

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 884.325 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Embora próximos os objetos dos recursos extraordinários, tendo em vista que não houve o provimento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, inexistente, na linha de precedentes desta Corte, prejuízo para que sejam ambos examinados.

Assim, relativamente ao recurso interposto em face do acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, aponta-se violação dos arts. 37, § 6º, 170, *caput* e inciso II, 173, § 4º, e 174 da Constituição Federal. Sustenta-se que a intervenção estatal na economia não pode ser de tal forma arbitrária que aniquile o princípio da livre iniciativa, tal como é a fixação de preços inferiores àqueles tecnicamente apurados pelo próprio Governo. Aduz-se que “no caso concreto, a existência desse dano corresponde à diferença entre o preço apurado tecnicamente pelo IAA/FGV e aquele fixado oficialmente é fato incontroverso, donde a necessidade de aplicação do art. 37, § 6º, da CF/88, sob pena de vulnerá-lo” (eDOC 9, p. 108). Superada a forma de fixação do dano, a recorrente alega que há nexo de causalidade, porquanto o Estado “é o único responsável por obrigar o particular à prática de preços defasados” (eDOC 9, p. 110).

Não assiste razão jurídica à recorrente. Isso porque a atuação do Estado sobre o domínio econômico por meio de normas de direção pode, potencialmente, atingir a lucratividade dos agentes econômicos. No entanto, a política de fixação de preços constitui, em si mesma, uma limitação de lucros, razão pela qual a indenizabilidade de eventual dano atinge somente o efetivo prejuízo econômico, apurado por meio de perícia técnica.

Com efeito, conquanto este Tribunal, na linha do precedente firmado no RE 422.941, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 24.03.2006, tenha há muito reconhecido a responsabilidade da União pelos danos causados ao setor sucroalcooleiro em virtude da fixação de

preços abaixo do preço de custo e em desacordo com os preços encontrados pela Fundação Getúlio Vargas, não chegou a examinar se o critério a ser observado para apuração do dano deveria ser a tabela da Fundação Getúlio Vargas ou o prejuízo contábil.

Na sua fundamentação o precedente reconheceu, inicialmente, o limite da intervenção do Estado no domínio econômico: “a faculdade atribuída ao Estado (...) não autoriza a violação ao princípio da livre iniciativa”. Ainda de acordo com o voto do Ministro Carlos Velloso, a “fixação de preços a serem praticados pela Recorrente, por parte do Estado, em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor constitui-se em sério empecilho ao livre exercício da atividade econômica”.

Assim, a conduta do Estado que, não obstante a legislação em que estabelecia parâmetros para a fixação de preços e o contrato celebrado com instituição privada, que fazia, nos termos da lei, os levantamentos para a estimativa de custos, fixa os preços em “valores inferiores”, “se capaz de gerar danos patrimoniais ao agente econômico, no caso, a Recorrente, por si só, acarreta inegável dever de indenizar (art. 37, § 6º)”.

Com base na jurisprudência da Corte (RE 113.587, Rel. Ministro Carlos Velloso, RTJ 140/636), assentou-se que “a responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa”. Acresceu-se, ainda que “a consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais”.

No caso examinado pelo precedente, o acórdão objeto do recurso extraordinário, embora reconhecesse a presença de cada um dos requisitos acima indicados, havia negado a reparação do dano ao

fundamento de que não teria havido ato ilícito. Por isso, ante “a desobediência aos próprios termos da política econômica estatal desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos”, o então Relator deu provimento ao recurso para reconhecer a responsabilidade civil do Estado.

A posição acolhida pelo Supremo Tribunal Federal é consentânea com o que Orlando Gomes, em sede doutrinária, chamara de giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto (GOMES, Orlando. *Tendências modernas da reparação de danos*. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 294):

“(...) tende-se, na doutrina moderna, a construir a responsabilidade civil tendo-se como o seu centro de gravidade a noção de *dano* injusto, abandonada a concepção tradicional de que a responsabilidade por danos nasce com a violação do dever genérico de *alterum non laedere*; própria da perspectiva subjetivista.”

De fato, como indicou Pablo Malheiro, em tese de doutoramento defendida na Universidade Federal do Paraná, não se trata, propriamente, do abandono de um conceito de responsabilidade fundada na alteridade, mas de uma resignificação da própria noção de alteridade:

“A alteridade e a justiça social serão o norte valorativo para a formação da circunstância danosa, que não depende de novas leis, senão de outra mentalidade do intérprete ao compreender um caso concreto, percebendo o Direito como um fator de transformação social, ao minorar as lesões praticadas em sociedade. A perspectiva de formação da circunstância danosa pode ser um dos alicerces jurídicos a realizar esta transformação com uma mais adequada tutela dos interesses da vítima, sem desconsiderar que o lesante também possui direitos e deveres.”

(FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A imputação sem nexos*

ARE 884325 / DF

causal e a responsabilidade por danos. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito, p. 212. Disponível em <http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39782>, acesso em 01.09.2016).

É precisamente essa virada conceitual que dá azo ao regime de responsabilidade objetiva. Não por acaso, o Texto Constitucional, ao definir a responsabilidade do Estado, assenta que “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” (art. 37, § 6º, da CRFB). Como visto, inexistem, nos termos constitucionais, exigência de que haja conduta ilícita, razão pela qual teria sido adotada a teoria do risco administrativo.

De fato, a doutrina administrativista tem destacado a dispensabilidade do requisito subjetivo para caracterização do ilícito, entendimento que é também observável na jurisprudência desta Corte:

“É da jurisprudência do Supremo Tribunal que, para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado não é necessário que o ato praticado seja ilícito. Precedentes. II. Agravo regimental manifestamente infundado: condenação do agravante ao pagamento de multa, nos termos do art. 557, § 2º, C.Pr.Civil.”

(RE 456302 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 16-03-2007 PP-00029 EMENT VOL-02268-04 PP-00647 RCJ v. 21, n. 134, 2007, p. 92)

E M E N T A: INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO

OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. - A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50)."

