

Notas à margem das decisões do Tribunal de Contas da União sobre o alcance da incompatibilidade do art. 54, II, "a", da Constituição da República

RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO

Em data de 8 de dezembro de 1993, ao apreciar o Processo n.º TC - 500.623/91, o *Tribunal de Contas da União* determinou:

.....
8.3.2 - a irrestrita observância ao disposto no art. 54, inciso II, alínea a, da Constituição Federal que veda a concessão de *incentivos fiscais* do Finor a projetos de empresas de propriedade de deputados ou senadores, ou de que esses sejam controladores ou diretores, *admitindo-se*, porém, o prosseguimento dos projetos aprovados e iniciados antes da mencionada deliberação de 24.10.90, desde que venham tendo desenvolvimento regular, conforme decidido na Sessão de 16.10.91 (*Decisão n.º 269/91 - Plenário*)
.....

(*Decisão n.º 558/93 - TCU - Plenário, in DOU de 28.12.93, Seção I, p. 20904*).

2. No voto que conduziu a r. decisão, o Sr. Min. Luciano Brandão Alves de Souza, relator, *questionou* os dirigentes da Sudene/Finor pelo "não-atendimento das determinações constantes da referida Decisão de 24.10.90 (TC - 500.304/90)", em especial, dentre outras, da consubstanciada no item 1.º, a. 3, *verbis*:

"a) determinar:

.....
a. 3 - a observância *estrita* do disposto na alínea a do inciso II do art. 54 da Constituição Federal, que veda a concessão de *incentivos fiscais* do Finor a projetos de empresas de propriedade de deputados ou senadores, ou de que esses sejam controladores ou diretores, tendo em vista a *natureza contratual do vínculo*
.....

Ruy Carlos de Barros Monteiro é Advogado, ex-Consultor-Geral da República Interno e ex-Assessor de Ministro do STF

II

3. Fique claro, desde logo, que a r. *Decisão* n.º 558/93 teve por objetivo *precípua* reiterar, no ponto, *deliberação anterior*, que, até então, vinha sendo descumprida no âmbito da Sudene (Finor).

4. Limitou-se, pois, à *remessa aos precedentes inobservados* do Tribunal de Contas da União, dispensando, em consequência, de renovar os fundamentos que levaram à definição do *alcance* do preceito constitucional.

5. Duas foram as decisões invocadas, as proferidas, respectivamente, a 24.10.90 e 16.10.91, nos Processos n.º TC-500.304/89-0 e TC-000.335/90-8 (Decisão n.º 269/91), ambos da relatoria do Sr. Min. Carlos Átila Álvares da Silva.

III

6. Preliminarmente, portanto, *faz-se imperiosa* a necessidade de aprofundar o estudo da *própria jurisprudência* do Tribunal de Contas da União e, em seguida, o da *doutrina especializada*.

7. Ao mesmo tempo, cumpre recuperar-se a abalizada opinião do Prof. Ives Gandra da Silva Martins, transmitida em correspondência datada de 2.12.93, na qual o eminente tributarista sustentou:

“.....
A interdição da Carta Magna *objetiva* afastar o *tráfego de influência* e o *uso do poder político* para a obtenção de cláusulas que possam facilitar o desvio de recursos públicos.

.....
Qualquer empresa que obtenha privilégios fiscais do poder público, por força de *lei geral* e aplicável a *todos* os cidadãos e residentes, *não* obstaculiza a permanência de seus dirigentes e acionistas em cargos eletivos.

As *vedações* devem ser *sempre* interpretadas de forma *restritiva* por acarretarem limitação de direitos da cidadania e, à evidência, *não* há como pretender exegese *extensiva* contra os princípios gerais de direito no exame de relações jurídicas positivas.

Não veja, pois, como possa o *artigo 54* ser aplicado aos deputados e senadores, que participem de empresas que são usufrutuárias de benefícios fiscais regionais de caráter *geral* e decorrentes de *lei*.”

IV

8. Convém confirmar, de início, que, em relação ao entendimento do Tribunal de Contas da União, *inexistem* outras decisões *além* daquelas *remetidas* pela de n.º 558/93 (a mais recente sobre a matéria).

9. Impende, assim, examinar, *sucessivamente*, o *conteúdo* da decisão s/n, de 1990, tomada no *caso-comando*, de n.º TC-500.304/89, e da Decisão n.º 269/91, lançada no *Processo* n.º TC-000.335/90-8 (a primeira, reproduzida na *Revista do Tribunal de Contas da União* n.º 49, 1991, pp. 82 e ss).

10. No *relatório* do Processo n.º TC-500.304/89, o Sr. Ministro Carlos Átila Álvares da Silva ofereceu estes elementos ao Plenário do *Tribunal de Contas da União*:

“.....
Antes de sumariar as sugestões de providências que considera necessárias para corrigir essas falhas, a *equipe de inspeção* singularizou (fl. 29) uma *questão* que erige como “paradigma das vicissitudes normativas do Sistema Finor”: a *interpretação* que classifica de *desvirtuada*, da *vedação* imposta pelo art. 54, item II, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, que proíbe deputados e senadores de, “desde a *posse*, ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de *favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público*, ou nela exercer função remunerada”.

