at. 022/90
Hta
90

22.90

Ives Gandra da Silva Martins

ASPECTOS JURÍDICOS DO PLANO BRASIL NOVO

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Titular de Direito Econômico e
de Direito Constitucional da Faculdade de
Direito da Universidade Mackenzie.

O presente perfunctório estudo sobre o plano Brasil Novo objetiva, não pormenorizar aspectos de legislação ordinária em que as medidas provisórias se transformaram, mas apenas levantar os problemas inerentes à sua constitucionalidade, posto que serão estes os que serão apresentados em futuras discussões perante o Poder Judiciário.

De início, parece-me que o plano, à luz do direito econômico e da Economia, deve vencer alguns desafios, que não são pequenos, a saber:

- 1) corte mais acentuado nas despesas públicas, vinculando-se ao pagamento dos servidores da administração direta e indireta até o limite de

0695-RBE-07.05.90

65% das receitas tributárias líquidas (art. 38 das Disposições Transitórias da lei maior), assim como à exigência de Estados e Municípios pagarem suas dívidas com a União, via compensação de transferências (art. 160 da C.F.). A desestatização ou privatização não precisaria ser encaminhada ao Congresso, que apenas deve manifestar-se obrigatoriamente na criação de estatais, mas reduzido à sua expressão nenhuma o papel legislativo para a extinção (art. 37 inc. XIX). Sem tal corte, fatalmente a inflação voltará de forma mais virulenta, em face do sucateamento de grande parte do parque industrial, paralizado em seu crescimento pelo bloqueio de reservas, queda de produção na indústria pesada e abertura de importações (1);

(1) Os artigos 38 das Disposições Transitórias, 160 e 37 inciso XIX da Carta Magna têm a seguinte dicção:

"Art.38 - Até a promulgação da lei complementar referida no art. 169, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão despender com pessoal mais do que sessenta e cinco por cento do valor das respectivas receitas correntes";

"Art.160 - É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

... segue

2) restabelecimento de confiança na poupança, a fim de que a impaciência de gastar, inata ao ser humano, não supere a oportunidade de poupar, em virtude da falta de credibilidade do Presidente Collor que, tendo prometido não suprimir unilateralmente a dívida interna, atingiu-a com

... (1) § único - Essa vedação não impede a União de condicionar a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos".

"Art.37 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

.....

XIX - somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública".

violência (2). Uma das formas poderia ser a adoção de "operação casada" para novas cadernetas abertas, objetivando liberar cruzados novos antes do prazo, desde que o poupador entrasse em um "jogo de azar" colocando na mesma proporção cruzeiros. Sua dúvida atual se transformaria em certeza, se após o prazo carencial, visse seus cruzados novos liberados;

3) garantia de entrada de fluxo de cruzeiros suficiente para evitar uma depressão ou forte recessão sem que tal entrada de recursos pressione o nível de preços e gere desabastecimento, mercado paralelo, quebra de qualidade dos produtos

(2) O sub-título da obra de Irving Fischer sobre a Teoria do Juro é uma lição pouco refletida pelos economistas governamentais. Está assim veiculado: "Teoria do Juro determinada pela impaciência de gastar e a oportunidade de investir".

e, por fim, inflação (3);

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

(3) Ao ser um dos primeiros críticos do Plano Cruzado, que apresentou idênticos sintomas de consumo localizado, o eminente economista Professor Paulo Rabello de Castro, dos Cursos de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas, ao criticar o plano cruzado, escreve: "O Plano Cruzado não existe, está para ser feito"... "Estamos dormindo dentro de uma nave estrelar, sem navegação. Só espero que, quando acordarmos, no ano que vem, possamos ter a mesma visão sonhada no dia 28 de fevereiro"... "Filosofia é equivocada e preocupante"(O Estado de São Paulo, 10.06.86, pg.29).

insumos utilizados em sua fabricação (4).