(RE 109615, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 02-08-1996 PP-25785

É certo que há posições doutrinárias que, na esteira dos ensinamentos de Ruy Cirne Lima, questionam o alcance da solução ofertada pela teoria do risco administrativo aos casos de omissão estatal (LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 540). Registre-se, no entanto, que, em recente precedente firmado pelo Plenário desta Corte, em sede de RE 841.526, Rel. Ministro Luiz Fux, assentou-se que “a responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral”.

Tem-se, assim, que o ressarcimento do dano causado por agentes públicos a terceiros depende da prova da ocorrência do dano, da ação administrativa e do nexu causal entre o dano e ação. Noutras palavras, apenas se o acórdão objeto do recurso extraordinário assenta a presença de cada um desses elementos e não reconhece a responsabilidade civil do Estado é que se estaria diante da violação do art. 37, § 6º, da CRFB.

É precisamente porque, na origem, não se reconheceu a presença do dano que o Tribunal *a quo* afastou a incidência do regime da responsabilidade objetiva do Estado. Com efeito, no âmbito do Tribunal Regional, o então Relator Desembargador Federal Jirair Meguerian consignou em voto vencido que (eDOC 8, p. 125):

“Tal conduta, se causadora de danos patrimoniais aos agentes econômicos, no caso, a autora, gera, por si só, o dever de indenizar (art. 37, § 6º, da CF/88).

Na espécie, visando apurar o dano sofrido pela empresa autora em consequência da política de preços dos produtos do setor de açúcar e álcool adotado pela apelada no período de abril/86 a janeiro/97 foi determinado pelo MM. Juízo *a quo* a realização de prova pericial, cujo laudo (fls. 528/1.090 e 1.232/1.238) apontou a ocorrência de dano, apresentando em anexo cálculos que constatarem e dimensionaram o prejuízo

sofrido pela autora.

Assim, o dever de indenizar restou comprovado diante da relação de causalidade existente entre a conduta da Administração que fixou os preços dos produtos do setor sucroalcooleiro em desconformidade com a legislação de regência (artigos 9º a 11 da Lei n. 4.870/65) e levantamentos da FGV e dano sofrido pela apelante decorrente da diminuição e seu patrimônio líquido”.

O voto vencedor, contudo, proferido pelo Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, assentou que (eDOC 8, p. 138):

“Assim, quando o art. 10 do mencionado diploma legal [Lei 4.870/65], determina que o preço da tonelada da cana fornecida às usinas seria fixado, ‘tendo-se em vista a apuração dos custos de produção referidos no artigo anterior’, é certo que o Governo Federal não poderia ter desconsiderado essa exigência legal, e ignorado os dados fornecidos pela Fundação Getúlio Vargas.

(...)

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no julgamento do RE n. 422.941-2/DF, entendeu que a intervenção da União no setor sucroalcooleiro, com a fixação do preço em valores inferiores à realidade verificada na época, constitui afronta ao princípio da livre concorrência, sendo passíveis de indenização os prejuízos suportados pelo agente que se sentiu lesado.

(...)

No caso, a perícia (fls. 296-346) não aponta a ocorrência de prejuízo sofrido pela empresa em razão da política de preços imposta pelo Governo Federal, consignando que ‘as constatações obtidas nos exames da documentação periciada não evidenciam um juízo de valor que resultasse na implicação de um resultado menor ou negativo nos negócios da Empresa Autora’ (fl. 312), acrescentando que, ‘nos exames procedidos na documentação do período de 1991 a 1994, não foi identificado nenhum documento que resultasse em evidência de defasagem

de preço' (fl. 315), e, ainda, que 'ficou evidenciado, segundo os dados apontados, que no período de 1991 a 1994, os custos de produção foram menores que as vendas líquidas' (fl. 328)."

Como se observa dos debates no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a controvérsia dos autos cingiu-se à qualificação do fato danoso à recorrente. Sendo esses os limites fáticos fixados pela decisão recorrida, seria impossível, em sede extraordinária, rever o entendimento acolhido pela Corte de segundo grau, conforme disposto na Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o Ministro Teori Zavascki, relator originário deste recurso, quando da manifestação pela repercussão geral assentou que:

"Ora, no presente caso, não está em questão propriamente a responsabilidade civil da União por eventuais danos decorrentes de sua intervenção no domínio econômico, fixando os preços dos produtos sucroalcooleiros abaixo dos custos de produção. Pelo contrário, o acórdão do STJ, como se infere da própria ementa, afirma essa responsabilidade. O que em verdade levou aquele Tribunal a negar a indenização foi um dado da realidade fática: a constatação de que, no caso específico, a prova dos autos demonstrou não ter a demandante sofrido qualquer prejuízo com a intervenção estatal, uma vez que os preços por ela efetivamente praticados, embora tabelados, foram superiores ao seu custo de produção. Portanto, o resultado de suas operações não foram negativos, mas sim positivos.

(...)

Como se vê, a solução da controvérsia não envolve qualquer dos dispositivos constitucionais suscitados pela recorrente. Conforme amplamente demonstrado, o STJ e o TRF1 decidiram a controvérsia acerca da existência dos danos e da sua indenizabilidade exclusivamente a partir de interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais pertinentes (Lei 4.870/65 e CPC) e da apreciação do conjunto fático-probatório dos autos. Assim, na linha do que foi decidido em situações

semelhantes (nas quais quem alegava a inexistência de prejuízo era a União), notadamente nos acórdãos, já referidos (RE 598.537-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 29/3/2011; AI 683.098-AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 25/6/2010; AI 752.432- AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 24/9/2010; RE 481.110-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ de 9/3/2007), é de se afirmar que a controvérsia, por versar matéria de prova e de direito infraconstitucional, não ostenta a condição de ser reexaminada mediante recurso extraordinário.

Registre-se, por fim, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é possível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Constituição Federal ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608 RG, Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009)."