Em extensa análise do tema, entendem os integrantes da *equipe de auditoria* que a *relação* existente entre a Sudene/Finor e a *empresa favorecida* com recursos oriundos dos *incentivos fiscais* do Finor tem “insofismável natureza contratual”, para concluir “*pela aplicação*, no âmbito do Finor do *comando proibitivo*” da referida norma constitucional.

Às fls. 33/34 do relatório, a *equipe* da RCE/PE *sugere* que, em consequência dos fatos levantados na auditoria, sejam feitas à Sudene recomendações para adotar medidas visando a:

“.....
m) *não-aprovação* de projetos de empresas de propriedade de deputados e senadores, ou de que estes sejam controladores ou diretores, considerando a *natureza contratual* da utilização dos

recursos do Finor e o comando constitucional do art. 54, inciso II, alínea a.

Após esta análise, o Sr. Inspetor-Regional (fl. 68) se manifesta de acordo com as recomendações sugeridas pela equipe de inspeção, exceto no que se refere àquela contida na alínea m. acima, que considera deva antes ser objeto de melhor estudo, conforme propõe a seguir, com o acréscimo de mais as seguintes recomendações àquelas propostas pela equipe de auditoria:

2) seja estudada a conveniência de uma definição da situação jurídica subjacente na utilização de recursos do Finor, por força das considerações constantes das fls. 29 a 33.

Diante do contido nos autos, em especial o que argumenta a equipe de inspeção às fls. 29/33, e a proposta de n.º 2, acima, do Sr. Inspetor-Regional, julguei necessário solicitar o pronunciamento do douto Procurador-Geral sobre a questão suscitada pela recomendação da alínea m. Formulei a consulta nos seguintes termos:

"O vínculo que se estabelece entre a Sudene e o beneficiário de investimentos realizados com recursos provenientes de incentivos fiscais do Finor configura contrato, para os fins de proibição expressa na alínea a do inciso II do art. 54 da Constituição Federal?" (despacho do Relator, fl. 70).

O ilustre Procurador-Geral, Dr. Francisco de Sales Mourão Branco, em sólido parecer (fls. 71/75), do qual também anexo cópia a este Relatório, examina o caso em profundidade, recorrendo tanto aos ensinamentos doutrinários (Orlando Gomes, Pontes de Miranda e Cláudio Pacheco) quanto a exegese de toda a legislação, constitucional e ordinária, que versa o assunto, desde a Carta Magna de 1891 até a recente Lei n.º 8.034, de 12.4.90.

Já no parágrafo 16 de sua promoção, adianta o Senhor Representante do Ministério Público considerar que

"a subscrição prévia de títulos de capital dos beneficiários dos incentivos

do Finor reveste-se de índole contratual, sendo inegável, ai, que o poder público, através da Sudene/BNB, é uma das partes celebrantes."

E logo adiante (parágrafo 20), assinala que

"a subscrição, em tal caso, configura negócio com formalidade própria, distinta, é certo, do Contrato Administrativo (...). Poder-se-ia dizer que se trata de um contrato atípico, visando atender interesses novos, oriundos da crescente complexidade da vida econômica (...) resultando do exposto que estamos diante de uma relação contratual, a qual se estabelece entre o Finor e a empresa beneficiária de investimentos realizados com recursos provenientes de incentivos fiscais do mesmo Fundo."

Conclui, por fim, o Senhor Procurador-Geral favoravelmente à "oportunidade e procedência da recomendação alviada pela equipe de auditoria, na letra m do item 273 de seu Relatório", ao lembrar que, nas subvenções econômicas, os doutrinadores "entrevêm, pacificamente, o favor referido no texto constitucional sob exame."

11. Em seu voto, o relator, Sr. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, adotou e subscreveu os conceitos desenvolvidos pelo parecer da douta Procuradoria-Geral, *verbis*:

Ainda com respeito às questões de índole legal, como destaquei no relatório, mereceu especial atenção da equipe de auditoria a inobservância do disposto na alínea a do item II do art. 54 da Constituição Federal. Por essa razão, sugere-se a formulação de expressa recomendação no sentido de seu estrito cumprimento. Em atenção à consulta que lhe fiz, o Senhor Procurador-Geral junto a este Tribunal enriqueceu este processo, como também já assinalai, com o parecer de fls. 71/75, anexo por cópia, que fundamenta em argumentação muito sólida sua conclusão, idêntica à dos analistas, no sentido de que a citada vedação constitucional, ao falar de "favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público", abrange os incentivos fiscais. Nada tenho a acrescentar a essa extensa e qualificada análise da matéria e, com ela

concordando integralmente, endosso, em seu mérito, a recomendação proposta.”

12. Identificada a origem da recomendação plenária – com caráter *mandatório* –, não se pode deixar de reproduzir as principais passagens do parecer da Ilustrada Procuradoria-Geral junto ao Tribunal de Contas da União, datado de 22 de junho de 1990:

7. Com apelo à doutrina que invoca com propriedade, a competente equipe de auditoria, nos itens 239 *usque* 271 de seu bem elaborado Relatório, não tem dúvida sobre a *natureza contratual do vínculo* que surge entre a Sudene e o beneficiário dos investimentos realizados com recursos provenientes de *incentivos fiscais* do Finor, incidindo, por isso, na *vedação* do dispositivo constitucional em comento. Assere, inclusive, com ênfase, *verbis*:

“244. A apreciação da *natureza jurídica da situação* em comento – utilização de recursos Finor – encontra seu *melhor nível* a partir do reconhecimento insofismável da *natureza contratual* desse entrelaçamento de *direitos e deveres*, posto que a produção de obrigações envolvendo interesses opostos, unificados pelo acordo de vontades, é a conceituação simples, clara e completa do contrato, enquanto categoria jurídica, posição fincada no direito romano e, ainda hoje, inexpressável”.

