação do IPC ou pelo índice oficial que vier a ser adotado em sua substituição”.

Ora, o próprio contrato não fala em BTN, pois este só se tornou definitivo com a Lei 7.777/89, ou seja, após a assinatura dos acordos, nos termos da licitação, que não poderia cuidar daquele índice, pois, este não fora veiculado sequer por medida provisória¹⁷.

Ora, o BTN quando surgiu, surgiu para substituir o IPC, tornando-o ausente do sistema oficial, pois passou a ser o medidor oficial da inflação, razão pela qual, entendo eu que a expressão

“ou pelo índice oficial que vier a ser adotado”

entrou em vigor no dia em que a Lei 7.777/89 tornou-se definitiva¹⁸

17 Da cláusula contratual consta: “... ambos corrigidos monetariamente mês a mês, a partir desta mesma data até o dia de seu pagamento efetivo, pelo nível de variação do IPC apurado no período, ou, na ausência do Índice de Preços do Consumidor, por outro índice que vier a ser adotado pelo Governo Federal, para mensurar a inflação mensal...”.

18 Em livro que coordenei com Gilberto de Ulhôa Canto para o *International Bureau of Fiscal Documentation*, J. van Hoorn Jr. na apresentação escreveu: “Indeed, the Bureau’s many loose leaf publications contain more or less detailed sections dealing with this subject, but because of its rather limited manpower and financial resources, the Bureau has been unable to undertake a comprehensive research programme in this respect. Instead, the Bureau has had to look for other ways to analyse the problem. Despite the need to explore this problem on an international level, the Bureau has decided to do so on a national rather than an international and comparative basis. A country that has experienced inflation for a long time, that has great economic potential, and that has found interesting solutions is Brazil. The Bureau decided that it should approach its Brazilian friends with the request to collect the necessary material to make such an analysis possible” (Monetary Indexation in Brazil, ed. *International Bureau Of Fiscal Documentation*, Amsterdam, 1983, p.5).

E esta, de rigor, a meu ver, foi a razão pela qual a consulente foi obrigada a subscrever as ações corrigidas pelo BTN e não pelo IPC, visto que, à época, já com indexador oficial, o IPC não deveria mais servir de base para as pactuações de relações em que os governos participassem ¹⁹.

O fato de o IPC corresponder ao BTN, quando da criação deste, é irrelevante, posto que a operação mencionada, com múltipla instrumentalização, passou a ser regida pelo BTN e não pelo IPC, ao ponto de o Banco Central ter determinado que a subscrição se fizesse em BTN' e não em IPC, apesar de, à época, serem equivalentes ²⁰.

Ora, como os índices eram equivalentes, no período, como os contratos vinculados à operação de subscrição falam de índice substitutivo, como o contrato de mútuo condicionava sua eficácia à aprovação do Banco Central, que só o aceitou, com o índice do BTN, entendo que a cláusula mencionada já determinara que o índice oficial substituísse o IPC tão logo fosse definitivamente adotado.

19 Escrevi: "A expressão "correção monetária" não é feliz. A moeda não se corrige. O que se corrige é o 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 dificuldade 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 corroído, ou na formulação manipulável das apurações econométricas, o índice é elaborado e sua multiplicação pela expressão nominal anterior resulta a expressão nominal atual" (*Correção Monetária e a Constituição Federal*, Ed. Revista FESPI, Ilhéus/BA, 1984, p. 77/78).

20 Não é novo o fenômeno da imposição de um índice oficial. Entende Geraldo Vidigal que: "Os índices de correção daquele valor nominal mantiveram-se muito próximos das taxas de evolução dos índices dos níveis gerais de preços, desde a edição da Lei nº 4.357 até 1973. A surpreendente evolução da economia internacional, a partir de 1972, fez com que de 1973 em diante se introduzisse no cálculo daquelas variações nominais o exame em separado de "fatos de Deus" e, em seguida; o de "fatos de Allah", que embora, de fato, influíssem nos níveis gerais de preços, eram desconsiderados para o cálculo do valor das Obrigações Reajustáveis" (*A Correção Monetária no Direito Brasileiro*, ob. cit. pg. 303).

É esta a única interpretação capaz de dar coerência aos contratos interligados, com o que o BTN substituiu com a aprovação da Lei 7.777/89 o IPC, razão pela qual foi adotado pelo Banco Central, ao afastar a cláusula resolutive que tornaria sem eficácia a operação, se elas não fossem por entidade oficial aprovada e quem diz aprovada, *diz aprovada nos termos determinados pelo próprio Banco Central*²¹.

Entendo, pois, que o contrato de mútuo já estava regido pelo BTN, desde a promulgação da Lei 7.777/89.

Se não estivesse, todavia, estaria perfilado pela teoria da imprevisão, que passo agora a examinar, não em tese, mas em sua aplicação ao contrato em questão.

Após a assinatura dos contratos interligados, ninguém no país pensou pudesse governo do presidente Collor maltratar tanto o Direito e a Economia, como o fez. O Plano Collor I resultou em inequívoca demonstração de desrespeito à lei maior, como por repetidas vezes, o Poder Judiciário demonstrou, além de desrespeito à imagem sugerida no último debate com o adversário Lula de que o confisco da poupança popular pertenceria ao programa daquele candidato. A postura do postulante Collor sinalizou para o caminho de que nem haveria confisco real, nem confisco formal das poupanças, com o que seu advento provocou um descompasso de tal ordem na Economia que o país dele não se recuperou até hoje²².

21 Volta-se, pois, à lição de Paulo: "*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciant, sed ut alium nobis obstringant ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*" (Álvaro Villaça Azevedo, *Curso de Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações*, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 30).

22 *Nosso objetivo paralelo à recuperação da confiança na moeda* será o de estimular a competição, ampliar o mercado interno e melhorar, significativamente, o poder aquisitivo da população brasileira. Este compromisso passa obrigatoriamente pelo saneamento financeiro do Estado. Passa pelo equacionamento da dívida externa, *pelo resgate dos compromissos relativos à dívida interna* e pela associação com investidores para a construção da prosperidade, tarefa em que estaremos permanentemente empenhados". (...)

Ressalvadas as exceções constitucionais, a que devotarei estrito e escrupuloso respeito, como é de meu dever, não permitirei que o Estado faça nada do que, com mais eficiência, possa ser feito pela iniciativa privada. O papel da livre iniciativa, portanto, será essencial para a democratização da Economia que deve, necessariamente, seguir-se à redemocratização política.

O empresariado responsável deste país precisa de regras estáveis na economia e exige racionalidade nas decisões de política econômica. Precisa também readquirir a confiança, requisito indispensável para a retomada dos investimentos (grifos meus) (Fernando Collor in *O Fenômeno Collor*, Ed. Martin Claret Editores, 1989, p. 104).

Não cabe aqui a crítica que venho fazendo aos economistas heterodoxos desde o primeiro dia do Plano Cruzado, que objetivam revogar, de forma mais sofisticada, as leis de mercado, cabendo, todavia, a análise de que o Plano Collor I teve características tão peculiares que a sociedade não se preparou para recebê-lo. Se a sociedade tivesse se preparado, teria havido maciças retiradas de recursos do sistema financeiro nos dias que antecederam a sua divulgação, o que não aconteceu.

A imprevisibilidade, portanto, do Plano Collor I restou manifesta pela própria estupefação que tomou conta da sociedade no dia 16 de Março²³.

A inevitabilidade foi também inequívoca. Nem a consulente, nem qualquer outra empresa privada poderia evitar os fatos deflagrados com o Plano Collor I, que apenas beneficiaram o Poder Público (União, Estados e Municípios), posto que este não teve o seu dinheiro bloqueado e por ser, nas suas diversas esferas, mais devedor que credor, a nova face da correção monetária medidora da inflação (índices do BTN diferentes do IPC) passou a protegê-los consideravelmente²⁴.

O Plano Collor I, sobre ser imprevisível e inevitável, sobre macular o Direito e desorganizar a Economia privada, apenas beneficiou — e grandemente — o Poder Público, inclusive todos os Estados, como o de Minas Ge-

23 Paulo Carneiro Maia escreve: "A despeito de vislumbrar, aí, o âmbito restrito de aplicação, considera Bonnicea a teoria da imprevisão como de intervenção excepcional, concluindo: "*C'est pourquoi nous estimons, à l'encontre de certains auteurs, que l'imprévision n'est pas appelée à jouer dans des cas particuliers et isolés, mais bien, au contraire, dans les hypothèses ou un événement imprévu, qu'il soit d'origine humaine ou naturelle, à empiré la condition de toute une catégorie de débiteurs*".

De outra parte, "la notion d'imprévision est susceptible en certains cas d'entraîner une interprétation large des contrats et de rétablir la situation du créancier sans aggraver les charges du débiteur" (Da cláusula *rebus sic stantibus*, Ed. Saraiva, 1959, p. 192).

24 Arnoldo Wald em livro coordenado por Gilberto de Ullhôa Canto e por mim, intitulado *A Correção Monetária no Direito Brasileiro* (Ed. Saraiva, 1983, p. 14) escreve: "A teoria da imprevisão admite a revisão do contrato ou a sua rescisão quando ocorre um fato imprevido e imprevisível, de caráter anormal e extraordinário, que, sem culpa da parte, modifica as condições contratuais.

A alteração deve ser de tal ordem que as partes, se dela tivessem ciência, não teriam realizado o negócio, em virtude da excessiva onerosidade que sobrecarrega um dos contratantes, implicando enriquecimento de natureza usurária para outro.

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

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

rais, em que o *deficit* público permanecia. A adoção de índices do BTN diferentes do IPC representou, nas relações em que os Estados eram devedores, considerável redução de estoque de sua dívida²⁵.

A consulente foi altamente prejudicada — como de resto todas as empresas privadas do país — pois não só foram bloqueados seus recursos, como a violenta recessão terminou por afetá-la.

Ora, se a cláusula a que me referi atrás já não tivesse hospedado o BTN, como índice desde a Lei 7.777/89, o que admito apenas para argumentar pelo absurdo, à evidência, o desequilíbrio contratual decorrente dos fatos atrás citados justificam — e plenamente — a necessidade de reequilíbrio contratual para que a excessiva onerosidade não atinja a consulente, com enriquecimento imerecido por parte do governo de Minas Gerais, que, pela teoria da transparência e do controle, é quem indiretamente participou da operação multi-instrumentalizada²⁶.

25 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 par un contrat peut être déliée de ses engagements lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment où le contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie qu'il est certain que cette partie n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation de charges qui en résulte, se elle avait pu prévoir les événements qui ont provoqué cette aggravation.*

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

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

26 Othon Sidou lembra que: "Assentem embora os códigos e leis esparsas, para a revisão judicial dos contratos, a resolubilidade como tónica e a revisibilidade como alternativa (sistema italiano), ou entendam ser primordial a revisibilidade e subsidiária a resolubilidade, quando não houver acerto no curso da ação (sistema polonês, grego e húngaro), o certo é que a revisibilidade é condição impartível da desobrigação em face de onerosidade excessiva.