Ocorre, no entanto, que, de acordo com as razões recursais, a fixação de preços pelo governo federal em divergência dos que efetivamente apurados pela Fundação Getúlio Vargas e pelo Instituto do Açúcar e do Alcool configuraria, em sua leitura da jurisprudência desta Corte, dano material, a ensejar a responsabilização objetiva da União. Nessa linha de raciocínio, o acórdão do Tribunal Regional, ao limitar-se a indicar que o prejuízo deve ser contabilizado pelos custos individuais das empresas, divergiria do entendimento fixado por esta Corte. Noutras palavras, como assentou o Ministro Luís Roberto Barroso no voto pela repercussão geral, não se trata propriamente de um questão fática, mas na definição do que deve ser considerado para aferir o dano.

Neste ponto, o acórdão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça reconheceu que, no precedente firmado por esta Corte, o Supremo não teria esclarecido se o dano deveria ser apurado em virtude de os preços "serem praticados (...) em valores abaixo da realidade" ou "em desconformidade com a legislação aplicável".

De fato, de acordo com os termos do voto proferido pelo e. Ministro

Carlos Velloso no RE 422.941:

“No caso, a fixação de preços a serem praticados pela Recorrente, por parte do Estado, em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor constitui-se em sério empecilho ao livre exercício da atividade econômica, em desrespeito ao princípio da liberdade de iniciativa.

(...)

No caso, o Estado, entendendo por bem fixar os preços do setor, elaborou legislação em que estabelecia parâmetros para a definição daqueles. Celebrou contrato com Instituição privada, para que essa fizesse levantamentos que funcionariam como embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Mesmo assim, fixava-os em valores inferiores. Essa conduta, se capaz de gerar danos patrimoniais ao agente econômico, no caso, a Recorrente, por si só, acarreta inegável dever de indenizar”.

De outro lado, a ementa do *leading case* apontaria para um critério diverso:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º. I. - A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III. - Contrato celebrado com instituição privada para

o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. **Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º. IV. - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V. - RE conhecido e provido.**

(RE 422941, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 24-03-2006 PP-00055 EMENT VOL-02226-04 PP-00654 LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 273-302)

Conquanto a dúvida sobre a qualificação do dano permita o exame do recurso extraordinário à luz da sistemática da repercussão geral, é preciso reconhecer que apenas *in concreto* é que o dano pode ser estimado. Como destaca Orlando Gomes, citando G. Tucci, “dano injusto é a alteração *in concreto* de qualquer *bem jurídico* do qual o sujeito é titular” (GOMES, Orlando. *Tendências modernas da reparação de danos*. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 295).

Esse elasticidade do conceito de dano, próprio do giro conceitual a que se fez alusão há pouco, permite que se considere como ressarcíveis não apenas os direitos subjetivos violados, mas também os direitos de personalidade, certos direitos de família, direitos de crédito e, finalmente, interesses legítimos. Relativamente ao ressarcimento dos interesses protegidos, Orlando Gomes cita exemplificativamente “os danos ocasionados aos particulares pelo Estado na sua política interventiva”.

Noutras palavras, é possível que a ação interventiva do Estado ocasione danos injustos aos particulares, compreendido o dano como a variação, *in concreto*, do bem jurídico.

Essa variação patrimonial, por sua vez, pode ocorrer de forma positiva, na espécie do dano emergente, ou negativa, como nos lucros cessantes. É o que estabelece, por exemplo, o art. 403 do Código Civil:

“Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

Assim, como assentou o Superior Tribunal de Justiça, tanto o lucro cessante quanto o dano emergente podem dar origem à responsabilidade civil. Ocorre, no entanto, que o Superior Tribunal de Justiça entendera que os lucros cessantes não seriam devidos, na forma como pleiteados. Isso porque, segundo afirmou o Tribunal:

“ao reconhecer o Poder Judiciário o dever de indenização às empresas do setor sucroalcooleiro, não pretendeu premiá-las pelo sacrifício do controle estatal de preços. Buscou naturalmente, dentro dos parâmetros da tese, o dever de indenizar, recompor os reais e efetivos prejuízos.

Assim sendo, a prova pericial é indispensável, não apenas para se ter a fixação do preço de cada produto, mas também para a identificação do prejuízo efetivo. Afinal, nem todas as empresas tiveram otimização de produção, nem todas as empresas produziram e nem todas as empresas tiveram prejuízo, mesmo com a venda dos produtos pelos preços fixados pelo governo”.

O raciocínio desenvolvido pelo Tribunal reside na diferença entre o reconhecimento do dever de indenizar e o reconhecimento do *quantum debeat*. O fato de ter a União, pelo Instituto do Açúcar e do Alcool, fixado preços abaixo da tabela de custos da Fundação Getúlio Vargas implicaria dano injusto, porque a Lei 4.870, de 1 de dezembro de 1965, obrigava-lhe a fixar os preços observada a mensuração dos custos. No entanto, o valor da indenização deveria ser sempre apurado faticamente, porquanto “simples critério jurídico (descumprimento da Lei 4.870/1965) não pode servir como parâmetro para definição do *quantum debeat*”. O cerne do argumento reside, assim, na razoabilidade em que se poderia exigir o ressarcimento dos lucros cessantes (**grifos** nossos):

“A dispensa de comprovação pericial do prejuízo é inteiramente irreal, como pode ser demonstrado, em hipótese, para o só efeito de exercício.

Digamos que a FGV tenha apurado, para determinada região brasileira, uma estimativa de custo de produção da tonelada de cana-de-açúcar no valor de R\$ 100,00. No mesmo período o governo federal tabelou a tonelada da cana em R\$90,00 para comercialização, havendo, em tese, uma perda financeira de R\$10,00 por tonelada, que ocasionaria prejuízo, sem falar na margem de lucro que deixaria de ser contabilizada e que é pressuposto de qualquer atividade capitalista.

Pergunta-se: esse cenário é o mesmo durante todo o período em que o governo desconsiderou o preço real da tonelada da cana? É óbvio que não, porque no período os preços sofrem oscilações e oscilações também existiram, por certo, no custo da produtividade, em razão dos custos dos insumos que também são variáveis, no tempo e no espaço, oscilações só passíveis de verificação pelos registros nos balanços patrimoniais.