(4) Em nosso livro e de Guilherme Balzarotti (Argentina), Milka Casanegra de Jantscher (Chile), Aharon Yoran (Israel) e Walter Rossi Bayardo (Uruguay), intitulado "Adjustments for tax purposes in highly inflationary economies" (editado simultaneamente em Antuérpia-Boston-Frankfurt-Londres-Nova Iorque pela Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985, p.23), escrevi: "The inflationary phenomenon, in the actual world, derives fundamentally from the excessive presence of the State in the economies of the developing countries and from the excessive public expenditure of the developed countries. Inflation is therefore basically a phenomenon which confirms the teaching by Adolfo Wagner, given in the past century, who said that the public expenses have an irreversible tendency of growing.

The "public deficits" originated by excessive official consumption are tormenting the economy of big and small countries. The United States, for example, because of the lack of control of their public deficit, are upsetting the stability of the economies of the developing countries and are troubling the economies of the developed countries as the private enterprises have to fetch the necessary resources on the financial market. Consequently the international rate of interest is being kept at a high level. Thus it is almost impossible to manage the debt service of the greater part of the countries of the third world".

Creio sejam estes os maiores desafios, pelo prisma da economia, para o novo governo.

À luz do Direito, o plano enfrenta sérios problemas, não suscitados até o presente, em face do receio que os cidadãos brasileiros passaram a ter de serem perseguidos pela contestação e também em face da prudência dos Tribunais de apenas concederem liminares ou decidirem questões a favor dos postulantes, em casos de dano irreparável ou prejuízo evidente.

A Suprema Corte, quando na ação direta de inconstitucionalidade interposta pelo Partido Democrático Trabalhista, houve por bem não entender fosse a Medida Provisória 173 manifestamente inconstitucional, o que vale dizer, em tese, não é possível declarar sua inconstitucionalidade, visto que cuida de matéria processual, sobre a qual cabe à União legislar.

Deixaram alguns dos julgadores, todavia, clara a postura jurídica de que aos juízes de 1ª instância, no exame de cada caso concreto, caberia verificar se seria ou não a hipótese de concessão de medida liminar para evitar o dano irreparável. De certa forma, a decisão do Supremo Tribunal

Federal em não conceder a medida liminar, de rigor, representou saudável admoestação ao Presidente Collor, na medida em que não colocou em risco a execução imediata de um projeto de combate à inflação, nem obistou o exame particularizado, caso a caso, por parte dos julgadores de 1ª instância (5).

Já decidira a Suprema Corte na mesma linha, ao não permitir a publicação da lista de devedores da Fazenda Pública, em virtude da vedação absoluta que o artigo 198 do CTN (lei com eficácia de complementar) empresta, reafirmando que a lei ordinária não pode superar as forças de veículo

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

legislativo hierarquicamente superior (6).

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

Há os que entendem que se trataria de empréstimo compulsório. Mas o empréstimo compulsório está sujeito a regras constitucionais e o art. 148 exige que sua instituição se faça por lei complementar, verbis, "a União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios ...".

Assim, ou se trata de confisco, ou de empréstimo compulsório, ou de apropriação pura e simples. Mas apropriação do alheio tem um nome e uma definição no Código Penal".

(6) A decisão lastreara-se em ADIN iniciada pela CNI, alicerçada em estudo meu, onde se lê:

"O que, entretanto, mister se faz realçar é que pela atual ordem constitucional o referido Decreto é incomensuravelmente mais violador da Constituição que o anterior.

...

À evidência, a indicação do Supremo Tribunal Federal e sua postura ao não examinar a matéria para eventual concessão de medida liminar, não

... (6) O referido diploma extrapola as forças de uma lei ordinária de espectro duvidoso.

Reza a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, que: "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito",

com o que não se pode impedir ao contribuinte o direito de ir a juízo discutir, em ação anulatória de débito fiscal, pretensão da Receita Federal imposta em causa própria e em processo administrativo, em que é parte e juiz, ao mesmo tempo.