Só por inadvertência, também, é possível vincular a teoria revisionista por onerosidade excessiva, com a lesão, figura que ocorre quando alguém, sob premente necessidade ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. No ensinamento de Sladitz, em virtude do princípio da proporcionalidade ou do equilíbrio, as prestações mútuas das partes não devem rebaixar a equivalência econômica observada normalmente pelos contratantes de boa-fé; se este equilíbrio falta no momento da formação do contrato; poder-se-á falar em lesão (grifos nossos); se o equilíbrio é rompido posteriormente, por acontecimentos imprevisíveis, encontrarmos-nos em presença da imprevisão" (*A Revisão Judicial dos Contratos, ob. cit.*, p. 108)

Em outras palavras, não pode o Poder Público se beneficiar de um Plano, imprevisível e inevitável para a consulente, ele que já se beneficiou amplamente no passado, pretendendo que a consulente lhe pague os empréstimos para subscrever as ações do banco que controlava, em IPC, quando tal subscrição se deu apenas pelo BTN e, à época, em que ocorreu, com sensível redução (abril/91). É pretender beneficiar-se, lesando a consulente, com plena consciência *de que entregou menos do que deveria entregar*, por força da manipulação dos índices do BTN (subscrição), e pretende receber mais do que merece receber (valores superiores àqueles subscritos) por força de imposição de cálculos diferentes para o IPC e para o BTN ²⁷.

Entendo que a postura da parte adversa, na questão que me foi submetida, é suscetível de responsabilização civil, inclusive devendo responder as autoridades vinculadas à operação pelos gastos, que já estão obrigando a consulente a fazer, para demonstrar que o valor da subscrição das ações corresponde, rigorosamente, ao valor do mútuo, sendo que o BTN passou a ser o índice a reger o contrato de mútuo desde a promulgação da Lei 7.777/89.

Em outras palavras, por força do § 6.º do artigo 37 da Constituição Federal 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 de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”,

a lesão que já está a consulente sofrendo necessita ser indenizada e, por não se admitir que as autoridades da parte adversa desconheçam o direito, são elas pessoalmente responsáveis, quando for o governo de Minas Gerais condenado, judicialmente, a ressarcir a consulente pelos prejuízos que já causou.

Deve-se lembrar que o § 5.º do artigo 37 torna imprescritível a responsabilidade do agente público, lembrando-se também que o § 6.º aumentou

²⁷ O artigo 22 da Medida Provisória 168/90, da Lei nº 8.024/90, tem a seguinte dicção: “Art. 22. O valor nominal do Bônus do Tesouro Nacional — BTN — será atualizado cada mês por índice calculado com a mesma metodologia utilizada para o índice referido no artigo 2.º, § 5.º, da Medida Provisória 154, desta data, refletindo a variação de preço entre o dia 15 daquele mês e o dia 15 do mês anterior.

Parágrafo único — Excepcionalmente, o valor nominal do BTN no mês de abril de 1990 será igual ao valor do BTN fiscal no dia 10 de abril de 1990.”

o espectro de abrangência das pessoas físicas e jurídicas responsáveis pelas lesões que tiverem dado causa²⁸.

Em face de tudo o que expus até o presente, passo a responder, de forma sintética, às três questões apresentadas:

1) A consulente tem o direito de argüir a teoria da imprevisão, até por força da lei sobre licitações, muito embora entenda que após a Lei 7.777/89, o contrato já estava definitivamente indexado pelo BTN que, oficialmente, substituiu o provisório índice oficioso IPC²⁹.

2) É aético que pretenda o governo de Minas Gerais, indiretamente, por sua empresa de participações, beneficiar-se de interpretação incorreta e conveniente para enriquecer-se à custa da consulente. Sobre não ser ética, é ilícita a forma de atuar da referida empresa.

A ação ordinária para que o Poder Judiciário deslinde o perfil de cláusula indexatória e a dimensão do contrato, precedida de medida cautelar, que foi o roteiro seguido pela consulente, por força do rito ordinário, parece-me ter sido o melhor caminho judiciário, de resto sugerido pelo eminente processualista, com rica obra produzida, prof. Humberto Theodoro Jr., cujas exordiais subscritas foram também pelo ilustre advogado Paulo Eduardo Almeida de Mello.

28 Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim comenta o dispositivo: "§ 5º — A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Prescrição. Parecem deduzir-se duas regras deste texto mal redigido. Uma, concernente à sanção pelo ilícito; outra, à reparação do prejuízo. Quanto ao primeiro aspecto, a norma "chove no molhado"; prevê que a lei fixe os respectivos prazos prescricionais. Quanto ao segundo, estabeleceu-se de forma tangente a imprescritibilidade das ações visando ao ressarcimento dos prejuízos causados" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, Ed. Saraiva, 1990, p. 260).

29 Álvaro Villaça de Azevedo lembra a lição de Arnaldo Medeiros da Fonseca que mostra que no Brasil a teoria da imprevisão torna amalgamados o caso fortuito, a força maior e outros fatores capazes de gerar a imprevisibilidade e a inevitabilidade:

"Nosso Código Civil, em seu art. 1.058, § único, conceituou-os, conjuntamente, sem preocupar-se em distingui-los, como sendo aqueles que se verificam "no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir".

Assim, o fato deve impossibilitar a realização obrigacional, não, por exemplo, simplesmente, estorvá-la ou onerá-la. Esse acontecimento deve ser tal, também, que não possa ser evitado pelo devedor.

Arnaldo Medeiros da Fonseca, após mostrar várias concepções, que visaram a distinguir o caso fortuito da força maior, inclina-se por admitir que, praticamente, em nosso Direito, tal distinção não existe, "nem mesmo em face da legislação especial sobre acidentes do trabalho, estando generalizado o uso das duas expressões como sinônimas"; terminando por dizer: "de nossa parte, preferimos aceitar também essa sinonímia, tanto mais quanto os variados e contraditórios critérios diferenciais, propostos, aconselham, ainda, do ponto de vista prático, a orientação, que adotamos".

Surgem, assim, o caso fortuito e a força maior, de um acontecimento, que, sendo necessário, é, também, inevitável" (*Curso de Direito Civil — Teoria Geral das Obrigações*, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, 4ª ed., p. 243).

3) Como já respondi, anteriormente, por ser a relação de Direito Econômico e subordinada à determinação do Banco Central, ao ponto de a única cláusula resolutória vincular-se à sua deliberação, à nitidez, os termos impostos pelo Banco Central passaram a ser aqueles a conformar, pela dependência e conexão de matéria, todos os aspectos da operação multi-instrumentalizada (mútuo, compra e venda e outras avenças). Se já não fosse a Lei 7.777/89, que substituiu o IPC pelo BTN, indicando os novos índices, por força da vinculação contratual aos termos da deliberação do Banco Central, entendo que os mesmos índices que regeram a subscrição de ações são aqueles que passaram a reger o contrato de mútuo. A vinculação, portanto, é evidente.

S.M.J.

São Paulo, 20 de setembro de 1991

QUESTÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE CRUZADOS NOVOS,
FINSOCIAL, IMPOSTO DE RENDA E CORREÇÃO MONETÁRIA
EM FACE DO PLANO BRASIL NOVO — OS MECANISMOS
PROCESSUAIS DE DEFESA — PARECER

CONSULTA

A consulente propõe-me as seguintes questões:

“Consoante entendimentos verbais mantidos com V.Sa., em reunião realizada no dia 12 p.p., solicitamos um parecer do ilustre professor acerca das seguintes questões:

1) Quanto à conversão de cruzados novos em cruzeiros:

1.1) — É cabível a interposição de mandado de segurança, em face do disposto no art. 7º da Lei 8.177/91, com o objetivo de levantar as restrições contidas nos arts. 5º da Lei 8.024/90, à livre movimentação de recursos financeiros? Será necessário antes do ingresso da medida judicial, notificar o Banco Central do Brasil, para, no prazo de 48 horas, promover a conversão?

1.2) — Em caso negativo, caberia medida cautelar? Eventual decisão favorável, nesse caso, seria de natureza satisfativa, sendo portanto, desnecessária interposição de ação ordinária?

1.3) — Caso não haja o deferimento da liminar ou não haja a liberação, por sentença, antes de setembro p.f., os recursos permaneceriam bloqueados por estar a matéria *sub-judice*’?”

2) — É legal a imposição do Finsocial?

2.1) — Em caso negativo, deve a consulente deixar de recolhê-lo?

2.2) — Que medidas judiciais preventivas a consulente deve tomar, caso a citada exação seja ilegal?

3) Quanto aos efeitos tributários relativos aos rendimentos auferidos sobre cruzados novos retidos, com referência ao imposto sobre a renda das pessoas jurídicas:

3.1) — Tais rendimentos constituem fato gerador do IRPJ no exercício financeiro de 1991, período-base de 1990?

3.2) — Em caso negativo, a consulente pode diferir contabilmente para exercícios futuros a tributação dos mesmos rendimentos?

3.3) — Deve a consulente tomar medidas judiciais preventivas, caso sejam diferidos? Quais?

4) Quanto à correção monetária com base na variação da TRD:

4.1) — É legal a correção monetária sobre tributos, tomando-se como medida de valor a taxa de referência diária (TRD)?

4.2) Em caso negativo, quais as medidas judiciais preventivas que a consulente deve tomar?''.

RESPOSTA

A consulente propõe inúmeras questões relacionadas a quatro diferentes temas, que passo a responder em quatro blocos distintos.

1) CONVERSÃO DE CRUZADOS NOVOS

Tão logo foi divulgado o Plano Brasil Novo, em 16 de março de 1990, manifestei-me, em relação ao bloqueio dos cruzados novos nas instituições financeiras com transferência posterior para guarda do Banco Central, realçando as inúmeras inconstitucionalidades de que padecia a M.P. 168/90, seja por canais de televisão (Bandeirantes, Manchete, Gazeta, Record, no próprio dia e na SBT e Cultura nos dias seguintes), como em inúmeros artigos de jornais veiculados pela Folha, Estado, Jornal da Tarde, Globo, além de, mais pormenorizadamente, ter tratado do assunto no livro da FGV (*Plano Collor — diversos autores*) e no que editei pela Forense Universitária (*O Plano Brasil Novo e a Constituição, 1990*)¹.

1. 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 artigo 15, com o seguinte discurso:

"Art. 15 — Somente a União, nos seguintes casos excepcionais, 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 de 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 que apenas três panoramas justificam sua imposição — e sempre por lei complementar —, conforme exposto no art. 148 da C.F.:

Todos os argumentos — sem exceção — foram acolhidos pela Justiça Federal de 1.ª Instância, conforme a visão particular de cada um dos magistrados, que realçaram este ou aquele aspecto, tendo inclusive, alguns deles, identificado, com brilho e inteligência, outra gama de inconstitucionalidades, como ocorreu com o juiz federal Américo Lacombe, relator do recurso interposto pelo Banco Central, cujo voto foi unanimemente acompanhado, por seus pares do T.R.F. da 3.ª Região ou aqueles outros mencionados pelos juízes Vital Vasconcellos ou Andrade Martins ².

“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 empréstimo, porque os cruzados novos bloqueados encontram-se à disposição futura do mutuante. A verdade é que a 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, Ed. Forense Universitária, 1990, p. 8.9.10).