Se assim é, não se pode dispensar a apuração, principalmente porque, em algumas situações, as perícias contábeis chegam à conclusão de que as usinas tiveram, nesse mesmo período, grandes lucros, com significativo incremento patrimonial, apesar de terem se submetido à intervenção estatal contrária aos ditames da Lei 4.870/1965. Afinal, as empresas mais modernas, com equipamentos mais arrojados têm produtividade bem acima daquelas que não se modernizaram.

Caberia à usina requerente demonstrar que seus custos de produção eram iguais ou maiores que os valores fixados pelo IAA/FGV, insuficientes para remunerar razoavelmente sua atividade empresarial.”

A questão que se coloca no presente recurso extraordinário é, portanto, a ressarcibilidade do dano causado pela fixação de preços.

O fundamento invocado pela recorrente é de ofensa ao art. 170, *caput*

ARE 884325 / DF

e II, 173, § 4º, e 174 do Texto Constitucional, que dispõe, *in verbis*:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II - propriedade privada;

(...)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

(...)

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.”

Os dispositivos constitucionais apontados regulam a atividade do Estado sobre o domínio econômico, ou seja, o Estado como ordenador do processo produtivo, sem dele participar diretamente. Essa atuação, por sua vez, pode dar-se tanto por normas de indução, quando o Estado lança mão de incentivos para contar com a adesão dos particulares, quanto por normas de direção, quando o Estado sanciona os comportamentos dos agentes econômicos.

A fixação de preços é, como demonstra a doutrina, exemplo típico de intervenção por meio de normas de direção, como ensinam, por exemplo, o Ministro Eros Grau e Fernando Facury Scaff. A partir da obra

doutrinária do Ministro Eros Grau, tornou-se frequente a classificação das atividades do Estado no domínio econômico (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 143):

“(...) reafirmo a classificação de que tenho me valido, que distingue três modalidades de *intervenção*: *intervenção por absorção* ou *participação* (a), *intervenção por direção* (b) e *intervenção por indução* (c).

No primeiro caso, o Estado intervém *no* domínio econômico, isto é, no campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Desenvolve ação, então, como agente (sujeito) econômico.

Intervirá, então, por *absorção* ou *participação*.

Quando o faz por *absorção*, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ ou troca em determinado setor da *atividade econômica em sentido estrito*; atua em *regime de monopólio*.

Quando o faz por *participação*, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ ou troca em determinado setor da *atividade econômica em sentido estrito*; atua em *regime de competição* com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo ator.

No segundo e no terceiro casos, o Estado intervirá *sobre* o domínio econômico, isto, sobre o campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Desenvolve ação, então, como regulador dessa atividade.

Intervirá, no caso, por *direção* ou por *indução*.

Quando o faz por *direção*, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da *atividade econômica em sentido estrito*.

Quando o faz, por *indução*, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade as leis que regem o funcionamento dos mercados”.

A partir dessa classificação, Fernando Scaff sustenta que a fixação de preços seria típica medida de intervenção sobre o domínio econômico (SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 106):

“A intervenção sobre o domínio econômico pode dar-se por normas de direção, ou seja, que não permitam outro comportamento que não o previsto na norma. Neste caso, seu descumprimento acarretará uma sanção jurídica. É o típico exemplo do tabelamento de preços. Estipulado pelo Estado determinado preço máximo para comercialização de certa mercadoria, o descumprimento do preceito acarretará uma sanção jurídica, usualmente multa.”

Como já se afirmou neste voto, a Corte, desde o precedente firmado no RE 422.941, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 24.03.2006, reconhece que esta conduta, se causar prejuízo, é indenizável.

Mais recentemente, a jurisprudência desta Casa, no precedente firmado no RE 571.969, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Pleno, DJe 18.09.2014, reconhecendo que a política de congelamento de preços e das tarifas aéreas foram insuficientes para cobrir a variação dos custos suportados por determinada concessionária, assentou que “o Estado responde juridicamente também pela prática de atos lícitos, quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais”.

O regime de responsabilidade, nos termos desse último precedente, apoiou-se nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Responsabilidade do Estado por Intervenção na Esfera Econômica*. *Revista de Direito Público*, ano XV, outubro/dezembro – 1982, n. 64M Editora RT, p. 75):

“(…) há também responsabilidade do Estado por atos legítimos, se eles rompem a igualdade perante os encargos

públicos, produzindo danos especiais e anormais, que incidem apenas sobre uns poucos, os quais ficam particularmente onerados pela medida tomada no interesse geral”.

É importante destacar que o dano potencialmente causado à recorrente não se cuida, propriamente, de ofensa ao direito de igualdade. A política de fixação de preços visa proteger determinado setor econômico e é, em si, um fator de desigualação. Invocar o princípio da igualdade como o bem juridicamente atingido pela intervenção do Estado apenas teria lugar se, para essa determinada política, devesse-se questionar sua legitimidade.

De modo mais específico, Fernando Scaff diferencia as hipóteses em que o regime de responsabilização civil pode ser empregado nas diferentes atuações do Estado sobre o domínio econômico. Assim, quando a escolha da política de incentivo for injustificada ou errônea, há violação do princípio da igualdade, como aduziu Celso Antônio Bandeira de Mello. De outro lado, quando a política de direção for equivocada, há ofensa ao princípio da lucratividade. Com efeito, afirma o Professor Fernando Scaff que (SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 169):

“Assim, ao falarmos de Responsabilidade do Estado por Intervenção sobre o Domínio Econômico, estaremos tratando de quatro hipóteses distintas de atuação do Estado passíveis de causar dano aos agentes econômicos:

a) da quebra do Princípio da Igualdade, por injustificada escolha da opção econômica a ser objeto da ação interventiva estatal (incentivada, desincentivada ou vetada);

(...)

c) da violação do Princípio da Lucratividade, basilar ao sistema capitalista, em face de uma errônea política econômica de direção adotada (...)”

De modo mais preciso, portanto, é possível assentar que a responsabilidade civil, já reconhecida na hipótese dos autos em diversos

precedentes desta Corte, tem lugar ante a violação do princípio da lucratividade, cujo conteúdo “não se refere a um lucro propriamente liberal-capitalista, que busca a obtenção do maior ganho possível no mercado, mas sim à ocorrência de saldos positivos no balanço, onde a ideia do prejuízo econômico fique afastada” (SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 199).