16. Já pela colocação até aqui feita, acreditamos razoável *inserir-se* que a *subscrição prévia de títulos de capital* dos beneficiários dos incentivos do Finor reveste-se de índole contratual, sendo inegável, aí, que o poder público, através da Sudene/BNB, é uma das *partes contratantes*.

17. O contrato em questão faz-se *subsidiário* do contrato social do beneficiário, sofrendo, via de consequência, a incidência da *legislação que rege a sistemática dos incentivos fiscais*.

18. Vale assinalar que os Fundos de Investimentos Regionais criados pelo Decreto-Lei n.º 1.376, citado, não cumprem simples mandato de contribuinte investidor (cf. Lei n.º 6.404, art. 2.º, § 3.º) para a subscrição de títulos de capital dos bene-

ficiários dos projetos incentivados.

19. Não há perder de vista que a disposição (cf. DL n.º 1.376 – 75) reporta-se às ações subscritas como “ações integrantes da carteira dos Fundos” (cf. art. 17). O fundo mantém uma estratégia de captação e aplicação de capital *independente das deduções do imposto de renda*, usando, para tanto, até de outras fontes de recursos, como previsto no mesmo diploma (cf. art. 3.º).

20. É de reconhecer-se que a *subscrição*, em tal caso, configura negócio com formalidade própria, distinta – é certo – do *contrato administrativo* tal como hoje é regido pelo Estatuto Jurídico instituído pelo Decreto-Lei n.º 2.300 – 86, tendo, no entanto, como *característica comum* a participação de *ente público*, sem perder, outrossim, algo da índole contratual. Poder-se-ia dizer que se trata de *contrato atípico*, visando atender interesses novos, oriundos da crescente complexidade da vida econômica. Cobra relevo, a esse respeito, o magistério de Orlando Gomes de que “no Direito moderno, a formação dos contratos atípicos justifica-se como aplicação dos princípios da liberdade de obrigar-se e do consensualismo” (in *Contratos*, Ed. Forense, 11.ª ed., 1986, pp. 110 e ss). Indisputável é que ocorrendo “acordo de vontades destinado a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional” (cf. *op. cit.*, p. 14), dentro da concepção tradicional do termo, deparamo-nos com a figura do contrato, *lato sensu*.

22. Cumpre salientar que o conteúdo do dispositivo *sub examen* não é inovador, de vez que, com inexpressivas alterações de ordem redacional, o preceito, em substância, vem sendo ininterruptamente consagrado desde a primeira Constituição Republicana (cf. CF de 1891 art. 24, CF de 1934, art. 33, § 1.º, I, CF de 1937, art. 44, c. CF de 1946, art. 48, II, a, CF de 1967, art. 36, II, a e EC n.º 1, de 1969, art. 34, II, a).

24. Cobra relevo, na *vedação* posta na alínea *a* do inciso II do art. 54, a questão do *favor* que é atribuído à empresa

de que o *parlamentar* seja “proprietário”, “controlador”, ou “director”, em decorrência de *contrato* celebrado com pessoa jurídica de direito público.

25. Por oportuno, invocamos o magistério de Pontes de Miranda, que, detendo-se a respeito do tema, ao abordar o art. 36, II, *a*, da Carta de 1967, de cujo texto difere o atual apenas por incluir esta expressão *controladores* – expressão esta “mais adequada para identificar aquele que tem o poder de decisão empresarial” (cf. “a Constituição do Brasil de 1988 – comparada com a Constituição de 1967 e comentada”, Ed. Price Waterhouse, 1989, p. 394) – pondera, *verbis*:

“A expressão “favor”, no art. 36, II, *a*, deve ser entendida em sentido *assaz largo*. *Subvenção* é favor, e garantia de juros é favor. Concessão especial é favor. O empréstimo pela União é favor, porque constitui ato *estranho* às funções públicas e, firmado, de ordinário, em crédito, a empresa havia de obtê-lo nos lugares próprios, como no banco, na casa bancária, ou particular capitalista. *Favor não é só liberalidade, é o que se faz a um, sem ser obrigado a fazer a todos.*” (in *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo III, Ed. RT, 1967, p. 36.)

26. Na linha deste raciocínio, Cláudio Pacheco, em seu *Tratado das Constituições Brasileiras* (cf. Ed. Edigraf, ed. 1965, v. V, p. 314), comentando o *mesmo* dispositivo, que na Constituição de 1946 ostentava *igual* redação observada na Carta de 1967, esclarece, *verbis*:

“Alguns autores pretendem um entendimento *largo* para a expressão “favor” empregada na alínea *a*, inciso II, do art. 48. Como favor, se entendem *pacificamente as subvenções*, as garantias de juros, as *isenções* de direitos e as concessões especiais. Mas *divergem* os doutos sobre se é ou não favor o *empréstimo* concedido pela pessoa jurídica de direito público. Pontes de Miranda opina pela afirmativa, dizendo que empréstimo é favor, “porque constitui ato *estranho* às funções públicas e, firmado, de ordinário, em crédito, a empresa havia de obtê-lo nos lugares próprios, como no banco, a casa bancária, o particular capitalista”. E então define, com simplicida-

de e justiça, que “favor não é só liberalidade, é o que se faz a um sem se ser obrigado a fazer a todos”. (*Comentários à Constituição de 1946*, 2.^a edição, 1953, v. II, p. 255). Pensamos que o próprio texto constitucional oferece elementos para uma *acertada* solução, por analogia, quando, tratando do vedamento referente a *contratos*, exclui aqueles que obedecem a *normas uniformes*.”