2 O juiz Márcio Moraes chegou inclusive a denominar de furto ou roubo o plano, como se pode ler: “Cuida-se do exame da constitucionalidade dos arts. 5º a 9º, da Lei n. 8.024, de 1990, que instituíram o bloqueio dos cruzados nas casas bancárias depositárias.

O voto do ilustre juiz Relator, a respeito, é brilhante e esquadrinha todos os aspectos jurídicos da questão começando por perquirir da natureza jurídica do bloqueio e chegando à conclusão de que se trata de um empréstimo compulsório anômalo, revestido de inconstitucionalidade, porque intuído sem lei complementar (art. 148, II, da C.F.) e ainda, nem seria a medida meio próprio a iniciar o processo legislativo da lei complementar.

Todavia, permito-me declarar entendimento próprio a que cheguei depois de meditar sobre o tema.

Tem razão o ilustre juiz relator quando verificou que o bloqueio não é requisição, confisco, confisco temporário (que aliás não existe, no dizer de S.Exa.), servidão de uso ou desapropriação. Convenci-me, Sr. juiz presidente, que o bloqueio não é nada!

Nem empréstimo compulsório é, porque veio desprovido de legislação complementar e, de início, foi instituído por medida provisória.

E não é nada porque não pertence ao mundo do Direito.

É um ato de força, *tout court*, que costumeiramente — e a história do Brasil que o diga — é veiculada pela espada.

Este veio, mais sofisticadamente, montado numa norma jurídica.

Daf porque não pode ter qualquer natureza jurídica, não se coaduna com quaisquer dos institutos do Direito.

Pertence a outro mundo, antinômico ao Direito, que é o mundo da força.

É uma violência, simplesmente.

Alguém deposita dinheiro com outrém. Chega um terceiro e o toma, dizendo: vou devolvê-lo daqui a alguns anos, em parcelas.

Se esse terceiro fosse particular, dir-se-ia que cometeu furto, roubo ou estelionato.

Mas como ele é governo, procura-se a natureza jurídica do seu ato para se concluir pela inconstitucionalidade.

De rigor, o bloqueio dos cruzados novos constituiu autêntico empréstimo compulsório não possível para a hipótese, à falta de ocorrência de calamidade pública (os denominados *Acts of God*) ou guerra externa, sobre dever ser, nestas hipóteses, de necessária veiculação por lei complementar, o que também não ocorreu com a Lei 8.024/90. Feriu, pois, o artigo 148 da Constituição Federal, maculando, também, o artigo 150, inciso IV do texto supremo, que proíbe o confisco, este tendo ocorrido, inclusive no concernente aos rendimentos assegurados por lei, eis que manipulados os índices, o que implicou em não atendimento do seguro contra a inflação, garantido às cadernetas de poupança. O próprio tratamento ofertado pelo governo sobre a matéria deveria ter sido por lei complementar (art. 163, inciso II), única com o condão de dispor sobre o regime jurídico da dívida externa e interna, até porque é exigida lei complementar para disciplinar a emissão e reajuste de títulos da dívida pública (art. 163, inciso IV) ³.

Ocorre que a determinação do nível das operações de crédito interno da União é matéria de competência privativa do Senado e não do Executivo ou do presidente, como determina o art. 52, inciso VII da Constituição Federal, com o que outra violação se uniu às demais, acrescentando-se o fato de que a lei de diretrizes orçamentárias de 1989, aplicável a 90, não cuidou desse tipo de alteração tributária (o empréstimo compulsório é tributo) resstando também violado o artigo 165, § 2º da Constituição Federal ⁴.

Para mim é puro ato de força que, antes de atentar ao ato jurídico perfeito e ao direito de propriedade (art. 5º, incs. XXXVI e XXII da C.F.), agride à concepção do Direito.

Violência, em tal ordem e grau, não é um vício jurídico (inconstitucionalidade) propriamente.

Ela é manifestação de um mundo — o da força — que o homem, mercê do sangue de sua história, vem abandonando para acreditar que a melhor e mais digna maneira de ordenação das suas relações em sociedade reside no Direito.

Por isso que, mais do que viver a Constituição, cumpre guardar o Direito e resistir à ideologia da força.

Com tais fundamentos e com os deduzidos pelo juiz Relator, eu acompanho o voto de S.Exa." (Apelação em M.S. n. 90.03.32177-9).

3 Os artigos 150, inciso IV, 163, inciso II e IV têm a seguinte dicção: "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios... IV. utilizar tributo com efeito de confisco; ..."

"Art. 163. Lei complementar disporá sobre: ... II. dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público; ... IV. emissão e resgate de títulos da dívida pública".

4 Estão os dispositivos mencionados assim redigidos: "Art. 52. Compete *privativamente* ao Senado Federal: ... VII. dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal; ...";

"Art. 165. § 2º. A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, *disporá sobre as alterações na legislação tributária* e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento" (grifos meus).

O que, à evidência, não faltou no “bloqueio dos cruzados” foi inconstitucionalidades, não me lembrando, em 33 anos de exercício profissional, de outra ocasião em que houvesse, em uma única ação do governo, tantas maculações — e de forma tão variada — da lei suprema do país.

A esmagadora maioria das decisões dos juízes federais em todos os Estados do país e a unânime manifestação dos Tribunais Regionais de São Paulo e Pernambuco, que contam com reconhecidos mestres de Direito Público, apenas confirmaram a impressão que expus, no primeiro dia do Plano Collor, por todos os veículos de comunicação que me procuraram ⁵.

O mérito da questão está, pois, superado, sendo de densa e insanável inconstitucionalidade a espinha dorsal do Plano Collor I, que, sobre ter fracassado no combate à inflação, violentou inutilmente a Constituição ⁶.

As questões formuladas, todavia, versam sobre os meios processuais para a recuperação dos cruzados novos.

E a primeira delas é o cabimento ou não do remédio heróico, representado pelo mandado de segurança.

Entendo eu que a Lei 8.177/91 reabriu o prazo de 120 dias para sua interposição, visto que, ao cuidar novamente dos cruzados novos, declarou que não mais seriam eles remunerados por índices medidores da inflação, mas por uma taxa manipulada pelo Banco Central, a partir do custo do dinheiro e não da inflação ⁷.

Ora, a mudança das regras do jogo no que concerne aos cruzados novos bloqueados, de rigor, retira de seu titular a possibilidade de buscar investimento melhor, apesar de ser atingido duramente na forma de remuneração de seu capital “indisponível”.

Admitindo-se que o cidadão que não se utilizara, nos primeiros quatro meses de vida da medida provisória nº 168/90, do recurso à Justiça, por estar satisfeito com a manutenção da remuneração atrelada à inflação, nada obstante a sua real perda de substância, venha, agora, em face desta nova

5 O Tribunal Regional Federal não só considerou a Lei 8.024/90 inconstitucional, no que diz respeito ao bloqueio, por 18x0, como considerou também inconstitucional a Lei 8.076/90 que proibia a eficácia imediata das decisões contra o plano (Processos nº 90.03.37625-5 (M.S. 37658) e 90.03.32177-9).

6 O próprio despacho de cassação do Ministro Sydney Sanches para caso em que a liminar fora satisfativa, de rigor, torna-se inócuo, pois pretende suspender a eficácia de uma liminar já executada (Processo n. S.S. 315-1/260-DF da 17ª Vara Federal de São Paulo).

7 O artigo 7º da Lei 8.177/91 tem a seguinte dicação: “Art. 7º — Os saldos dos cruzados novos transferidos ao Banco Central do Brasil, na forma da Lei nº 8.024, de 12 de abril de 1990, serão remunerados, a partir de 1º de fevereiro de 1991 e até a data da conversão, pela TRD, acrescida de juros de seis por cento ao ano, ou fração *pro rata*, e serão improrrogavelmente, convertidos em cruzeiros, na forma da Lei nº 8.024, de 12 de abril de 1990”.

manipulação, considerar-se lesado em seus direitos, não mais desejando manter seu dinheiro em mãos do governo, em verdade, passou a ter, a partir de 31 de janeiro de 1991, 120 dias para a impetração de mandado de segurança, objetivando desbloquear os cruzados, na busca da preservação de seu capital retido pelo governo federal.

Tão logo foi divulgado o Plano Collor II, alertei para este aspecto, em entrevistas, tendo inclusive escrito artigo, publicado pelo jornal "O Estado de São Paulo", em que esposei a tese de reabertura dos prazos para interposição de mandado de segurança⁸.

Sempre entendi que se poderia renovar o ato coator com uma singela carta ao Banco Central, pedindo-se o desbloqueio das contas, com o que, em face de negativa ou do silêncio da instituição oficial, a coação se caracterizaria, correndo, a partir de uma ou outra medida, o novo prazo de 120 dias. A matéria, todavia, por não ser pacífica, vinha ensejando discussões, com o acolhimento da tese por alguns juízes e por outros, não⁹.

A partir da Lei 8.177/91, todavia, a questão se pacificou, em face da expressa renovação do ato coator por parte do governo federal ao editar as medidas provisórias 294 e 295/91, que alteraram a forma de calcular a remuneração dos cruzados bloqueados, desatrelando-a da medição pela inflação.

Por esta razão, até 120 dias após 31 de janeiro de 1991, cabe o mandado de segurança, conforme vem entendendo a Justiça Federal nos diversos Estados.

Em face do exposto, passo a responder às questões atinentes ao 1.º bloco.

1.1) — Sim. Não há necessidade de notificação ao Banco Central antes de 120 dias da M.P. 294/91. *Ad cautelam*, todavia, a notificação poderá ser feita, ofertando um prazo máximo de 72 horas para resposta.

8 Assim concluo o artigo publicado no jornal "O Estado de São Paulo" (10.3.91, p.44): "Ora, à evidência, aqueles que não recorreram à Justiça até 13 de julho, por se sentirem confortados com a remuneração indexada, serão duramente lesados, lembrando que só no mês de fevereiro, terão esta reduzida a quase 1/4 da inflação do mês.

Em face disto, poderão no prazo de 120 dias, a partir de 31 de janeiro de 1991 impetrar mandado de segurança para reaver seus cruzados novos e, na minha opinião, inclusive exigindo remuneração integral correspondente à inflação oficial de fevereiro, se os cruzados bloqueados forem de caderneta de poupança, que possuem seguro contra a inflação, em seu bojo.

O governo federal renovou, por lei, o ato coator, reabrindo o prazo para que todos os interessados no desbloqueio, por não se conformarem com as novas regras confiscatórias de seus ativos financeiros, ingressem na via judicial para proteção de seus direitos constitucionais.

E, em face da pacífica orientação judicial sobre a matéria no passado, sou otimista em relação ao resultado dessas novas medidas, a serem certamente impetradas pelos violentados cidadãos brasileiros quanto a seus ativos financeiros".

9 Em livro que está editando pela IOB de todas as sentenças favoráveis ao cidadão, o eminente Juiz Vital Vasconcellos hospeda a lei da renovação do ato pela singela carta ao Banco Central.

1.2) — Na eventualidade — o que será pouco provável — de o juiz extinguir o processo, em mandado de segurança, poderá a consulente interpor medida cautelar inominada, que, se for deferida, com efeito satisfatório, obrigará a consulente a interpor a ação principal nos termos do artigo 806 do CPC, que conterà, no caso, pedido meramente declaratório.