Essa diferenciação feita pelo ilustre Professor da Universidade de São Paulo é fundamental para compreender a questão posta nestes autos. Com efeito, o princípio da lucratividade impõe que se reconheça que o dano não decorre da limitação do lucro, visto que essa limitação é uma forma de política econômica. É, em verdade, o prejuízo econômico que não pode ser considerado política econômica e, como tal, deve ser indenizado. Por isso, “é imprescindível fazer provada relação de causalidade entre a norma de direção invocada como causadora de prejuízo econômico e a materialidade deste” (SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 201).

De fato, a mensuração do dano não é feita a partir da análise do elemento subjetivo, nem poderia, porquanto se trata de responsabilidade objetiva do Estado. Como há tempos destaca a doutrina, é o nexo de causalidade que desempenha a função tanto de identificar a responsabilidade civil, quanto a de mensurar a obrigação de indenizar (PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*. Tomo XXII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 206):

“Para se pensar em extensão do dano tem-se de partir do nexo causal. A indenizabilidade do dano é na medida em que ele se acha em relação à causa, ou às concausas, ou à causa de aumento. Tem-se de considerar o prejuízo que o ofendido sofreu, ou sofreu a ainda vai sofrer, e o que pode haver lucrado, bem como a sua participação nas causas do dano ou no aumento desse.”

ARE 884325 / DF

Em sede doutrinária, o e. Ministro Luís Roberto Barroso reconheceu que a interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais invocados conduzem à conclusão segundo a qual, se legítima a fixação de preços, “em nenhuma hipótese pode [o Estado] impor a venda de bens ou serviços por preço inferior ao preço de custo, acrescido de um retorno mínimo, compatível com as necessidades de reinvestimento e de lucratividade próprias do setor privado” (BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, maio/junho/julho, 2008. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 23 de agosto de 2016):

“Mesmo quando possa ser excepcionalmente admitido, o controle prévio de preços está sujeito aos pressupostos constitucionais e sofre três limitações insuperáveis: a) deverá observar o princípio da razoabilidade, em sua trílice dimensão: adequação lógica, vedação do excesso e proporcionalidade em sentido estrito; b) deverá ser limitado no tempo, não podendo prolongar-se indefinidamente; c) em nenhuma hipótese poderá impor a venda de bens ou serviços por preço inferior ao preço de custo, acrescido do lucro e do retorno mínimo compatível com o reinvestimento”.

Nesse sentido, o raciocínio que propõe o Ministro Luís Roberto Barroso assoma-se às conclusões trazidas por Fernando Scaff: o dano da ação estatal reside na imposição de preço abaixo do custo, acrescido do lucro e do retorno mínimo compatível com o reinvestimento, e não na simples fixação de preço abaixo do custo médio.

Noutras palavras, o dano causado pela política de fixação de preços refere-se ao prejuízo econômico sofrido pelos agentes econômicos. A indenizabilidade do dano deve, por conseguinte, ser materialmente comprovada. A mera limitação do lucro não consubstancia dano injusto e,

como tal, não dá direito à indenização.

Na linha de alguns precedentes desta Corte e também nos termos em que lançada a petição do recurso extraordinário, poder-se-ia questionar se a indenização não teria lugar em virtude da atuação ilegal do Estado, por adotar um critério de preços diferente do que aquele estabelecido na lei.

Não há dúvidas que a ilicitude tem a potencialidade de dar margem à indenização. No entanto, como já se afirmou neste voto, o dano é elemento indispensável à responsabilização do agente. Admitir-se o cabimento da responsabilidade da União sem que haja dano seria equiparar a responsabilidade civil ao crime de mera conduta, o que não se coaduna com própria definição do instituto. Como adverte Sérgio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 71):

“O ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar.”

Em síntese, a responsabilidade civil do Estado ocorre sempre que preenchidos os seguintes requisitos: a) dano; b) ação administrativa; c) nexos causal entre o dano e ação administrativa. É irrelevante, para a aplicação do instituto, a dúvida sobre a licitude da ação, bastando que ela cause o dano. A atuação do Estado sobre o domínio econômico por meio de normas de direção pode, potencialmente, atingir a lucratividade dos

agentes econômicos. A política de fixação de preços constitui, em si mesma, uma limitação de lucros, razão pela qual a indenizabilidade de eventual dano atinge somente o efetivo prejuízo econômico, apurado por meio de perícia técnica.

No caso dos autos, o acórdão do Tribunal Regional Federal assentou (eDOC 8, p. 143-145):

“Como se pode ver, a prova que se produziu demonstrou não ter tido a Autora qualquer prejuízo na sua atividade econômica por ato imputado ao antigo I.A.A. ou, depois de sua extinção, à União.

Em verdade, pode a Autora ter deixado, sim, de auferir receita maior em face dos critérios utilizados na fixação dos preços dos álcoois, pois do açúcar o seu preço foi até superior aos fixados pela Administração. Não se pode afirmar, quanto aos álcoois, que os custos de produção (que incluem matéria-prima, salário, imposto, prolabore, etc.) foram x e o preço de venda foi x menos tanto.

Quer a Autor, não uma compensação de danos efetivamente experimentados, o que seria razoável, mas que se lhe atribuam lucros – mais lucros – que cessaram, o que me parece absolutamente iníquo, pois isso significa abstração de toda uma realidade econômica vivida no País, fazendo do Estado provedor dos não-necessitados, o que é uma completa insensatez, e contraria a teleologia da lei, segundo a qual esta destina-se ao bem-comum.

(...)

Ou seja, o Assistente Técnico da Autora também não afirma ter havido prejuízo, mas apenas que se deixou de auferir mais receita.