27. Caberia perquirir, relativamente à colocação que faz o ilustre tratadista, por último citado, se tal *contrato*, de que se cogita na espécie, obedeceria a *cláusulas uniformes*, verificando-se até que ponto as *liberações de incentivos fiscais* do Finor estariam obedecendo a *normas uniformes*, e, ainda que existentes, se não comportariam *hipótese de favorecimento*. Ademais, respeitosamente, entendemos, até, “*que não havendo o constituinte repetido no dispositivo em comento a ressalva final posta na alínea a do inciso I do art. 54, não seria o caso de elaster-se-lhe o alcance*”, ainda que com o recurso à *analogia*, para aplicá-la em hipótese de indiscutível peculiaridade, em que se trata de gozo de *favor*. Em tal caso, encontramos *intuitiva resistência* a admitir a *solução analógica* com que nos acena o ilustre autor.

28. A socorrer-nos do *processo analógico* optariamos, *antes*, por aplicá-lo à hipótese das *subvenções econômicas*, nas quais os autores, segundo assere Cláudio Pacheco, entrevêem, pacificamente, o *favor* referido no texto constitucional em exame, e às quais *mais se aproximam os incentivos de que cuida a espécie*.

.....”

13. Focalizada a *decisão* proferida pelo Pleno do Tribunal de Contas da União, no *caso-comando* (Decisão s/n, de 24.10.90), importa, agora, ter em conta a que se lhe seguiu, na matéria, a de n.º 269/91 (Processo n.º TC – 000.335/90): “nesta, mantendo sua anterior recomendação plenária de caráter mandatório”, a Corte de Contas deteve-se na apreciação da hipótese de projetos aprovados e iniciados anteriormente a 24.10.90, culminando por lhes aplicar o Enunciado n.º 105 da Súmula de sua jurisprudência, para ressaltar-lhes o prosseguimento.

14. Não é despidendo trazer a lume o voto do

relator, Sr. Min. Carlos Átila Álvares da Silva:

.....
No que se refere ao pedido de *orientação* sobre como proceder com relação aos *projetos* que têm *parlamentares* como *controladores* ou dirigentes, aprovados e iniciados antes daquela data, parece-me que, conforme opinam os pareceres, a solução juridicamente *correta* aponta no sentido de *concordar* com seu *prosseguimento*, — desde que seu desenvolvimento se venha processando regularmente, é claro. A *favor* dessa solução, veja-se, inclusive, o que dispõe o Enunciado n.º 105 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal: “a *modificação posterior* da jurisprudência *não alcança* aquelas situações constituídas à luz de *critério interpretativo anterior*.” Embora esta Corte não se tivesse anteriormente manifestado sobre a matéria, comprovou-se que os *órgãos jurídicos da entidade* se haviam pronunciado no sentido de que os *recursos do Finor não seriam alcançados pela vedação* contida no art. 54, inciso II, alínea *a* da Constituição Federal. Por essa razão, julgo *admissível* aplicar-se ao caso, em *sentido lato*, o princípio contido no referido Enunciado n.º 105, *para aceitar a continuidade* daqueles *projetos*.

Para evitar dúvidas, entretanto, entendendo *útil reiterar* que se *mantém plenamente a determinação* feita pelo Tribunal quanto ao *dever de observância*, pela Sudene, do *citado dispositivo constitucional*, na *análise e aprovação de projetos*, bem como determinar à Irce/PE que, na mesma diligência *in locu*, que acima menciono, *requiera da Superintendência da Sudene a lista completa e exaustiva* dos já referidos projetos “aprovados e iniciados antes de 24.10.90”, e acompanhe seu desenvolvimento.

.....”
V

15. Em suma, destina-se o presente trabalho a discutir se teria sido *lícito* ao colendo Tribunal de Contas da União haver decidido, como decidiu, que o art. 54, II, *a*, da Constituição da República veda a *concessão de incentivos fiscais* — do Finor, no caso — a *projetos de empresas*, de propriedade de deputados federais ou senadores (ou de que sejam controladores ou

diretores). *em face da natureza contratual do vínculo*.

16. A esta altura, parece aconselhável consolidar o que decorre, *imediatamente*, do que atrás já houve oportunidade de referir.

17. Em primeiro lugar, há clara diferença entre as opiniões trazidas a confronto e expendidas: de um lado, confere-se alcance restrito à vedação constitucional em foco, isso a partir, fundamentalmente, de assimilação analógica da locução “salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes” — constante da parte final da alínea *a* do inciso I do art. 54, e inexistente, na alínea *a* do inciso II do mesmo preceito constitucional (posição sustentada por Cláudio Pacheco); de outro, contrariamente, reconhece-se àquela vedação amplo espectro (entendimento perflhado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, com base no Parecer da Procuradoria-Geral).