1.3) — Entendo que se houver o desbloqueio até setembro de 1991, nem por isto os recursos permanecerão indisponíveis, posto que a Lei 8.024/90 impõe a devolução, sem restrições de qualquer espécie, a partir de setembro de 1991.

A discussão judicial não impede a devolução regular nos termos do referido diploma legal ¹⁰.

2) FINSOCIAL

O Caderno de Pesquisas Tributárias n. 15 é dedicado ao estudo da lei complementar. Foram 16 autores, a saber: Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, Antonio Manoel Gonzalez, Aurélio Pitanga Seixas Filho, 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 Penteadó, José Eduardo Soares de Melo, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Paulo Lucena de Menezes, Plínio José Marafon, Ricardo Mariz de Oliveira, Sacha Calmon Navarro Coelho, Vittório Cassone e Waldir Silveira Mello, a debruçarem-se sobre a matéria, concluindo, a esmagadora maioria deles, no concernente à 3.^a questão, da forma que segue abaixo:

¹⁰ Já previra a devolução dos cruzados pela Justiça em março de 1990, quando saiu o 6.^o volume, tomo I, dos Comentários à Constituição Federal, tendo escrito: "O esfrangalhamento da Carta Constitucional nunca foi tão nítido e tão repudiado pela comunidade jurídica nacional, e, nestes Comentários à Constituição, não poderia deixar de registrar meu total e absoluto desencanto com a forma pela qual S.Excia., o presidente da República, violentou a Carta, que um dia antes jurara defender e sob a proteção da qual foi eleito presidente.

O direito, todavia, é maior que os homens. Os presidentes passam, mas não a consciência jurídica de uma nação. E aqueles que têm a obrigação de defendê-la, que são os advogados, promotores e magistrados, estão alertas para preservar a ordem constitucional, maior bem de um povo livre.

Que no futuro os brasileiros aprendam a compreender que não há crise econômica e social que supere em gravidade a crise institucional e que a garantia das instituições é a melhor forma de se vencer grandes desafios. Não há custo social maior do que o da luta contra os problemas nacionais à custa da ordem jurídica, razão pela qual, como apêndice a estes comentários, desencantado, mas não desanimado, quis deixar a esperança de um futuro melhor, na certeza de que os que representam a lei são verdadeiros patriotas e construtores de uma maiúscula nação.

Que o Executivo reconheça que errou e no porvir cumpra a promessa de respeitar a Constituição, posto que o Poder Judiciário, no seu devido tempo, certamente se encarregará de corrigir a dilaceração da Lei Suprema, provocada pelo Plano Brasil Novo" (Editora Saraiva, 1990, p.581/582).

“3) O Finsocial, cujo perfil o Supremo Tribunal Federal configurou como imposto inominado criado pela competência residual da União, poderia ser instituído à luz do disposto no artigo 154 inciso I da Constituição Federal? O artigo 56 das Disposições Transitórias cuida de um tributo em extinção ou de um tributo presente, cujos aumentos podem continuar a ser realizados sem que o sistema tributário seja violado?”

que:

“Resposta: O art. 56 das ADCT cuida de um tributo em extinção cujos aumentos não poderiam continuar a ser realizados sem violação à Constituição. O Finsocial no perfil configurado pelo STF não poderia ser criado à luz do art. 154, I, da CF por ser cumulativo e por ter sua receita vinculada a certas despesas, o que é vedado pelo art. 167, IV da CF” (resumo do XV Simpósio a ser publicado no Caderno de Pesquisas Tributárias n.16).

O Tribunal Regional Federal da 5.^a Região, também, por unanimidade, houve por bem entender inconstitucionais todos os aumentos do referido “imposto inominado”, após 5 de outubro de 1988, por ser incompatível aquela imposição com o sistema tributário nacional ¹¹.

¹¹ No voto do Juiz Hugo Machado, presidente daquela Corte, lê-se: “Realmente, o art. 195, da Constituição Federal de 1988, só autoriza a instituição de contribuições que tenham como sujeito ativo a autarquia previdenciária. Se o legislador ordinário, ou mesmo o legislador complementar, invoca esse dispositivo constitucional para instituir tributos em favor da União Federal, tributos que constituem receita do Tesouro Nacional, está violando, indubitavelmente, a Constituição.

Não se pode, outrossim, deixar de considerar que o governo tem afirmado ser impraticável o cumprimento dos dispositivos constitucionais que asseguram certos benefícios previdenciários. O cumprimento da Constituição, no que se refere aos benefícios previdenciários, seria impraticável, à mingua de recursos financeiros. Enquanto isso, esta excelente fonte de recursos, que é o finsocial, deixa de ser utilizada em favor da seguridade social.

Esta é uma postura que Poder Judiciário não pode convalidar.

Ressalte-se que uma contribuição de dois por cento sobre o faturamento das empresas certamente significa maior volume de recursos do que os gerados pela arrecadação do imposto de renda das pessoas jurídicas, que é da ordem de trinta por cento sobre os lucros. Por outro lado, da arrecadação do Finsocial não participam Estados e Municípios, tornando esse tributo bem mais vantajoso para o Governo Federal.

Não sendo, como na verdade não é, contribuição para a seguridade social, resta a questão de saber se a “contribuição” para o Finsocial, pode ser validamente cobrada como imposto.

Já no regime da Constituição anterior, o Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu que o Finsocial caracterizava imposto, sendo inconstitucional sua cobrança no mesmo exercício em que fora instituído. E o Poder Executivo, em respeito a tal orientação da Corte Maior, baixou o Decreto-lei nº 2.471, de 19 de dezembro de 1988, cancelando os débitos respectivos, relativos ao exercício de sua instituição.

O T.R.F de Pernambuco só não considerou, por inteiro, inconstitucional o tributo por já ter entendido, no passado, que as contribuições sociais veiculadas pela Lei nº 7.689/88 são inconstitucionais, com o que o artigo 56 das Ds. Ts. ainda permaneceria em vigor ¹².

Com efeito, reza o artigo 56 das Ds. Ts. que:

“Até que a lei disponha sobre o art. 195, I, a arrecadação decorrente de, no mínimo, cinco dos seis décimos percentuais correspondentes à alíquota da contribuição de que trata o D.L. 1.940, de 25.5.1982, alterada pelo D.L. 2.049, de 1º de agosto de 1983, pelo Decr. 91.236, de 8.5.85, e pela Lei nº 7.611, de 8.7.1987, passa a integrar a receita da seguridade social, ressalvados, exclusivamente no exercício de 1988, os compromissos assumidos com programas e projetos em andamento”.

veiculando a transitória permanência do Finsocial até o surgimento das contribuições sociais. Estas, entretanto, por não terem sido veiculadas por lei complementar (a Lei nº 7.689/88 não o é), foram consideradas inconstitucionais, pelo Sodalício do Nordeste, razão pela qual aquela Egrégia Corte houve por bem considerar legítima — até a regular instituição das referidas contribuições — a cobrança do Finsocial à alíquota de 0,5% a que se refere o D.L. 1.940/82 e seguintes.

12 Ainda do voto do juiz Hugo Machado lê-se: “A Lei nº 7.689/88, diversamente do que afirma, *data venia*, o eminente Juemiz Lázaro Guimarães, não cumpriu o comando constitucional que determinava a regulamentação da contribuição enunciada no art. 195, I, posto que não cuidou de contribuição para a seguridade social, por não ter como sujeito ativo a autarquia previdenciária. Tanto a contribuição sobre o lucro, já declarada inconstitucional por este Egrégio Plenário, como a denominada Finsocial, prevista em seu art. 9º, ora em apreciação, foram atribuídas à União Federal, tratadas como receita do Tesouro Nacional, em absoluta desatenção ao disposto no art. 195 da Constituição Federal.

Merece destaque o fato de que o senhor presidente da República vetou, entre outros, o art. 10, do Projeto de Lei de Conversão nº 50, de 1990, que “dispõe sobre a organização e custeio da seguridade social e altera a legislação de benefícios da previdência social”. E nas razões de seu aludido veto, S. Excelência destacou (DOU, 13.12.90, Seção I, p.24.046): “a fiscalização do Finsocial — imposição de natureza tributária, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal — está intimamente legada aos procedimentos de fiscalização do imposto de renda, motivo pelo qual será extremamente penoso, em especial para os contribuintes, duas fiscalizações para apurar bases de cálculo semelhante”.

E concluiu afirmando a “impossibilidade de se aceitar o descolamento da competência da arrecadação e fiscalização do Finsocial para o INSS”.

Não se trata realmente, como se vê, de destinação de recursos, mas de competência para arrecadação e fiscalização do Finsocial, ou, em outras palavras, trata-se de questão de saber quem é o sujeito ativo da relação jurídica correspondente, nos termos do art. 119, do Código Tributário Nacional, segundo o qual sujeito ativo da obrigação tributária é a pessoa jurídica de Direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento”.

Que o Finsocial é um imposto, dúvida não mais remanesce, em face da decisão do S.T.F. que assim o considerou. Apesar de rotulado de “contribuição social”, sua natureza jurídica é de imposto, não tendo a nova Constituição a alterado ao mencioná-lo, no artigo 56 das Ds. Ts. ¹³.

De lembrar-se que o artigo 56 apenas fez menção ao discurso que consta do D.L. 1.940/82, que denomina o imposto inominado de contribuição social. E o constituinte nada mais fez do que dizer que as “contribuições sociais a que se refere o D.L. 1.940/82, isto é, aquela contribuição social, que não é contribuição social, *mas imposto*, apenas remanescerá no sistema até que seja instituída uma autêntica *contribuição social*.

A própria colocação da imposição tributária entre os dispositivos transitórios da C.F., isto é, entre aqueles dispositivos fadados a desaparecer, demonstrou que o Finsocial é uma “falsa contribuição social” que deveria ser substituída por uma autêntica contribuição, com natureza de contribuição, não de imposto. E, à evidência, não autorizou, o constituinte, qualquer elevação do nível de sua incidência ¹⁴.

¹³ Está o Acórdão do STF assim ementado: “Finsocial — Caracterização como imposto — Criação por decreto-lei — Admissibilidade — Necessidade de observância do princípio da anualidade — Recursos extraordinários não conhecidos — Inteligência dos Arts. 16 do CTN e 55 e 153, § 29, da CF.

Caracteriza-se como imposto, e não contribuição, o tributo que tem por fato gerador situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte.

Ementa oficial: Finsocial. Dec. lei. 1.940, de 25.5.82. Caracterizada a sua natureza tributária, legitima-se a observância do princípio da anualidade (art. 153, § 29, da CF).

Pacificou-se a jurisprudência do STF no sentido de que o decreto-lei, em nosso sistema constitucional, observados os requisitos estabelecidos pelo art. 55 da CF, pode criar e majorar tributos. Recursos extraordinários não conhecidos.

RE 103.778-4-DF — TP — j.18.9.85 — red. Min. Cordeiro Guerra — DJU 13.12.85. (rectes: União Federal e Cobesca Manchester Atacadista de Produtos Farmacêuticos S.A e outras, recdas.: as mesmas)” (RT 603/235).