Porém, é preciso não perder de vista que não só os preços dos produtos industriais (açúcar e álcool) estiveram sob controle de preços, como também o da matéria-prima (cana-de-açúcar) e o custo da mão-de-obra (salário), de sorte que é nessa equação que se deveria avaliar a margem de lucro proporcionada pela atividade econômica, pois já se sabe,

consoante perícia contábil, que prejuízos não ocorreram, tendo sido auferidos lucros em todos os exercícios sob discussão. Lucros além dessa realidade são incompatíveis com o princípio constitucional da repressão ao abuso do poder econômico, assim considerando-se o lucro arbitrário, isto é, sem a contrapartida dos custos, como na hipótese desta ação, que ficaram abaixo do preço de venda dos derivados de cana-de-açúcar.

(...)

A responsabilidade civil depende da prova efetiva do dano e neste caso a prova que se tem é que não houve dano, ao contrário, a Autora auferiu lucro em todos os quatro exercícios discutidos: 1991, 1992, 1993 e 1994.

Se a Autora provasse – o que foi afastado pela perícia –, segundo a sua escritura contábil, que tivera uma despesa de 10 que o preço deveria ser 12, mas foi obrigada a praticar preço de 9, aí, não tenho dúvida, seria cabível a responsabilização civil. Nada disso, porém, aconteceu, tanto que a Autora vendeu açúcar por preço superior ao fixado pela Administração e vendeu açúcar com descontos.

Os lucros que se pleiteiam neste caso são ideais, segundo os critérios que deveria ter sido fixados pela lei. Teve-se menos lucro, mas nenhum prejuízo. Não houve prejuízo. A discussão se passa no plano ideal: se assim fossem fixados os preços, receber-se-ia tanto. É isso que se quer ganhar. Não importa o que se ganhou, se bem que se ganhou mais que devia na venda do açúcar.

Os documentos trazidos à colação demonstram não ter havido prejuízo na atividade econômica da autora, tendo esta, sim, deixado de ter receita maior, em face de critérios utilizados na fixação dos preços do álcool. Indiscutivelmente, quer a autora não uma compensação de danos efetivamente experimentados, o que seria razoável, mas que se lhe atribuam lucros que cessaram, o que me parece indevido, pois que a lei tem por finalidade, ainda que em regime de liberdade vigiada de preços, assegurar o abastecimento do mercado e a percepção

de lucro justo e compatível com realidade econômica do País, e não pode o intérprete da lei contrariar sua teleologia.”

Como se observa da leitura das razões que conduziram o voto vencedor do acórdão recorrido, o Tribunal *a quo* limitou-se a reconhecer como indevida a pretensão de ressarcimento de um lucro imaginado, reconhecendo que a intervenção do Estado sobre o domínio econômico por meio de normas de direção autoriza apenas a indenização se o preço for insuficiente para cobrir os custos e um lucro mínimo.

Sob essa perspectiva, correta é a decisão do Tribunal no que tange à interpretação dos princípios constitucionais invocados pela recorrente. Por essa razão, deve-se desprover o recurso extraordinário interposto pela recorrente em face do acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Relativamente ao acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, o pedido da recorrente é semelhante ao formulado no primeiro recurso extraordinário. Com efeito, afirma a recorrente (eDOC 12, p. 7-8):

“A recorrente pugna para que esse Col. STF determine (i) se o dano econômico apurado pericialmente nos autos é servil à responsabilização da União, à luz da jurisprudência desse Eg. STF em casos idênticos; e (ii) se o eventual prejuízo (contábil) eleito como indenizável pelo STJ – mas que não foi objeto de prova nestes autos – possui relação de causalidade adequada e necessária com o ato estatal arbitrário de fixação de preços. Trata-se, pois, de aplicação da norma de responsabilidade do Estado (art. 37, § 6º, da CF) aos fatos constantes dos autos, sem qualquer reexame das provas”.

A recorrente aduz que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça teria afirmado que somente seria indenizável o prejuízo contábil decorrente do cotejo entre os preços oficiais e os “custos reais” de cada Usina e não em face dos custos médios oficiais apurados tecnicamente pela FGV. Sustenta que o critério definido por esta Corte seria a diferença entre o preço apurado pela FGV e o preço fixado pelo Governo. Alega

ARE 884325 / DF

que “tomar o prejuízo contábil para apurar o dano implicar negar o nexo de causalidade necessário ao preenchimento dos pressupostos de responsabilização”, pois “diversos outros elementos (ou concausas) repercutem na formação de prejuízo contábil, independentemente da defasagem verificada nos preços” (eDOC 12, p. 12).

A recorrente também impugna os argumentos apresentados no acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Afirma que o pedido de indenização foi registrado com base na responsabilidade subjetiva da União, por violação da Lei 4.870/65, e também na objetiva, ante a comprovação do dano e do nexo. Por serem fundamentos autônomos, a procedência do pedido poderia se dar em virtude de qualquer um deles.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar que a Lei 4.870/65 estaria tacitamente revogada, teria acabado por reconhecer que a intervenção estatal fora inconstitucional. O argumento seria, portanto, no entender da recorrente, falacioso. A Lei 8.178/91 apenas teria liberado os preços, sem alterar os critérios técnicos estabelecidos pela Lei 4.870/65.

Sustenta, por fim, que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça teria violado o princípio da igualdade, porquanto dera soluções diferenciadas a caso que, nos termos dos precedentes desta Corte, era idêntico a eles.

O recurso não foi admitido, porquanto a Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a ofensa constitucional, se houvesse, seria reflexa.

O acórdão recorrido fundamentou-se nas seguintes premissas: impossibilidade de se acolher a pretensão indenizatória durante o período entre agosto de 1994 e janeiro de 1997, ante a ineficácia da Lei 4.870/1965 pelo advento da Lei 8.178/1991; e a exigência de prova do efetivo prejuízo contábil para a demonstração do dano.

O capítulo do acórdão do Superior Tribunal de Justiça que examina a eficácia da Lei 4.870/1965 foi vazado nos seguintes termos:

“Outro aspecto a considerar, quando se examina a tese do prejuízo do setor sucroalcooleiro, diz respeito ao período em que ocorreu o controle de preços pelo Instituto do Açúcar e do

Álcool - IAA, reconhecido como prejudicial por desrespeito à Lei 4.870/1965.