18. A qualquer sorte, independentemente do desfecho ao qual se chegue, é certo que o próprio Tribunal de Contas da União, ao mesmo passo em que manteve o *dever de observância* da incompatibilidade profissional, ressalvou a continuidade dos projetos aprovados e iniciados antes de 24.10.90, data em que entrou a prevalecer o entendimento ora vigente.

VI

19. A questão de fundo, portanto, está em precisar o alcance da alínea *a* do inciso II do art. 54 da Constituição da República, particularmente da expressão “*favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público*”, e a subsunção, neste, da concessão de *incentivos fiscais*, vista a sua *natureza jurídica*: tudo para, afinal, saber se a proibição ali contida foi bem aplicada pelo egrégio Tribunal de Contas da União.

20. Consoante o preceituado no inciso I do art. 55 da Constituição de 1988, “Perderá o mandato o deputado ou senador” “que infringir qualquer das proibições estabelecidas no art. anterior.”

21. As proibições do art. 54 correspondem a *impedimentos*, cuja inobservância dá causa à *cassação* de mandato, *espécie* da perda de mandato, a de caráter *punitivo*.

22. Inserida no elenco das *incompatibilidades constitucionais*, a norma do art. 54, II, *a*, veicula vedação de índole profissional (*Constituição Federal Anotada*, José Celso de Mello Filho, 2.ª edição, Saraiva, 1986, p. 164), nestes

precisos termos:

"Art. 54. Os deputados e senadores não poderão:

.....
II) desde a posse;

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

.....
VII

23. A *ratio* da norma vedatória vigente resulta da *tradição* consolidada ao longo da *evolução* da história constitucional republicana.

24. Por isso, quanto ao *motivo* da incompatibilidade em causa, é possível afirmar, categoricamente, que não subsiste incerteza: na linha das Constituições anteriores, a proibição renovada na alínea *a* do inciso II do art. 54 da Carta de 1988 também teve em mira assegurar, aos deputados e senadores, o *pleno exercício do mandato*.

25. Ao comentar a cláusula constitucional "favores do Governo Federal", constante do art. 24 da Constituição de 1891, já advertia João Barbalho que "Eles estabelecem *ligação e dependência* entre o Poder Executivo e os membros do Parlamento que são parte de diretorias de empresas por aquele favorecidas, os quais *perdem* assim a necessária *isenção e imparcialidade* para se ocuparem de atos oficiais de que tiver de conhecer o Congresso. Os deputados e senadores têm a atribuição de velar na execução das leis, de acusar e julgar o Chefe do Poder Executivo, e isto *não se compadece* com a posição de principais interessados de empresas que recebem auxílio, de qualquer natureza, prestados pelo governo." (*Constituição Federal Brasileira* Comentários, 1902, p. 74).

26. Para Carlos Maximiliano, a incompatibilidade "Tira ao Executivo um instrumento de *predomínio*, impedindo de acenar a legisladores ativos com as honras e investiduras rendosas, e excluindo das deliberações do Congresso a *influência oficial* daqueles que dependem diretamente do Chefe de Estado. *Arranca* aos poderosos uma *arma de corrupção*, outorga ao parlamento mais um *penhor de independência*, assegura ao aparelho governamental uma *garantia da divisão do trabalho*." (*Comentários à Constituição Brasileira*, 2.ª edição ampliada, item n.º 268, 1923, p. 328).

27. Comentando, recentemente, o preceito da Constituição de 1988, José Cretella Júnior ressalta o *fundamento* das vedações – "de natureza *ética* para *impedir* que o congressista, desde a expedição do diploma, ou desde a posse, fique a *mercê* de Chefes do Executivo ou de Diretores de outras entidades, *perdendo*, assim, a *independência* necessária ao pleno exercício do mandato que lhe foi delegado pelo povo." (*Comentários à Constituição de 1988*, v. V, Forense Universitária, p. 2641).

28. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a propósito da *ratio* da proibição em causa, prefere: "quer-se *impedir* que o congressista se *prevalha* do mandato para beneficiar a empresa a que está vinculado." (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. 2, Saraiva, 1992, p. 54).

29. E Pinto Ferreira, à sua vez, assim disserta sobre a matéria:

"... a *incompatibilidade* exerce um efeito altamente *moralizador* e consagra a *independência* do legislativo. Ela é *indispensável* a fim de *proibir* que os membros do Poder Legislativo, pelo seu *prestígio e influência*, possam adquirir vantagens pessoais e econômicas, favorecendo os seus interesses. Teriam necessariamente de *negociar* o seu voto, em manobras *escusas e indecorosas*, que lhes permitissem a *fruição* de vantagens e favores ofertados. O Executivo poderia beneficiar-se com a concessão de favores, dados aos legisladores, *evitando* assim a *fiscalização* destes sobre a administração. A *autonomia* e a *independência* do Poder Legislativo estão, desse modo, vinculados *naturalmente* a um sistema severo de determinação de incompatibilidades." (*Comentários à Constituição Brasileira*, 3.º v., Saraiva, 1992, p. 4).

VIII

30. Salientou o douto Procurador-Geral junto ao Tribunal de Contas da União que o *conteúdo* do art. 54, II, *a*, da Constituição da República em vigor "não é inovador, de vez que, com *inexpressivas* alterações de ordem *redacional*, o preceito, em *substância*, vem sendo *ininterruptamente*, consagrado desde a *primeira* Constituição Republicana".