¹⁴ Gustavo Miguez de Mello ensina: “Na vigência da Constituição Federal recentemente revogada firmou-se definitivamente a Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, recentemente extinto, e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a contribuição ao Finsocial era imposto residual, não configurando, pois, qualquer dos impostos nominalmente atribuídos pelo Legislador Constituinte à União Federal, com exceção de uma das incidências, já extinta por lei federal, que determinava o cálculo da contribuição com base no valor devido a título de imposto sobre a renda.

A nova Constituição só ampliou a competência impositiva atribuída à União Federal com imposto cujo fato gerador não coincide com os fatos geradores da contribuição ao Finsocial: imposto sobre grandes fortunas (art. 153, inciso VII).

Conclui-se, pois, que a Jurisprudência acima referida pode ser invocada para o fim de excluir a cobrança da referida contribuição com base nos dispositivos constitucionais que atribuem à União competência para cobrar impostos expressamente designados no texto constitucional.

A vigente Constituição não suprimiu a competência impositiva residual da União, mas a redefiniu nos seguintes termos: “Art. 154 — A União poderá instituir: I — mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”.

Ora, autoridades da própria União Federal reconhecem que a contribuição ao Finsocial é cumulativa” (Caderno de Pesquisas Tributárias, volume 15, Ed. Resenha Tributária/CEEU, 1989, p.377/378).

Todos os aumentos ocorridos após 5 de outubro de 1988 foram aumentos inconstitucionais, posto que instituindo imposto inominado em franco conflito com o sistema.

Nem mesmo a competência residual da União poderia ser invocada, visto que esta, para ser exercida deveria criar imposto “não cumulativo” e sem fato gerador e base de cálculo próprios de outros impostos. E o Finsocial, sobre ser cumulativo, tem o mesmo fato gerador de impostos circulatorios (IPI, ICMS, ISS), além de não ter sido veiculado por lei complementar¹⁵.

E não me deterei mais a discorrer sobre a inconstitucionalidade da exigência, na medida em que já sobre a matéria amplamente escrevi, remetendo a consulente à leitura dos estudos publicados no Caderno de Pesquisas Tributárias n. 15 e no Notícias ATC, ano XXXXI, n. 33/89, p.1/4.

É, pois, o Finsocial, densamente inconstitucional, sequer podendo ser alegado que a contribuição social é inconstitucional, posto que, pelo governo que a instituiu, não foi assim considerada, sobre estar sendo ela cobrada até hoje, a não ser daqueles que, ao pleitearem na Justiça sua inconstitucionalidade, obtiveram o direito de não pagá-la¹⁶.

15 Gilberto de Ulhôa Canto sobre o Finsocial pretendido sobre as empresas prestadoras de serviços escreve: “Porque não mais havia a hipótese de incidência da contribuição para o Finsocial devida pelas empresas exclusivamente prestadoras de serviço após a publicação da Lei 7.689/88, é que a Lei n. 7.738/89 pretendeu recriá-la nos seguintes termos: “Art. 28.

Observado o disposto no art. 195, § 6º, da Constituição, as empresas públicas ou privadas, que realizam exclusivamente venda de serviços, calcularão a contribuição para o Finsocial à alíquota de meio por cento sobre a receita bruta”.

Ocorre que, a partir da Constituição de 1988 a destinação da receita das contribuições sociais à seguridade social passou a ser elemento essencial à sua configuração, e imprescindível da lei que a instituir; só se diferenciam de alguns impostos (ISS, ICMS e IR) das contribuições para intervenção no domínio econômico, das contribuições no interesse de categorias profissionais e das contribuições no interesse de categorias econômicas, pela destinação específica da sua receita.

Assim, a contribuição para o Finsocial devida pelas empresas exclusivamente prestadoras de serviços não pode ser considerada contribuição social, porque a Lei 7.738/89 não vinculou sua receita à seguridade social.

E, como imposto novo, essa imposição não se convalidaria, porque não foi instituída por lei complementar e teria base de cálculo própria do imposto sobre serviços de qualquer natureza” (Caderno de Pesquisas Tributárias n.15, ob. cit. p.37/38).

16 Sobre a inconstitucionalidade da contribuição social (Lei 7.689/88) escrevi: “Fala o constituinte que compete à União instituir contribuições sociais, de resto terminologia adotada na Lei 7.689, que declara em seu enunciado:

“Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988.

Institui contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas e dá outras providências” (o grifo é meu).

O constituinte, porém, exige que, na instituição de contribuição social, seja observado o disposto no artigo 146 inciso III da Constituição Federal, enquanto a lei 7.689 determinou que não se observasse o disposto no artigo 146 da lei suprema. O constituinte pretendeu que o sistema e o contribuinte fossem garantidos por uma estrutura legislativa anterior estabelecida em lei complementar. O legislador ordinário determinou que a lei inferior se sobrepujasse à lei maior.

Passo, pois, a responder as questões formuladas.

2.1) — A imposição do Finsocial é de manifesta inconstitucionalidade.

2.2) — Sim, desde que protegida por medida judicial.

2.3) — De início, o mandado de segurança, visto que a discussão será meramente jurídica. Há uma violação da Constituição no que concerne à questão, não havendo, pois, necessidade de se discutir matéria probatória. O litígio será meramente jurídico, com o pedido da segurança para afastar-se a inconstitucional exigência.

Poderá, a consulente, todavia, optar pela ação ordinária de preceito cominatório precedida de uma cautelar inominada ou, se iniciada a ação ordinária antes, propor a cautelar incidental¹⁷.

Leu, o legislador ordinário, o artigo 149 da seguinte forma: "Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, não se observando o disposto no artigo 146, III, ..."

Transformou-se, portanto, em constituinte, ao revogar o texto supremo alterando a redação do artigo 149.

Nada obstante o esforço pretendido, de revogação do discurso constitucional, a tentativa ordinária carece de forças, razão pela qual, suscitado o problema em nível judiciário, deverá ser fulminado.

Por esta razão, o presidente da Comissão de Tributos, Orçamento e Finanças Públicas, deputado Francisco Dornelles, em sucessivas entrevistas à imprensa e em um programa de televisão, do qual participamos, entrevistados os dois pelo jornalista Ferreira Neto, declarou ser inconstitucional a Lei 7.689/88, tendo ambos lembrado as origens do dispositivo.

Por outro lado, o deputado José Lins, que foi relator do projeto do "Centrão" — que terminou prevalecendo sobre o da Comissão de Sistematização no encaminhamento ao Plenário da Constituinte (282 senadores) — em patético apelo, no dia posterior à aprovação da medida, pelo jornal "O Estado de São Paulo", declarou ser inconstitucional a lei, mas que esperava que o patriotismo dos empresários os levasse a recolhê-la e não discutí-la em juízo.

Sobre ser incoerente a postura do eminente parlamentar, não é certo que a melhor forma de auxiliar o país a sair da crise seja enfraquecer ainda mais o desestimulado setor privado, que em 1988 evoluiu negativamente em termos de crescimento do PIB, retirando-lhe receitas que os próprios parlamentares reconhecem indevidas.

As observações aqui apresentadas apenas visam demonstrar a convicção de parlamentares envolvidos diretamente com o texto constitucional vinculado ao sistema tributário, que consideram a Lei 7.689 inconstitucional" (*A Constituição Aplicada* n.3, ed. CEJUP, 1991, p.16/17/18).

17 Antonio Manoel Gonçalves e Marilene Talarico Martins Rodrigues ensinam: "Por outro lado, o Finsocial, enquanto contribuição social que a União pretende que seja, não logrou ser reconhecido pela atual ordem constitucional, não obstante as inúmeras tentativas da União em enquadrá-lo nessa espécie tributária, sem ter, entretanto, o condão de alterar sua inequívoca natureza de imposto.

A União poderá fazê-lo, contudo, com base em sua competência residual, utilizando-se de veículo legislativo apropriado, ou seja: a *Lei Complementar* nos termos do art. 195, parágrafo 4º, que por sua vez remete ao art. 154, inc. I, que impôs o uso de diploma dessa hierarquia para a criação de novas fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social. À evidência, deverão igualmente ser respeitados os demais direitos e garantias do contribuinte (não ser cumulativo, não possuir fato gerador ou base de cálculo próprios de outro imposto, não ser retroativo, atender ao princípio da anterioridade etc.), sob pena de não ser acolhido pelo ordenamento positivo.

O fato de ter sido denominado de *contribuição social* não lhe modifica a natureza de imposto.

Na eventualidade de o juiz para quem foi distribuída a ação não admitir o mandado de segurança, por entender que a pretensão poderia ter efeito normativo — corrente hoje minoritária na doutrina e na jurisprudência sobre a eficácia do mandado de segurança em termos de direito assegurado — poderá a consulente desistir da mesma, na ausência de liminar, repropoando a discussão por outra via, ou seja, da ação cautelar.

Se houver, entretanto, extinção do processo, basta a desistência da interposição de recurso devidamente homologada para o início de ação cautelar preparatória.

Entendo, todavia, para encerrar a resposta ao 2.º bloco de questões que, por ser este o entendimento da esmagadora maioria dos juízes federais no país, o mandado de segurança é o remédio processual mais adequado¹⁸.

3) IMPOSTO SOBRE A RENDA INCIDENTE SOBRE CRUZADOS NOVOS

O imposto sobre a renda não é devido sobre os “rendimentos” dos cruzados novos retidos. De resto, lei neste sentido está para ser sancionada pelo presidente da República.

Não é o *nomem juris* que determina a natureza do tributo, mas o fato gerador da respectiva obrigação tributária, nos termos do art. 4.º do CTN que estabelece: “Art. 4.º — A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevante para qualificá-la: I — a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II — a destinação legal do produto de sua arrecadação”.

Também não se deve confundir a destinação da receita do Finsocial com sua imposição tributária, conforme lembro o prof. Ives Gandra da Silva Martins: “Nem se confunda a destinação da receita do Finsocial, matéria de Direito financeiro, com a imposição do FINSOCIAL, matéria de Direito Tributário, posto que a destinação é cuidada a partir da entrada dos recursos nos cofres estatais e a imposição é que conforma a relação jurídico-tributária entre entes tributantes e contribuintes” (Caderno de Pesquisas Tributárias n.15, ob. cit., p.243/244).

18 Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci prelecionam sobre os pressupostos do mandado de segurança: “Desse modo, por ostentar a natureza jurídica da ação, resta adstrito à concorrência de vários pressupostos, para a sua efetivação, e que, marcadamente, o peculiarizam, a saber:

a) imprescindível afigura-se, de logo, que o Direito Subjetivo, individual, cuja tutela é invocada do órgão jurisdicional, seja líquido e certo;

b) indispensável torna-se, ainda, que a lesão, ou a ameaça de lesão, a esse direito decorra de *ilegalidade* ou abuso de poder; e,

c) necessário é, enfim, que a atuação, ou omissão, a ser enfrentada pelo *mandamus*, seja de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (nada importando, por certo, sua categoria ou a natureza da função por qualquer delas exercida).

