

Parecer nº 08/96 - Gustavo Binenbojm

Permissão de uso de vagas de garagem do Terminal Menezes Cortes. Extinção, pela Lei nº 8.177/91, do índice de correção monetária estipulado no instrumento de permissão - BTN. Inconstitucionalidade do art. 6º, inciso II, da Lei nº 8.177/91, que preconizava a substituição do BTN pela TR como índice de correção dos contratos em curso. Afronta a ato jurídico perfeito. Suspensão da eficácia do referido dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal (ADIN nº 959-1-DF). Inexistência de critério vinculado para determinação do índice aplicável. Decisão discricionária do administrador público, que deve ser norteadada pelo princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo a evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

Trata-se de expediente originário da Companhia de Desenvolvimento Rodoviário e Terminais - CODERTE -, sociedade de economia mista vinculada à Secretaria de Estado de Transportes, veiculando consulta acerca do índice de correção monetária aplicável às tarifas de manutenção pagas mensalmente pelos usuários das vagas de garagem do Terminal Menezes Cortes. A questão reside em saber qual índice deva substituir o Bônus do Tesouro Nacional - BTN -, previsto no termo de permissão de uso das vagas, após sua extinção pela Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991. A fls. 06-13 encontra-se cópia do termo de permissão de uso acima referido.

A douta Assessoria Jurídica da Secretaria de Transportes manifestou-se a fls. 16-17 pela utilização da Taxa Referencial - TR -, como índice substitutivo do BTN, consoante determinação contida na própria Lei nº 8.177/91.

Solicitado o pronunciamento desta Procuradoria pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Transportes, vieram-me os autos para a elaboração de parecer sobre a questão. Passo a fazê-lo.

A Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, simultaneamente à extinção do BTN e do BTN Fiscal, criou a Taxa Referencial (TR) e a Taxa Referencial Diária (TRD), como novos índices de correção monetária divulgados pelo Banco Central.

Desde o primeiro momento, no entanto, a metodologia de cálculo da TR causou grande reação das diversas vertentes da atividade econômica. Com efeito, "calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos e dos depósitos a prazo fixo captados nos

bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais" (v. art. 1º da Lei nº 8.177/91), não há como se aceitar que a natureza jurídica da TR seja de índice de correção monetária. A correção monetária reflete apenas a variação do poder aquisitivo da moeda, nela não se incluindo a remuneração pelo uso do capital, como se faz no cálculo da TR.

Esta é, também, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, no julgamento da ADIN nº 493-0-DF, o eminente relator, Ministro Moreira Alves, deixou consignado, *in verbis*:

"(...) a taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda."

Pois bem. A Lei nº 8.177/91, a par da criação da TR e da extinção do BTN, instituiu regras sobre a atualização de obrigações com cláusula de correção monetária indexada à variação do BTN. Confira-se o teor do art. 6º da aludida lei:

"Art. 6º - Para a atualização de obrigações com cláusula de correção monetária pela variação do BTN, do BTN Fiscal, das demais unidades mencionadas no art. 3º e dos índices mencionados no art. 4º, relativas 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 prevêm 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 de contratos referentes ao BTN ou à unidade corrigida mensalmente, ou a TRD, no caso daqueles referentes ao BTN Fiscal e a unidades corrigidas diariamente."

No caso em apreço, o termo de "contrato de permissão de uso"¹ não previa o índice substitutivo do BTN para o caso de sua extinção, limitando-se a aludir a "outro índice oficial equivalente se, na ocasião, não mais existir o BTN" (v. cláusula sexta do instrumento, fls. 08). Assim sendo, de acordo com o art. 6º, inciso II, da Lei nº 8.177/91, seria aplicável a TR como índice de correção monetária das obrigações resultantes do contrato. Neste sentido a manifestação da douta Assessoria Jurídica da Secretaria de Transportes (v. fls. 16-17).

Nada obstante, coerente com o entendimento anteriormente externado, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do requerimento de medida cautelar formulado nos autos da ADIN nº 959-1-DF, que teve como relator o eminente Ministro Sydney Sanches, suspendeu a eficácia do art. 6º, inciso II e seu parágrafo, da Lei nº 8.177/91. Entendeu a Corte Suprema, com razão, que a substituição de um índice de correção monetária (BTN), previsto em contrato celebrado anteriormente à vigência da nova lei, por índice que não é de correção monetária (TR), constitui afronta ao ato jurídico perfeito, assegurado pelo art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República como garantia fundamental, insuscetível de supressão pela lei ou mesmo por emenda constitucional (v. art. 60, § 4º, da Lei Maior).

Deste modo, considerando que a decisão do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade tem eficácia *erga omnes*, e que o art. 6º, inciso II, da Lei nº 8.177/91, consoante acima demonstrado, se afigura de fato inconstitucional, não há como pretender aplicar a TR para atualização das tarifas mensais pagas pelos usuários das vagas do Terminal Menezes Cortes.