31. Nesse quadro, quer parecer que a *análise retrospectiva* dos textos constitucionais an-

teriores oferece, realmente, *auxílio* ao correto encaminhamento da questão, em face da Carta de 1988.

32. A Constituição de 1891, em seu art. 24, dispõe:

“Art. 24 – O deputado ou senador não pode também ser presidente ou fazer parte de diretoria de banco, companhias, ou *empresas que gozem dos favores do Governo Federal, definidos em lei.*”

33. Já a Constituição de 1934, art. 33, § 1.º, 1, assim enunciou o preceito vedatório:

“Art. 33
§ 1.º) Desde que seja empossado, nenhum deputado poderá:

1) Ser diretor, proprietário ou sócio de *empresa beneficiada com privilégio, isenção ou favor, em virtude de contrato com a administração pública;*
.....”

34. A Constituição de 1937, no seu art. 44, c, estabeleceu, no ponto:

“Art. 44 – Aos membros do Parlamento Nacional é vedado:

.....
c) exercer qualquer lugar de administração ou consulta ou ser proprietário ou sócio de empresa concessionária de serviços públicos, ou de sociedade, *empresa ou companhia que goze de favores, privilégios, isenções, garantias de rendimentos ou subsídios do poder público;*
.....”

35. A Constituição de 1946 – art. 48, II, a, a Carta de 1967 – art. 36, II, a, e a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 – art. 34, II, a, prescreveram, semelhantemente:

“Os deputados e senadores não poderão:

.....
desde a posse:
ser proprietário ou diretor de *empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;*
.....”

36. Cumpre registrar que, desde o advento da Constituição de 1891 – na qual surgida a inovação –, até aquele da Carta vigente, vem a doutrina refletindo sobre o *alcance* da terminologia em que se vazou o preceito vedatório.

37. Durante os trabalhos preparatórios da primeira Constituição Republicana – votação, em segunda discussão, do Aditivo José Mariano –, discurso pronunciado pelo Sr. Ubaldino do Amaral *antecipava algumas das questões* que iriam, no futuro, sensibilizar a doutrina:

“O que é que se considera favor? É a garantia de juros? É o contrato bilateral em que a companhia dá e recebe ônus? (“Incompatibilidades”, Sara Ramos de Figueiredo, in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 23, jul./set., 1969, p. 196).

38. Hoje, não obstante os sucessivos textos constitucionais, o aspecto fulcral da matéria continua a residir na exata compreensão do termo *favor*.

39. É o que aponta, por exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “O grande problema que oferece à interpretação é a significação e o alcance da expressão *favor* que emprega. Nessa expressão está o cerne do problema.” (Op. cit., p. 53).

IX

40. Como visto, o ilustre Procurador-Geral junto ao Tribunal de Contas da União, em seu parecer, resolveu a questão perante os magistrados de Pontes de Miranda e Cláudio Pacheco quanto aos arts. 36, II, a, e 48, II, a, das Constituições Federais de 1967 e 1946, respectivamente (obedecida a ordem de sua argumentação).

41. É sabido que a Constituição de 1891 deferiu à lei a definição dos *favores governamentais*: a garantia de juros ou outras subvenções; o privilégio para emissão de notas ao portador, com lastro de ouro ou não; a isenção de direitos ou taxas federais ou redução deles em leis ou contrato; e o privilégio de zona de navegação, contrato de tarifas ou concessão de terras (Lei n.º 35, de 26 de janeiro de 1892, art. 31).

42. Em relação às *isenções*, distinguia Rui Barbosa, em posição minoritária:

“Se, pois, a ineligibilidade resulta dessa dependência, e essa dependência provém desses *favores*, claro está que as *isenções e reduções tributárias*, a que se referem as leis elcitorais, *não constituem os favores*, de que se trata, senão quando os bancos, companhias ou empresas deles gozarem por *contratos especiais* do Governo com essas empresas, essas companhias, esses bancos, ou *leis especiais* que em relação a tais entidades se decretarem.

.....
Mas de todo em toda outra é a solução, quando, na hipótese que se encara, não se trata de *mercês particularmente liberalizadas* a certa e determinada pessoa coletiva (empresa, companhia, ou banco), mas de isenções *gerais*, estabelecidas como na espécie vertente em *benefício de toda uma classe*.” (Comentários à Constituição Federal Brasileira, II v., São Paulo, 1933, pp. 86/7).

43. Para definir o objeto de atuação do termo *favor*, inscrito no art. 54, II, *a*, da Constituição de 1988, Manoel Gonçalves Ferreira Filho estabelece a seguinte correlação:

“Na verdade, a expressão *favor* tem no texto constitucional a significação de *condição favorável*, ou, mais precisamente, de *condição especial* em face das condições *normais e habituais* dos contratos celebrados pela mesma pessoa de direito público.” (Op. cit., pp. 54).

X

44. Fácil é constatar, pois, a *relevância* do tema em questão, sobretudo porque, segundo se tem notícia, é a vez primeira que um *caso concreto* se põe à consideração.

45. O parecer do Sr. Representante do Ministério Público, acolhido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, deu pela incidência da cláusula vedatória, mas preocupado, *prioritariamente*, em demonstrar a configuração de “algo” da índole *contratual* da *subscrição* prévia de títulos de capital (“... o poder público, através da Sudene/BNB, é uma das *partes contratantes*.” “... Poder-se-ia dizer que se trata de *contrato atípico* ...”; “... deparamo-nos com a figura de contrato, *lato sensu*.”).