Tendo sido já versadas, nos anteriores §§ 2.º, n.º 3, a, e 5.º, n.º 15, b, supra, as noções de ilegalidade e de abuso do poder, as noções de ilegalidade e de abuso do poder, permitindo-nos remeter o leitor para o que ali escrevemos, cuja pertinência para a determinação do pressuposto da impetração de *writ* sob letra b torna-se despiçando enfatizar” (Constituição de 1988 e Processo, Saraiva, 1989, p.136).

O artigo 43 do CTN tem a seguinte dicção:

“O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I. de renda, assim entendido o produto do capital do trabalho ou da combinação de ambos; II. de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior”.

Muito se discutiu sobre a natureza jurídica do fato gerador do imposto sobre a renda, estando hoje relativamente pacificadas, a doutrina e a jurisprudência, sobre corresponder a uma real aquisição de disponibilidade econômica e jurídica ¹⁹.

Deve-se realçar a postura do Tribunal Federal de Recursos em relação às notas promissórias recebidas, isto é, se corresponderiam a uma aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica geradora de imposto sobre a renda.

Em decisão transitada em julgado, decidiu o antigo Tribunal Federal de Recursos que tais títulos hospedavam uma expectativa de aquisição de disponibilidade jurídica, mas não uma real aquisição e não entenderam devido o tributo.

Transcrevo o despacho do então presidente daquela corte, ministro Aldir Passarinho, ao não recepcionar o recurso extraordinário:

“A diferença é que, no caso, se trata de valores não recebidos, decorrentes de créditos por serviços prestados.

A meu entender, deu a v. acórdão recorrido a melhor solução.

Nos autos se encontra excelente parecer do ilustre e saudoso tributarista Aliomar Baleeiro que dá amplo respaldo à tese defendida pelo ora recorrido, e no qual sustenta não ter havido, no caso, ocorrência do fato gerador do imposto de renda.

¹⁹ José Luiz Bulhões Pedreira ao distinguir “fluxo” de “acréscimo” identifica o “acréscimo” como “acumulação” e não como “entrada”. Em verdade, a “acumulação” (visão estática) e a “entrada” (visão dinâmica) representam, sob o aspecto temporal, isto é, no momento de sua ocorrência, um acréscimo, vocábulo inclusive utilizado pelo legislador complementar para definir o suporte fático do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Assim se expressa o eminente jurista: “O sentido vulgar de renda é o produto do capital ou trabalho, e o termo usado como sinônimo de lucros, juros, alugueis, proventos ou receitas. A expressão “proventos” é empregada como sinônimo de pensão, crédito, proveito ou lucro. No seu sentido vulgar, tanto a expressão “renda” quanto a “proventos” implica a idéia de fluxo, de alguma coisa que entra, que é recebida. Essa conotação justificaria, por si só, a afirmação de que as concepções doutrinárias de renda pessoal que melhor se ajustam ao nosso sistema constitucional são da renda como fluxo, e não de acréscimo (ou acumulação) de poder econômico ou de patrimônio líquido” (Imposto de Renda, Apec, p. 2 a 21).

Não vejo, na verdade, como pretender-se que venha a ser cobrado da autora imposto de renda sobre parcelas relativas à remuneração de seus serviços realizados na intermediação de financiamentos, se essa remuneração decorre do pagamento das prestações, e tal pagamento não é feito, por inadimplência do comprador. J.L. Bulhões Pedreiras, em seu excelente “Imposto sobre a Renda” (Ed. Justec Editora, 1979) bem examina o que deve ser compreendido como “disponibilidade jurídica” para efeito da incidência do tributo, e ressalta que jurisprudência sempre enfatizou “que o crédito em conta corrente somente caracterizava a percepção quando o rendimento encontrava-se à disposição do creditado, no sentido de que este tinha o poder de obter a disponibilidade econômica do rendimento; e que a presunção de que o rendimento creditado estava disponível admitia prova em contrário”. E observa: “A expressão ‘disponibilidade jurídica surgiu, portanto, na nossa legislação do imposto, para designar essa modalidade de ‘percepção’ do rendimento construída pela jurisprudência administrativa, que não se caracterizava pela posse efetiva e atual do rendimento, em moeda ou equivalente, mas pelo ato da fonte pagadora do rendimento que o colocava à disposição do beneficiário: se este tinha poder de adquirir a posse do rendimento, havia a possibilidade jurídica (p.119)”.

E acrescenta logo adiante: “A designação dessa modalidade de disponibilidade como “jurídica” — embora possa ser justificada com o argumento de que é disponibilidade presumida, ou por força de lei, não é feliz, porque contribui para difundir a idéia errada de que se trata de ‘disponibilidade de direito’ e não de renda; ou seja, que requer apenas a aquisição do ‘direito de receber’ a renda sem aquisição do ‘poder de dispor’ da renda” (Despacho publicado no D.J. de 12.8.82, p.7542) ²⁰.

20 O próprio ministro Passarinho endossa o voto do relator ministro Justino Ribeiro ao dizer: “O sr. ministro-relator Justino Ribeiro, no seu voto contraria a União Federal, no qual se reporta a dois arestos de que foi relator, transcreve, como ponto fulcral de sua argumentação, após reproduzir o art. 43 do Código Tributário Nacional, o tópico de pronunciamento seu, anterior, na AC.46.904-RJ, pois embora, os fatos fossem outros, era o mesmo o tema de Direito discutido: “Vê-se que o Código fala em disponibilidade da renda. Ora, mesmo que se possa extrair alcance prático da distinção doutrinária entre disponibilidade *jurídica* e *econômica*, é certo que qualquer delas só se compreende com a possibilidade, que lhe é imanente, da entrega da coisa (arts. 675 e 676 do C.Civil) o que pressupõe, no disponente, a posse dessa mesma coisa. Não é este o caso dos autos.

.....

Eu mesmo sobre a matéria já escrevi:

“A dicção complementar conforma o que seja o fato gerador do tributo. A expressão fato gerador, apesar de criticada, não é acientífica, posto que alberga a formulação hipotética da norma e sua concreção fática, de tal maneira que, por mais ampla, foi da preferência legislativa sua adoção.

O fato gerador é a *aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica*, que se realiza na ocorrência da elevação patrimonial de valores, bens ou direitos relativos.

Por essa razão, explicita o legislador complementar que a renda e os proventos implicam, necessariamente, uma *aquisição*. A aquisição corresponde a algo que se acrescenta, que aumenta a patrimonialidade anterior, embora outros fatores possam diminuí-la. Por isto, o aumento, como sinônimo de fluxo, lhe é pertinente.

Por outro lado, o legislador complementar aclara que tipo de aquisição seria fato imponible do tributo questionado, ou seja, aquele das disponibilidades econômicas e jurídicas. O discurso corresponde, por decorrência, a uma limitação. Não a qualquer tipo de aquisição, mas apenas àquele correspondente à obtenção de disponibilidade econômica ou jurídica refere-se o comando intermediário.

Os intérpretes têm, algumas vezes, tido dificuldades em esclarecer o que seria disponibilidade jurídica, mormente ao se levar em consideração que o simples fato de uma disponibilidade econômica ter tratamento legal, tal tratamento a transforma também em disponibilidade jurídica.

Temos nos insurgido contra a impropriedade redacional, a partir da concepção de que não há objeto ajurídico no Direito. E distinguir, no direito, situações a partir da adjetivação “jurídica” é tornar o gênero, espécie”²¹.

Antes disso, tinha ela apenas o direito de crédito a esas parcelas, título certamente disponível mas que não se confunde com o conceito de renda de que trata o CTN. Quem apenas possui título de crédito está em condições de vir a possuir renda, não possui renda” (Caderno de Pesquisas Tributárias n.11, Ed. Resenha Tributária/CEEU, 1986, p.199/200).

21 Caderno de Pesquisas Tributárias n.11, Ed. CEEU/Resenha Tributária, 1986, p. 265/266/267.

A grande maioria dos autores, que escreveram o Caderno de Pesquisas Tributárias n.11, a saber: Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, Antônio Manoel Gonçalves, Carlos da Rocha Guimarães, Gilberto Ulhôa Canto, Gustavo Miguez de Mello, Hugo de Brito Machado, Ian de Porto Alegre Muniz, Ives Gandra da Silva Martins, José Eduardo Soares de Mello, Luciano da Silva Amaro, Ricardo Mariz de Oliveira, Wagner Balera, Waldir Silveira Mello e Ylves José de Miranda Guimarães, adotou idêntica postura.

Ora, a disponibilidade dos rendimentos dos cruzados novos não existe no momento. Eles estão indisponíveis. E estavam indisponíveis em 31.12.90. Não se deve confundir, na hipótese levantada, a indisponibilidade livremente acordada com aquela imposta pelo governo.

Com efeito, na livre negociação, compreende-se que se distenda o direito a receber rendimentos, sendo o regime de competência forma de se enquadrar tal expectativa futura, nada obstante a decisão retrocitada, razão pela qual as empresas livremente aceitam acrescentar receitas e deduzir despesas pelo referido regime.

O mesmo não ocorre sempre que disponibilidade não é adquirida ou o governo impõe uma indisponibilidade dos rendimentos contra a vontade de seu detentor²².

À evidência, nesta hipótese, não há que se falar em aquisição de disponibilidade, mas “em não aquisição” por indisponibilidade imposta pelo próprio beneficiário do tributo.

Não há, pois, como inserir, como fato gerador do imposto sobre a renda, uma “não aquisição de disponibilidade” ou melhor, uma “indisponibilidade imposta” a rendimentos que o contribuinte pretende receber, mas é impedido pelo próprio governo com competência para lançar o tributo.

À falta de caracterização da hipótese de imposição, não há, para o período de 1990, qualquer aquisição de disponibilidade dos rendimentos considerados indisponíveis pelo governo até setembro de 1990²³.

22 Ricardo Mariz de Oliveira assim interpreta o artigo 43 do CTN: *Em resumo*, a resposta à primeira pergunta é: a aquisição da disponibilidade jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza consiste no *acréscimo de patrimônio cuja causa eficiente e produtora seja regulada pelo Direito*, e ocorre no momento em que esteja definitivamente constituída de acordo com o Direito aplicável. A aquisição da disponibilidade econômica de proventos de qualquer natureza consiste no *acréscimo de patrimônio cuja causa eficiente e produtora seja uma situação de fato*, e ocorre no momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a produzir esse efeito” (grifos meus) (*Caderno de Pesquisas Tributárias*, vol.11, ob. cit., p.427).

23 O Plenário do XI Simpósio Nacional de Direito Tributário à pergunta: “Que se entende por aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza?”, concluiu: “Resposta: Aquisição de disponibilidade jurídica de renda e proventos de qualquer natureza é a obtenção de direitos de crédito, *não sujeitos a condição suspensiva*.”

Isto posto, passo a responder o bloco terceiro das questões formuladas.

3.1) — Os rendimentos mencionados, por não exteriorizarem uma aquisição de disponibilidade de rendimentos, não constituem fato gerador do IRPJ, no período de 1990, exercício de 1991.

3.2) — A consulente deverá diferir contabilmente, para os exercícios futuros, a tributação de tais rendimentos, quando se caracterizar a aquisição de disponibilidade, admitindo-se que o governo, um dia, os torne disponíveis.