A solução da questão não é, evidentemente, a não-aplicação de qualquer fator de correção monetária às obrigações em tela. Se, por um lado, a utilização da TR geraria um enriquecimento indevido da CODERTE pelo aumento das tarifas superior à mera perda de poder aquisitivo da moeda, por outro lado, a não atualização do valor originariamente ajustado propicia um enriquecimento sem causa do usuário.

Pois bem. A suspensão da eficácia do art. 6º, inciso II da Lei nº 8.177/91, que continha um critério **vinculado** quanto à aplicação da TR aos contratos em curso, abriu uma margem de discricionariedade ao administrador público para a definição do índice de correção monetária a aplicar. É certo que a TR não é aplicável, mas não há definição pela lei de qual seria o índice a ser aplicado em seu lugar. Tampouco se inclui dentre as atribuições desta Procuradoria substituir-se ao administrador público na definição de questões concernentes ao mérito dos atos administrativos.

Sendo assim, cabe ao administrador a decisão discricionária de estabelecer o índice de correção monetária que será aplicado ao caso vertente.

Tal decisão, por evidente, não pode ser arbitrária. Deve ela ser balizada pelo princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, isto é, a atualização deve ser tal que mantenha a equação econômico-financeira originariamente estipulada, evitando-se o enriquecimento sem causa de qualquer das partes. Neste sentido, aliás, a sugestão do Ministro Ilmar Galvão, que preconiza a aplicação aos con-

tratos de "um índice de correção monetária daqueles remanescentes."

Apenas a título de colaboração, sugiro a padronização do índice aplicável, possivelmente por ato normativo a ser editado pelo Exmo. Sr. Secretário, de molde a evitar soluções contraditórias e anti-isonômicas.

É o parecer, **sub censura**.

Gustavo Binenbojm
Procurador do Estado

Visto

De acordo. Ao Gabinete.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa

VISTO

Aprovo o Parecer nº 08/96-GUB, do ilustre Procurador do Estado, Dr. GUSTAVO BINENBOJM (fls. 20-25), acolhido pelo eminente Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa, Dr. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (fls. 26).

O alcance da decisão exarada na referida ADIN 493-0 foi devidamente esclarecido no **AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 165 405-9-MG**, relatado pelo Ministro CARLOS VELLOSO, da Segunda Turma, em acórdão cuja ementa sintetiza:

"Constituição. Correção Monetária. Utilização da TR como índice de indexação.

I - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIns 493, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves; 768, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio e 959-DF, Relator o Sr. Ministro Sydney Sanches, não excluiu do universo jurídico a Taxa Referencial, TR, vale dizer, não decidiu no sentido de que a TR não pode ser utilizada como índice de indexação. O que o Supremo Tribunal decidiu, nas referidas ADIns, é que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei nº 8.177, de 01.03.91. Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. CF, art. 5º, XXXVI.

(...)"

Não admite, o STF, a **fixação unilateral** da Taxa Referencial - TR -, para substituir o índice anteriormente pactuado, em face da metodologia de seu cálculo, que além de refletir a variação do poder aquisitivo da moeda, inclui, a remuneração pelo uso do capital. Com isso, haveria um nítido desequilíbrio entre o índice anterior e a TR.

Não se exclui, obviamente, a possibilidade de as partes **acordarem** a aplicação da TR.

Não havendo acordo quanto à adoção da TR, deve o administrador escolher, dentre os índices remanescentes, o mais adequado à atualização das tarifas pagas pelos usuários das vagas do Terminal Menezes Cortes.

A título de sugestão, refere-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça consubstanciado em vários acórdãos (RESP nº 59.276-3-RJ, 46.251-7-DF; 55.058-0-SP; 33.421-8-SP) no sentido de ser utilizado o INPC:

"A Taxa Referencial - TR -, não é índice de correção monetária, conforme assentado pelo colendo STF na ADIN nº 493-0, tornando-se inaplicável nos cálculos de atualização do **quantum indenizatório**.

A Lei nº 8.177/91 extinguiu os índices oficiais até então utilizados, mantendo, porém, a divulgação do INPC pelo IBGE, fundação integrante da Administração Indireta Federal (art. 37, caput, da CF), que deverá ser aplicado nas contas de atualização monetária a partir de março de 1991.

Inteligência do art. 4º da Lei nº 8.177/91".

Ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado Chefe do Gabinete Civil, para ciência, solicitando o posterior encaminhamento à Secretaria de Estado de Transportes, com vistas à CODERTE.

Em 24 de outubro de 1996

Luiz Carlos Guimarães Castro
Subprocurador-Geral do Estado

Proc. nº E- 10/701.645/91

NOTA

1. "Contrato de permissão de uso" é uma contradição em seus próprios termos. Se se trata de contrato, como de fato é, não há permissão de uso, que é ato administrativo unilateral, conforme nomenclatura consagrada pela doutrina. Temos, assim, no caso vertente, um contrato de concessão de uso de bem público.