46. Em segundo passo, após breve referência aos sucessivos textos constitucionais sobre o assunto, invocou o Sr. Procurador-Geral junto ao Tribunal de Contas da União comentários de Pontes de Miranda, no sentido de que a expressão “favor” tem acepção “assaz larga”, abrangendo a subvenção, a garantia de juros, a concessão especial e o empréstimo.

47. Afinal antecipou que, a se entender, por analogia, aplicável ao caso a ressalva da alínea *a* do inciso I do art. 54 da Constituição da República – “... salvo quando o contrato obedecer a *cláusulas uniformes*” –, antes se inclinaria por aplicá-la à hipótese das subvenções econômicas.

XI

48. Recorde-se, primeiro que tudo, que a significação do dizer constitucional é a plasmada pelo sentido *natural e ordinário* das palavras utilizadas, salvo quando expresso em *linguagem técnica*, alternativa em que ao intérprete não é dado encetar distinta exegese, senão cumpri-la, conforme, aliás, a óbvia lição da doutrina clássica (COOLEY, “Princípios Gerais de Direito Constitucional” tradução de Alcides Cruz, 2.ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, p. 407; BLACK, *Handbook of American Constitutional Law*, 4.ª ed., West Publishing Company, 1927, p. 85, § 62; Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9.ª ed., Forense, Rio, 1984, pp. 305/6 e 309; e Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Saraiva, São Paulo, 1982, pp. 19/20).

49. Ainda, consoante a boa hermenêutica constitucional, não há negar melhor serve, o caráter *vedatório* do dispositivo, à conclusão de que a *incompatibilidade* deve ser interpretada *restritivamente*, por acarretar, como preconizou Ives Gandra, *limitação de direito da cidadania*.

50. O sentido dessa posição encontra pleno respaldo na doutrina mais autorizada, que indica a interpretação *estrita* para os dispositivos constitucionais que instituem “incompatibilidades”. (Carlos Maximiliano, op. cit., p. 313).

51. Por conseguinte, a exegese *adequada* da expressão “favor”, contida no art. 54, II, *a*, da Constituição da República, conduz a que, pela *própria natureza* da vedação, *só se possa compreendê-la* como condição “especial” (ou “favorável”), contraposta às “normais” (ou “habituais”) dos *contratos* celebrados pela *mesma* pessoa jurídica de direito público. (Manoel Gonçalves Ferreira Filho).

52. Assim, no caso, ainda que, acertadamente, se afaste a assimilação analógica acenada por Cláudio Pacheco – da locução “salvo quando o contrato obedecer a *cláusulas uniformes*”, constante da parte final da alínea *a* do inciso I do art. 54 da Constituição –, não se afigura plausível caracterizar como “favor” – condição “especial” – a concessão de incentivos fiscais, de caráter *geral* e resultante de *lei*. (Ives Gandra).

XII

53. A esta altura, tudo o mais quanto resta saber é se a alegada *configuração contratual*

é, efetivamente, *imperativo do vínculo* que se estabelece entre a Sudene e o beneficiário de investimentos (os termos são da consulta formulada ao Sr. Procurador-Geral), pois a solução do problema concreto não basta a verificação de que a concessão de incentivos fiscais não constitui "favor", para os fins da vedação do art. 54, II, *a*, da Constituição da República.

54. *A afirmativa pouco segura, data venia*, da existência do vínculo contratual questionado (... acreditamos razoável inferir-se ...); Poder-se-ia dizer que se trata de contrato atípico (...)" parte de três premissas interligadas: a subscrição prévia de títulos de capital dos beneficiários dos incentivos do Finor é que se reveste de índole contratual ("sendo inegável, aí, que o poder público, através da Sudene/BNB, é uma das partes celebrantes"); "O contrato em questão faz-se subsidiário do contrato social do beneficiário"; e a subscrição configura "negócio com formalidade própria, distinta - é certo - do contrato administrativo..."

55. São premissas, no entanto, que não de ser recebidas com toda a reserva, uma vez enfrentada a questão sob a perspectiva puramente jurídica - que ora se impõe -, despida a discussão do compreensível empenho em superar implicações de ordem conjuntural.

XIII

56. Luiz Mélega assim resume a sistemática introduzida pelo Decreto-Lei n.º 1.376, de 12 de dezembro de 1974, que "Dispõe sobre a criação de Fundos de Investimentos, altera a legislação do Imposto sobre a Renda relativa a incentivos fiscais e dá outras providências"

"...ressalvadas certas hipóteses especialíssimas, ao em vez de aplicação direta desses incentivos, oriundos da dedução no imposto de renda, em projetos de escolha do contribuinte, isso se fará indiretamente através dos Fundos de Investimentos. O contribuinte-investidor, assim, terá a faculdade de escolher a região ou a atividade beneficiada, trocando, nos respectivos "Fundos", o seu Certificado de Aplicação em Incentivos Fiscais, recebido da Secretaria da Receita Federal, pelas cotas do "Fundo" que houver escolhido para efetivar a sua aplicação. O Certificado de Aplicação em Incentivos Fiscais foi substituído pelas "Ordens de Emissão" em virtude da redação que ao art. 15 do Decreto-Lei n.º 1.376/74 deu o art. 1.º do Decreto-Lei n.º

1.752, de 31.12.1979." (*Os Incentivos Fiscais do Imposto sobre a Renda e as Subscrições de Capital do Fundo de Investimentos do Nordeste - Finor*, in *Revista de Direito Mercantil - 37*, p. 52).