3.3) — A consulente deve tomar medidas preventivas, aconselhando, de início, o mandado de segurança, por ser a matéria exclusivamente jurídica, podendo, todavia, optar pela ação cautelar inominada, preparatória de ação ordinária de preceito cominatório, se quiser fazer prova mais robusta do procedimento que adotar.

4) TAXA DE REFERÊNCIA DIÁRIA

O governo federal, com o Plano Collor II, pretendeu, simplesmente, afastar a indexação da economia brasileira, entendendo que seu impacto inercial terminaria por realimentar a inflação.

Sobre o efeito realimentador da inflação, já escrevi repetidas vezes, sendo o estudo que preparei para as primeiras Jornadas sobre a Indexação no Direito argentino, realizadas em Rosário, que vice-presidi, em 1976, talvez, o primeiro em que analisei tal efeito perverso dos mecanismos indexatórios²⁴.

Aquisição de disponibilidade econômica de renda e proventos de qualquer natureza é a obtenção da faculdade de usar, gozar ou dispor de dinheiro ou de coisas nele conversíveis, entradas para o patrimônio do adquirente por ato ou fato jurídico (maioria).

Observação: minoria expressiva entende que a distinção entre disponibilidade jurídica e disponibilidade econômica é criticável e deve ser abolida pois uma e outra se confundem'' (grifos meus) (*Caderno de Pesquisas Tributárias*, volume 12, Ed. Resenha Tributária/CEEU, 1987, p.413/414).

24 "A inflação de fundo orçamentário, que era aquela provocada pelos governos anteriores, à Revolução, e que foi reduzida e mantida, em níveis toleráveis graças às correções provocadas por mini-reatualizações periódicas, 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-o 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 é mais coberto pelos investimentos externos superiores, decorrente 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'' (grifos meus) (*A Correção Monetária de Débitos Fiscais Perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Co-edição Asociación Argentina de Derecho Comparado/Resenha Tributária, 1976, p.5).

Em outros, cheguei a sugerir a necessidade de se desindexar a Economia, à evidência, sem paralelamente impor regime de controle de preços, visto que a desindexação de uma economia fartamente indexada terminaria por se descompassar, se a sua adaptação, à falta de indexadores, fosse impedida por congelamentos ou tabelamentos.

Escrevi para o "Bulletin da International Fiscal Association" o seguinte:

"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.

In this article I intend to reveal the real reason for Brazil's inflation, to propose the ideal formula to combat it and to analyze the legal mechanisms which allow inflation to be placed under legal regulation. In this fashion, I hope to deal with both facets of the issue suggested by the organizers of the "Digest": examining Brazilian inflation as well as the tax policy adopted by our country to conform to the situation.

REASONS FOR INFLATION

Brazilian inflation is not spurred by demand, costs or imports; it is not inert or the result of social well-being, although at times it may have taken on any one of these guises. Rather, Brazilian inflation is fundamentally official. The State spends more than it should and its public debt necessarily generates a swelling monetary base and money supply, brought on by unrestrained issuing

of money. The outcome is that the country's thwarted tax and monetary policy becomes an ongoing fueling agent of the inflationary process.

COMBATTING INFLATION

Two basic positions have been advanced as to how the public debt should be dealt with, i.e. eliminating it by reducing expenses or eliminating it by increasing revenues.

Despite the fact most economists in Brazil endorse the most appropriate solution, i.e. reducing expenses, primarily in the area "of costs, all administrations have adopted formulas which attempt to combat the public debt by increasing revenues, particularly taxes.

Those who defend the idea of increasing revenues to cover the deficit (because this is easier than reducing expenses and slowing down the administrative machine) and argue that such an approach is not inflationary and does not hinder development, are forgetting something. In their view, since money ends by circulating and replenishing government coffers, the State does not need to issue more money. They forget that inasmuch as an increase in revenues requires a further levying of taxes, it necessarily and immediately brings about a general increase in the private cost of goods and services because these prices are necessarily passed on to the consumer. The circulation of money, however, does not represent development because the way the money is used can be more or less productive depending on how well or poorly it is invested. In other words, there are productive and non-productive ways of spending money; an examination of global economic policy demonstrates that the more the size and expenses of the State are reduced, the more space the private sector has to act creatively and efficiently, particularly when the private sector is encouraged by non-punitive tax policies and stable monetary policies.

Unfortunately, Brazil has chosen to fight the public debt by increasing revenues, thus creating a climate of unrest and insecurity for investments. This, in turn, has created an unstable monetary policy which cannot ensure protection for mid and long-term financial investments. The federal government will not reduce its expenses (although it publicly recognizes the immense waste in official expenditures), or reduce the size of its administrative ma-

*chine and the number of its public employees. Consequently, the more inflation is tackled incorrectly by increasing revenues, the more inflation increases, creating an unstable savings and investments climate. This climate devastates development and this is clearly the wrong formula to combat inflation”*²⁵.

O Plano Collor II, se errou no que concerne ao controle de preços, que o está arruinando, sinalizou, corretamente, na eliminação de indexador vinculado a preços, objetivando estancar a infação inercial.

Ora, a eliminação da correção monetária representou, de rigor, a desindexação da Economia, não havendo mais índices medidores da inflação, visto que a TRD não mede a inflação, mas apenas determina qual é o custo médio do dinheiro.

O Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da Lei 8.099/81 declarara que a correção monetária seria neutra e, portanto, poderiam ser alterados os valores nominais dos tributos, sem lei, desde que estivessem atrelados à correção monetária capaz de retratar a inflação. De resto, a jurisprudência apenas confirmava o comando do § 2º do artigo 97 do CTN, assim redigido:

“Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo”²⁶.

Ora, se a correção monetária espelhava, da forma mais próxima possível, a inflação, razão pela qual sua adoção representava a recomposição da perda de substância da moeda para valores atuais, de rigor, com sua eliminação, deixou de haver um índice capaz de medir a inflação e recolocar a

25 *Inflation and Taxation, estudo publicado no Bulletin 1989/8-9, vol. 43, do International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, p. 403/404.*

26 “RE 84.350-SP. Relator Min. Leitão de Abreu. Recte. Fabril S.A. (Adv. Antonio Jacinto Caleiro Palma). Rec. do Estado de São Paulo (adv. Amaro Pedroza de Andrade Filho).

Decisão: Conhecido em parte e nesta parte provido nos termos do voto do relator. Unânime — 2ª T. 4 de junho de 1976.

Ementa: Correção monetária na repetição de indébito fiscal. É devida, seja por via de interpretação extensiva, seja por aplicação analógica (CTN, art. 108, I) quando prevista em lei para o caso em que o contribuinte, ao invés de pagar para repetir, deposita para discutir.

Os juros moratórios na restituição do indébito fiscal contam-se a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar (CTN, art. 67, § único).

Honorários de advogados fixados de acordo com a lei processual (art. 22, § 3º, do C.P.C.)

Recurso conhecido e provido, em parte” (*A Correção Monetária de Débitos Fiscais Perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Co-ed. Asociación Argentina de Derecho Comparado, Asociación Interamericana de 1ª Tributación e Ed. Resenha Tributária, 1976, p. 41).

perda de substância do valor da moeda. E a TRD, por não representar índice de medição da inflação, mas apenas o reflexo do custo médio do dinheiro, não pode ser adotado como índice substitutivo até porque a intenção governamental foi terminar com a indexação oficial.

Ora, se a Economia brasileira deixou de ter um medidor da inflação e se a TRD não exterioriza a correção monetária, ou seja, a perda de substância da moeda, mas apenas o custo do dinheiro que poderá ser superior ou inferior à inflação, à falta de vinculação, não há mais que se falar na jurisprudência do STF ou no § 2º do artigo 97 do CTN, à nitidez, apenas aplicável a índices corretivos da inflação, no que diz respeito ao valor da moeda ²⁷.

Por esta linha de raciocínio, adotar-se a TRD como índice de correção monetária, que não é, significa elevar os tributos dentro do próprio exercício, o que é, pelos princípios da anualidade e anterioridade, proibido.

Com efeito, reza o § 2º do artigo 165 da Constituição Federal que:

“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),

estabelecendo o inciso III, letras *a* e *b* do artigo 150 o que se segue:

“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;

²⁷ Com Gilberto de Ulhôa Canto coordenci livro publicado na Holanda intitulado “Monetary Indexation in Brazil” (Ed. International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1983), com a colaboração de Roberto de Oliveira Campos, Gilberto de Ulhôa Canto, Raphael Bernardo d’Almeida Jr., Ives Gandra da Silva Martins, Henry Tilbery, Bernardo Ribeiro de Moraes, Geraldo de Camargo Vidigal, Cássio de Mesquita Barros Jr., Ada Pellegrini Grinover e Mauro Brandão Lopes, todos os autores estando de acordo que a correção monetária só pode estar vinculada, por ser medida confiável da inflação, a índice de preços.

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”²⁸.

Em face da desindexação da Economia, considerar o custo do dinheiro acréscimo do valor do tributo é, de rigor, elevar o tributo, no próprio exercício, com expressa violação dos princípios retrocitados.

Foi, de resto, a posição assumida pelo Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo em sua reunião de março de 1991, posto que TRD não é índice referencial nem da inflação, nem índice de correção monetária²⁹.

À evidência, à luz do exposto, há de se responder às questões formuladas, dizendo que:

4.1) — Não há correção monetária sobre os tributos a partir da TRD, mas mera elevação dentro do próprio exercício de seu nível, com o que a inconstitucionalidade é manifesta.

4.2) — As medidas judiciais devem ser preventivas, com preferência pelo mandado de segurança, visto que a questão é meramente jurídica, independentemente de prova, podendo, todavia, a empresa optar pela ação cautelar seguida de ordinária de preceito declaratório.

Sugiro, todavia, que medida judicial anteceda qualquer recolhimento a se fazer sem o reajuste da TRD.

S.M.J.

São Paulo, 2 de Maio de 1991

28 Escrevi sobre a matéria: “Pelo princípio da anualidade, que é de espectro maior e que não comporta exceções a qualquer tributo, toda a alteração de legislação tributária deve constar da Lei de Diretrizes Orçamentárias. O constituinte foi suficientemente incisivo ao dizer que LDO “disporá sobre as alterações na legislação tributária”.

Ora, se a LDO não dispuser sobre tais alterações, à evidência, para o exercício subsequente, nenhuma alteração na legislação tributária poderá ser realizada, por respeito ao princípio maior da anualidade.

Se, todavia, a LDO declarar que em relação ao IOF, IPI, II e IE poderão, o Poder Executivo — nos limites da lei — e o próprio Poder Legislativo, aumentar tais tributos até x%, mesmo que o aumento ocorra no exercício subsequente, à evidência, afastar-se-ia o princípio da anterioridade, a que não se subordinam os quatro impostos mencionados.

Desta forma, a LDO é que dispõe sobre as alterações da legislação tributária, inclusive aquelas que ocorrerão no exercício seguinte (tributos mencionados) ou no próprio exercício da LDO (tributos a que se aplica o princípio da anterioridade).

É esta a interpretação que oferto em três livros (“Comentários à Constituição do Brasil”, vol.6, tomos I e II, e no “Sistema Tributário na Constituição de 1988”, todos editados pela Saraiva” (LTR 46/90).