Esse questionamento é relevante, pois, em via de regra, as demandas do setor sucroalcooleiro pleiteiam indenização entre os períodos de março de 1985 a 1999. No caso concreto, a União levantou a tese de limitação temporária dos efeitos da Lei 4.870/1965, em contestação (fls. 174-183), bem como ao formular quesitos ao perito e, mesmo como vencedora, veio prequestionando a matéria nas instâncias ordinárias, ao responder aos recursos, como recorrida.

Esta Corte não ignorou o aspecto temporal em alguns julgados, dentre os quais trago à colação o já citado precedente da Segunda Turma, REsp 771.787/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, em voto vista do Min. Herman Benjamin, que consignou:

(...)

No entendimento do Ministro Herman Benjamin, a sistemática de tabelamento de preços, prevista na Lei 4.870/1965, foi substituída com o congelamento geral de preços estabelecido pelo art. 36 do Decreto-Lei 2.283/1986, que instituiu o Plano Cruzado, atingindo todos os setores da economia, incluindo o sucroalcooleiro.

É sabido que no final dos anos 80 e início dos 90, o Brasil vivenciou turbulento período econômico, com uma sucessão de intervenções estatais na fixação geral de preços (Planos Cruzado, Bresser, Verão e Collor).

O lúcido raciocínio do Ministro Herman Benjamin, alicerçado em precedentes desta Corte (REsp 79937/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/02/2001, DJ 10/09/2001, p. 366), é de que o congelamento geral de preços, devido à política governamental econômica, significou um abandono dos critérios previstos na Lei 4.870/1965. Assim, entendeu tratar-se de perda de eficácia da norma, na qual se funda essencialmente o pleito das empresas, a partir de 28.2.1986, data da publicação do Decreto-Lei 2.283/1986, que instituiu o primeiro de uma série de

congelamentos gerais de preços.

Nesse mesmo julgado, o Ministro Castro Meira, em voto vista, também aborda a limitação temporal dos efeitos da Lei 4.870/1965. No seu entender, a extinção da autarquia, mediante o Decreto 99.240, de 7.5.1990 (conforme autorizado pelo art. 22 da Lei 8.029, de 12.4.1990), seria suficiente para afastar a responsabilidade governamental, alegadamente praticada pelo Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA.

Não obstante tenham as atribuições da extinta autarquia sido transferidas à Secretaria do Desenvolvimento Regional da Presidência da República (conforme Decreto 99.288, de 6.6.1990), naqueles autos as partes não indicavam qualquer atuação de outros órgãos da Administração Federal que pudesse causar danos ao setor sucroalcooleiro.

Para que fique clara a posição do Ministro Castro Meira sobre o tema, colaciono trecho do seu voto vista:

(...)

Em síntese, concluiu pelo descabimento de condenação da União a partir da extinção do IAA, formalizada pelo Decreto 99.240, de 07 de maio de 1990.

A União, em memoriais, apresenta outras teses. Sustenta que a Lei 8.178/1991 trouxe, definitivamente, novo regramento sobre a matéria, ao atribuir ao Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento o poder para autorizar a majoração de preços congelados, consoante preceituado no art. 1º:

(...)

Nesse mesmo diploma, permitiu-se ao Ministro da Fazenda a liberação/fixação de preços de qualquer setor:

(...)

No caso específico do setor sucroalcooleiro, passou o Ministério da Fazenda a regular os preços, editando diversos atos, como, p.ex., as Portarias nºs 463 e 660, de 6.6 e 11.7.1991, respectivamente.

Em 13.12.1996, o Ministro de Estado da Fazenda editou a Portaria nº 294, de 13 de dezembro de 1996, para sujeitar a cana-de-açúcar, e seus derivados, ao regime de preços liberados, a

partir de 1º de maio de 1998.

Dessa forma, é incontroverso, que a partir dessa última data, o setor sucroalcooleiro passou a atuar no mercado, sem a regulação estatal no tocante à fixação de preços.

Sobre esse ponto, há precedente do Supremo Tribunal Federal, no RMS 23.543/DF, sob a relatoria do Ministro Ilmar Galvão, em ação mandamental impetrada pelo Sindicato dos Cultivadores de Cana-de-Açúcar no Estado de Pernambuco, contra a Portaria nº 294/1996.

Cito sua ementa:

(...)

Nesse julgado, o STF entendeu que o critério de fixação de preços previsto no art. 10 da Lei 4.870/1965 foi alterado pelo art. 3º, III, da Lei 8.178/1991 (acima transcrito), logo, legal a portaria de liberação de preços expedida pelo Ministério da Fazenda.

No corpo do voto condutor, o Ministro Ilmar Galvão chega a afirmar uma revogação do art. 10 da Lei 4.870/1965 pela Lei 8178/1997. Para melhor clareza, cito o trecho em questão:

(...)

Partindo desse parâmetro hermenêutico, seria correto afirmar que, desde o advento da Lei 8.178/1991, as usinas de açúcar estariam embasando seu pleito (suposto descumprimento do art. 10 da Lei 4.870/1965) em norma revogada.

Aproveito para mencionar outro dado curioso, envolvendo esse último precedente do Supremo Tribunal Federal. Notem que o próprio órgão de classe, representativo estadual dos produtores de cana-de-açúcar, foi o autor do recurso, objetivando "derrubar" o ato de liberação de preços, para que as usinas voltassem ao antigo sistema de congelamento de preços do setor. A questão é: por que voltar a uma sistemática de preços "prejudicial"? A resposta é óbvia: não havia prejuízo, mas sim vantagem. Mas essa discussão já foi extensamente abordada nos tópicos anteriores e voltarei aos aspectos da eficácia temporal da Lei 4.870/1965.