57. Em verdadeiro rigor, pode-se dizer que, na técnica dos incentivos fiscais em questão, há autodeterminação do contribuinte, mas simples opção entre solver o imposto sobre a renda, em sua integralidade, ou deduzi-lo, para investimento indireto, via Fundo de Investimento do Nordeste - FINOR.

58. Desse modo, à sua perfeita caracterização, como *direito potestativo*, o que importa - e basta - é que deriva, inequivocamente, do poder *unilateral* do contribuinte, sem nenhuma contrapartida da Sudene/BNB.

59. Nesse contexto - opção em favor do Fundo de Investimento do Nordeste - FINOR, com a transferência do recurso da Receita Federal para o sistema de incentivos fiscais -, não há como divisar a força vinculativa de contrato atípico.

60. Dar-lhe o significado contratual é, *data máxima venia*, confundir o ônus do contribuinte com o seu inexistente dever jurídico, em face da Sudene/BNB: a incumbência, em seu próprio benefício, o contribuinte tem, a de efetivar a dedução (ou a aplicação).

61. Por isso mesmo, Clóvis V. Couto e Silva, em artigo publicado em 1972 - antes, portanto, da edição do Decreto-Lei n.º 1.376, de 1974 -, já sustentava:

"A manifestação de vontade no sentido de obter, pela aquisição e indisponibilidade temporária, a dedução, formulada na declaração e imposto de renda, constitui-se em exercício de direito formativo modificativo. A manifestação de vontade é receptícia, e portanto irrevogável, a partir do momento em que chegar ao conhecimento do órgão competente. É ato em sentido estrito, que obriga a autoridade que vai fazer o lançamento.

A dedução está, porém, condicionada resolutivamente, (*condictio juris*) à aquisição de certificados, ou ao depósito, por exemplo, isto é, se isso não ocorrer, ela se desfará.

Estabelecida que a dedução do imposto está condicionada resolutivamente, resta examinar o desenvolvimento da

relação jurídica tributária. Poder-se-ia supor que o contribuinte que prometeu adquirir certificado de compra de ações, ou realizar o depósito, tenha a obrigação de fazê-lo, tanto mais quanto a condição *juris* é resolutive e não suspensiva. Esse dever seria, entretanto, no próprio benefício do contribuinte, razão pela qual a sua categoria é de mero ônus ou incumbência. Não tem o contribuinte dever jurídico em face do Estado, ou em face de terceiros, de efetivar a compra. Apenas, não o fazendo, se resolverá a dedução do Imposto de Renda, vigorando em toda a sua extensão a relação tributária, cabendo-lhe, ainda, prestar o tributo com juros, multa e correção monetária."

("A Natureza Jurídica dos Contratos Cogentes e dos Incentivos Fiscais", in *Revista da Consultoria-Geral - Estado do Rio Grande do Sul*, v. 2, n.º 2, pp. 24/5).

62. Essa nítida diferenciação de direito, entre *ônus* e *dever jurídico*, tem igualmente, peso decisivo para o completo desfecho do *caso concreto*.

XIV

63. Em conclusão, não se hesita em afirmar que o Tribunal de Contas da União, ao abrigar o parecer da douta Procuradoria-Geral, mal aplicou a incompatibilidade prevista no art. 54, II, a, da Constituição da República, pois a concessão de *incentivos fiscais* do Fundo de Investimentos do Nordeste - FINOR a projetos de empresas de propriedade de deputados ou senadores não se subsume à noção de "favor", nem decorre "de contrato com pessoa jurídica de direito público".

64. O caso *concreto*, porém, reclama algumas ponderações finais.

65. Da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992 - Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União - convém lembrar o disposto no art. 1.º, XVII e seu § 2.º, *verbis*:

"Art. 1.º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

XVII - decidir sobre *consulta* que lhe seja formulada por *autoridade competente*, a respeito de *dúvida* suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no *regimento interno*.

§ 2.º - A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste art. tem caráter *normativo* e constitui *prejulgamento da tese* mas não do fato ou caso concreto."

66. E da Resolução Administrativa n.º 15 - TCU - Regimento Interno do Tribunal de Contas da União -, o preccituado nos arts. 19, I, p, e 210, I, *verbis*:

"Art. 19. Compete privativamente ao Plenário, dirigido pelo Presidente do Tribunal:

I - deliberar originariamente sobre:

p) *consulta* sobre a matéria da competência do Tribunal;

"Art. 210. O Plenário decidirá sobre consulta quanto a *dúvida* suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

I - *Presidentes* da República, do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, de Comissão Técnica, ou inquérito de qualquer das Casas do Congresso Nacional, de Tribunal Superior, de Partido Político;

67. A situação é *inédita*. A *peculiaridade* de hoje é que a questão se transportou para o campo *institucional*, com inequívoca repercussão no próprio *Estatuto do Parlamentar*, a recomendar o estudo da possibilidade de formulação de consulta ao Tribunal de Contas da União, para o seu devido *reexame*, à luz das razões expendidas.