29 Estavam presentes na reunião: Celso Ribeiro Bastos, Hamilton Dias de Souza, Paulo de Barros Carvalho, Saulo Ramos, Hélio de Burgos Cabal, Roberto Rosas, José de Castro Bigi, Antonio Nicácio, Rubens Aprubato Machado e Ives Gandra da Silva Martins.

CONDIÇÃO RESOLUTIVA OU SUSPENSIVA EM CONTRATO EM QUE O BANCO DO BRASIL AGIU POR IMPERATIVO DE SEGURANÇA NACIONAL — OPINIÃO LEGAL

CONSULTA

Acuso recebimento do parecer do eminente civilista, professor Caio Mário da Silva Pereira, assim como a formulação de idêntica questão submetida àquele brilhante jurista, para ser respondida agora à luz do Direito Econômico, e que pode resumir-se na pergunta: seria ou não resolutiva a condição constante do contrato de cessão de crédito que, em nome de seu acionista controlador (o governo brasileiro), o Banco do Brasil firmou com a consulente, subrogando-se em todos os direitos da consulente em relação ao governo iraquiano e entidades sob seu controle e comprometendo-se a quitar os débitos da consulente com o banco, assim como apurar os créditos da consulente com o Iraque, saldando-os?

A condição constante do referido documento — já fartamente examinado por mim no parecer que elaborei para a consulente — só tornaria sem efeito o contrato se o governo do Iraque deixasse de reconhecer tais créditos, isto é, se expressamente se declarasse não devedor do mesmo até 28.1.91.

Pelo referido instrumento ficou também deliberado que o governo brasileiro, através de sua sociedade controlada, Banco do Brasil, e cessionária no referido acordo, providenciaria as gestões necessárias para saber se não seriam reconhecidas as mencionadas condições.

Não só o governo brasileiro, e sua sociedade controlada (Banco do Brasil), deixaram de tomar as medidas necessárias, como o acionista controlador, pelo Decreto n.99.441/90, rompeu relações econômicas com o Iraque, à luz da Resolução n.661 do Conselho de Segurança da ONU, tendo-se esgotado o prazo de 28 de janeiro de 1991, sem que tivessem providenciado, o governo brasileiro e o Banco do Brasil, o pronunciamento daquele país e *sem que aquele país tivesse negado a existência dos referidos créditos.*

Desta forma, no prazo estipulado, o governo do Iraque reconheceu tacitamente os créditos e, à evidência, em acacia conclusão, *não negou sua existência*, tornando resolutiva, na minha opinião e na do eminente jurista Caio Mário da Silva Pereira, a condição mencionada.

Reitera a consultante a questão, pedindo, em face da urgência, rápida opinião legal sobre o que atrás expus, perguntando-se se confirmo a opinião já manifestada e se, pelo prisma do Direito Econômico, tal interpretação é idêntica àquela exposta, à luz do Direito Civil, pelo professor Caio Mário da Silva Pereira.

RESPOSTA

Não tenho porque mudar a opinião anterior, visto que o dia 28.1.91 transcorreu sem que o governo do Iraque tivesse negado os créditos objeto da cessão, com o que, a partir daquele momento, a cessão de tais créditos, ao governo brasileiro, através de sua empresa controlada (Banco do Brasil), tornou-se irreversível.

À luz do Direito Econômico, a relação em questão reveste-se de gravidade maior para o governo brasileiro, visto que a referida cessão, se, formalmente, exteriorizou-se nos padrões jurídicos de Direito Civil, em seu conteúdo, conformou-se como típica relação de Direito Econômico, dentro do poder de intervenção regulatória e concorrencial que pertine ao Poder Público.

E, à luz deste tipo de relação jurídica, à evidência, sobre dever respeitar os princípios que regem o Direito Civil, submete-se, o Estado, à responsabilidade inerente à sua atuação, não podendo gerar prejuízos à sociedade sem que deva responder por eles, assim como, em caso de dolo ou culpa, devam ser responsabilizadas aquelas pessoas que participaram da lesão causada, pelo descumprimento das referidas relações jurídicas, à sociedade.

E por que a relação jurídica é de Direito Econômico?

O *caput* do artigo 173 da Constituição Federal é claro em admitir, na economia de mercado e liberal plasmada pela Constituição, apenas em duas hipóteses a denominada intervenção concorrencial, a saber, em caso “imperativo de segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”.

Está assim redigido o *caput* do artigo:

“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”.

Ora, na ordem econômica, o Estado atua de três formas, a saber:

- 1) pela intervenção concorrencial;
- 2) pela intervenção monopolista;
- 3) pela intervenção regulatória.

Os mecanismos de intervenção regulatória centram-se, fundamentalmente, nos §§ 4º e 5º do artigo 173 e a monopolista nos serviços de densidade econômica típicos do artigo 175 e naquelas áreas expressamente delimitadas pela Cons-

tuição, como é a hipótese do artigo 176.

A intervenção concorrencial, portanto, apenas pode ocorrer à luz das determinações do artigo 173.

Ora, desde 5 de outubro de 1988, o Banco do Brasil apenas existe no mercado, por força das duas condicionantes acima expostas, na medida que atua, no regime do artigo 173, concorrendo com outros bancos privados, nacionais ou de controle estrangeiro.

Por força de tais elementares princípios — de resto do conhecimento de qualquer estudante de Direito Econômico —, compreende-se, perfeitamente, que tenha o governo brasileiro se utilizado do Banco do Brasil para cuidar das relações com o Estado do Iraque, visto que, desde o momento em que perdera os direitos sobre os campos petrolíferos que descobrira e aceitara, em contrapartida, garantia de receber petróleo e de participar de obras de construção civil no Iraque, tais relações político-econômicas fizeram-se, basicamente, entre governos.

De lembrar-se que a própria entrada da consulente, nos planos brasileiros de participar de obras públicas, naquele país, decorreu da impossibilidade da Petrôbras de explorar tais atividades, com o que o governo brasileiro socorreu-se da consulente.

Por outro lado, a situação financeira do Iraque, após dois anos de guerra contra o Irã, forçou o governo brasileiro — interessado em não ter interrompido o fornecimento de petróleo daquele país — a buscar variadas alternativas, a fim de manter a permanência da consulente naquele país.

Apenas o superior interesse nacional justificaria as “elogiosas” cartas do governo brasileiro ao ditador iraquiano, a cessão de crédito para que a consulente continuasse a atuar naquele país, garantindo o fornecimento de petróleo, assim como a posição menos nítida do Brasil, no que concerne à Guerra do Golfo, assim como ter sido obrigada a consulente a outorgar procuração absoluta ao governo brasileiro e sua controlada para os contactos com aquele país, quando a deterioração das relações do Iraque com a comunidade internacional tornaram-se evidentes.

Os próprios considerandos da cessão de crédito são nítidas considerações de Direito Econômico e desnecessárias para singelas relações de Direito Privado.

Ora, se o contrato tem continente de Direito Privado e conteúdo de Direito Econômico, não pode o governo brasileiro e sua controlada, o Banco do Brasil, alegarem que a condição expressa seria “suspensiva” e não “resolutória”, na medida em que fatores políticos provocados por seu acionista controlador teriam impedido o Banco do Brasil de implementar a cláusula, que é negativa e não positiva (ocorrer o não reconhecimento em vez de obter o reconhecimento).

A evidência, se os fatores políticos foram provocados pelo acionista controlador do Banco do Brasil e em face desta ação positiva do governo — tinha

sido omissa até julho de 1990 —, não pode o Banco do Brasil, agora, entender que estaria suspensa a implementação de uma cláusula, por força de fatos políticos provocados pelo próprio governo brasileiro, que também detém o controle do Instituto de Resseguros do Brasil.

Acresce-se que a cláusula em questão exige uma *manifestação expressa de não reconhecimento* até 28.1.91, o que não ocorreu, até porque o governo brasileiro, controlador do Banco do Brasil, cortou relações econômicas com o governo iraquiano a partir da Resolução n.661 e do Decreto n. 99.441/90.

O relevante interesse nacional, a que se refere o artigo 173 da Constituição Federal, foi o móvel de toda a participação do Banco do Brasil no processo, que culminou com a assinatura da cessão de crédito, no aspecto formal e com a emissão do Decreto n. 99.441/90, em seu aspecto terminativo.

Entendo, pois, ao encerrar esta breve opinião legal, que a condição resolutive implementou-se com a emissão do Decreto n. 99.441/90 ou, na pior hipótese, em 28.1.91, quando o prazo se expirou sem qualquer manifestação negativa do governo do Iraque quanto aos referidos créditos.

Entendo mais, que se a consulente tiver que ingressar em juízo para reaver a parte excedente dos créditos cedidos — e não recebidos por exclusiva decisão do governo brasileiro ao emitir o Decreto n.99.441/90 — todos os agentes do Banco do Brasil e do governo envolvidos na operação estarão sujeitos à responsabilização prevista no § 5º (imprescritibilidade) e § 6º (responsabilidade civil) do artigo 37 da Constituição Federal.

Considero, todavia, que vale a pena uma tentativa prévia de composição extrajudicial com o Governo Federal e o Banco do Brasil, fazendo com que as cláusulas contratuais prevaleçam, até porque, à primeira vista e à luz dos documentos que tive oportunidade de examinar, não se houve o governo brasileiro, nas negociações com o Iraque, com a habilidade e inteligência que se exigiria, vendo mesmo, nos documentos firmados entre o governo brasileiro e o Iraquiano, após a Resolução n. 661 da ONU, aspectos que parecem infringir aquela deliberação das nações unidas.

Em outras palavras, uma discussão judicial sobre a matéria, sobre ser juridicamente inútil para o governo e para o Banco do Brasil, que defendem tese insustentável do ponto de vista legal, poderá trazer desnecessariamente à baila discutível decisão política — exclusiva do Estado brasileiro — em nível internacional, que se revelou, no tempo, violentadora da Resolução n.661 da ONU.

A condição, pois, em discussão é resolutive, seja no plano do Direito Privado, seja no do Direito Econômico, reiterando, no mais, o que já escrevi em meu parecer, assim como todos os termos do magnífico trabalho do professor Caio Mário da Silva Pereira.

S.M.J

O nono volume de *A Constituição Aplicada*, organizada por um dos mais importantes juristas brasileiros, o advogado Ives Gandra da Silva Martins, reúne estudos sobre casos concretos e controvertidos levados à reflexão de magistrados, membros do Ministério Público, advogados, professores, servidores públicos e estudantes de Direito.

Os pareceres deste livro versam sobre:

Criação do Estado de Roraima

arts. 234 da C.F. e 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Atuação do Estado na atividade econômica

art. 173 caput

O princípio da soberania na ordem econômica

art. 170, inciso I

O Banco Central e as autorizações para funcionamento dos Bancos Privados

art. 192, § 1.º

Direito adquirido

art. 5.º, inc. XXXVI

Responsabilidade Civil do Estado

art. 37, § 6.º

Questões constitucionais em face do Plano Brasil Novo

art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Contrato em que o Banco do Brasil agiu por imperativo de segurança nacional

art. 173 da C.F.