Pois bem, diante de todos esses argumentos, fica evidente

que a intervenção governamental no setor sucroalcooleiro não perdurou até o ano de 1999, como muitas empresas alegam. Resta saber qual foi seu termo final e, nesse ponto, enumero as teses existentes, com destaque para os seus respectivos marcos temporais:

1) até 28 de fevereiro de 1986, quando foi estabelecido o primeiro controle de preços para a economia brasileira, pelo Decreto-lei 2288/86 (Plano Cruzado). Este é o entendimento do Ministro Herman Benjamin - REsp 771.787/DF, a Lei 4.870/1965 teve sua eficácia limitada ao advento do Decreto-Lei 2.283/1986;

2) até 07 de maio de 1990, quando foi extinto o IAA pelo Decreto 99.240 e com isso desapareceu o poder de controle preconizado no artigo 10 da Lei 4870/65.

Este entendimento encontra-se no voto do Ministro Castro Meira, REsp. 771.787/DF;

3) até 4 de março de 1991, quando a Lei 8.178/91 autorizou o Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento a regular os preços de todos os setores da economia nacional, revogando tacitamente o artigo 10 da Lei 4.870/65. Este marco temporal, trazido pela União, não deixa dúvida, porque cai por terra o poder regulamentador sobre preços de qualquer outra autoridade senão o Ministro da Fazenda;

4) até 1º de maio de 1998, quando a Portaria nº 294, de 13/12/1996/1996, editada pelo Ministro da Fazenda, sujeitou a cana-de-açúcar, e seus derivados, ao regime de preços liberados, a partir de 1º.5.1998.

Em análise de todo o arcabouço jurídico sobre o tema, em especial, à luz da principal argumentação (quixá, única) desenvolvida pelos usineiros, referente ao critério de fixação de preços em descumprimento do art. 10 da Lei 4.870/1965, entendo que deva prevalecer a terceira tese, no sentido de que o advento da Lei 8.178/1991 efetivamente significou ruptura à antiga sistemática de preços regulada pelo IAA, consoante determinado pela Lei 4.870/1965, ou seja, até 4 de março de 1991.

Tanto é assim, que a partir da Lei 8.178/1991, conforme já

mencionei, passou o Ministério competente a regular diretamente o setor, sem a necessidade de submissão a qualquer critério de levantamento de custos, promovida por terceira entidade, seja privada ou particular.

Ora, se a partir da referida lei a atuação do governo federal gerou dano ao setor sucroalcooleiro, eventual demanda judicial não pode, por decorrência lógica, fundar-se em disposição da Lei 4.870/1965, e sim nos novos atos ministeriais.

Assim, só há pertinência lógica-jurídica em se questionar a fixação de preços no setor sucroalcooleiro, por descumprimento do critério legal previsto no art. 10 da Lei 4.870/1965, durante o período de eficácia dessa norma, ou seja, até o advento da Lei 8.178/1991 (4.3.1991)''

Como se observa da leitura de suas razões, trata-se, evidentemente, de argumento lateral à fundamentação do acórdão. Para examinar sua correção seria necessário o exame da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, providência inviável em sede de recurso extraordinário. Ainda que se lance mão desse argumento para o fim de reconhecer como inconstitucional a intervenção do Estado, seria preciso reconhecer que tal inconstitucionalidade não fora arguida em momento oportuno. Assim, ante a ausência de prequestionamento, seria impossível, por outra razão, conhecer da alegação suscitada pela recorrente.

É preciso, no entanto, prover o agravo para conhecer da alegação sobre a qualificação jurídica do dano. Com efeito, como assentou esta Corte no Plenário Virtual é constitucional a questão relativa à verificação da ocorrência de dano e conseqüente responsabilidade da União pela eventual fixação de preços dos produtos do setor sucroalcooleiro em valor inferiores ao custo de produção.

De fato, no que tange ao critério utilizado para a definição do dano, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça limitou-se a reconhecer, na linha do que assentou o Tribunal Regional Federal, que o "simples critério jurídico (descumprimento da Lei 4.870/1965) não pode servir como parâmetro para definição do *quantum debeatur*" (eDOC 11, p. 32).

Ao assim justificar a qualificação do dano, o Superior Tribunal de

ARE 884325 / DF

Justiça, tal como já se afirmou ao longo desta manifestação, deu exato cumprimento ao disposto no art. 37, § 6º, da CRFB.

Ademais, é preciso assentar que o acórdão do Tribunal Regional Federal não reconheceu ofensa à Lei 4.870/1965. Limitou-se a afirmar que (eDOC 8, p. 138-140):

“Assim quando o art. 10 do mencionado diploma legal [Lei 4.870/1965] determina que o preço da tonelada da cana fornecida às usinas seria fixado, ‘tendo-se em vista a apuração dos custos de produção referidos no artigo anterior’, é certo que o Governo Federal não poderia ter desconsiderado essa exigência legal, e ignorado os dados fornecidos pela Fundação Getúlio Vargas.

(...)

É a teoria do risco administrativo ou da responsabilidade objetiva do Estado, a qual, todavia, admite excludentes de responsabilidade, em caso de culpa do suposto lesado, ou de força maior, não dispensado, por outro lado, a demonstração da conduta do agente, do dano e do nexo de causalidade entre eles”.

Noutras palavras, tanto o acórdão do Tribunal Regional Federal quanto o acórdão do Superior Tribunal de Justiça resolveram a lide sem perquirir eventual responsabilidade da União por ter, em tese, violado disposição legal. Ambos os acórdãos limitaram-se a reconhecer que o regime da responsabilidade civil do Estado prescinde da demonstração da licitude da conduta, mas exige comprovação do dano. É porque não se comprovou a diminuição *in concreto* do bem jurídico apontado, ou, na linha do sustentou o Prof. Fernando Scaff, o princípio da lucratividade, que não se pode afirmar ter havido, *in casu*, responsabilidade da União.

Assim, dando provimento ao agravo interposto em face de decisão que não admitiu o recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Voto pelo desprovimento o recurso extraordinário.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento a ambos os

ARE 884325 / DF

recursos extraordinários.

Para efeitos de fixação da tese, proponho ao Plenário que a questão relativa ao tema 826 seja fixada nos seguintes termos: *“é imprescindível para o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado em decorrência da fixação de preços no setor sucroalcooleiro a comprovação de efetivo prejuízo econômico, mediante perícia técnica em cada caso concreto”*.

Cópia