Ao impedir a empresa de trabalhar, porque lhe fica vedada a atuação, nas mais variadas áreas, principalmente não podendo ter o fluxo de recursos financeiros, é a empresa obrigada a pagar, mesmo que não deva, pois não terá tempo disponível para discutir, com o que se veda de fato o acesso ao Poder Judiciário.

Por outro lado, o artigo 170, parágrafo único interdita a criação de obstáculos ao exercício de qualquer atividade, ofertando no máximo à lei, ... segue

encerrou a questão, tendo todos os Ministros ressalvado a possibilidade de alteração da decisão, quando do julgamento de mérito, após as

... (6) condições de capacitação. Está o artigo, parágrafo único assim redigido: "Parágrafo único - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

Ora, as sanções impostas administrativamente representam verdadeira vedação ao exercício de qualquer atividade às pessoas elencadas na lista da "opinião oficial". A Receita Federal violenta o artigo 170, parágrafo único, representando o decreto referido, clara, cristalina, notória, indiscutível e inequívoca inconstitucionalidade à luz da carta máxima.

Acresce-se o fato de que o artigo 2º cria a possibilidade de a Receita Federal escolher os contribuintes que deseja levar à execração pública, com o que nem todos os "devedores" da Receita serão punidos, permitindo-se que, pelos mais variados motivos, sejam alguns excluídos da lista e outros nela incluídos.

O artigo 5º, inciso I, da CF, proíbe tal tratamento discriminatório, estando o artigo 2º do Decreto e o 5º, inciso I, da Constituição Federal assim redigidos: "Artigo 2º - Nos casos dos ... segue

informações do Ministério Público

... (6) incisos III e IV do artigo anterior, a certidão de quitação será dispensada, em relação aos débitos não inscritos como Dívida Ativa da União, se o nome do interveniente não constar das relações de devedores a serem enviadas, periodicamente, pela Secretaria da Receita Federal, aos órgãos e entidades mencionados nos referidos incisos: Inciso I do artigo 5º - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

Por outro lado, apenas para efeitos deste curto artigo, proíbe o Código Tributário Nacional, por seu artigo 198, que: "Artigo 198 - Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades".

O CTN tem eficácia de lei complementar e torna qualquer lei ordinária que o infrinja inconstitucional, por ferir a hierarquia das normas.

Ora, a divulgação dos nomes dos devedores violenta, de forma cristalina, e dilacera, de ... segue

e da União (7).

... (6) maneira nítida, o artigo 198 do CTN, sujeitando-se, as autoridades que o fizerem, aos riscos das indenizações cabíveis por força do artigo 5º, inciso X, e 37, § 6º da CF., assim redigidos: "X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" "§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

O sigilo que inexiste para o Fisco por força do artigo 197, do CTN, é, todavia, assegurado para terceiros e mesmo assegurado contra o Fisco em relação a profissões cujo código de ética exige sigilo profissional, conforme determina o parágrafo único do referido dispositivo, assim redigido: "Parágrafo único - A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão".

(7) Os Ministros Paulo Brossard e José Celso de Mello concederam a liminar, tendo os Ministros

O certo é que, tanto a Medida Provisória 173, quanto a 182 -que proíbe liminares ou execução de medidas judiciais até o trânsito em julgado das decisões- se não são manifestamente inconstitucionais, são inócuas, posto que não têm o condão de inibir a decisão dos juízes de 1ª instância, os quais, em face de dano irreparável, devem aplicar a Constituição Federal e não aqueles pobres veículos legislativos. É que, nesta hipótese, o mandado de segurança (art. 5º inciso LXIX da Constituição Federal) (8) só se justifica

... (7) Sydney Sanches e Sepúlveda Pertence declarado que só não a concediam por estarem discutindo o "direito em tese", mas que no exame de caso a caso, os juízes deveriam formar a sua opinião, sem levar em consideração a Medida Provisória 173.

(8) O artigo 5º inciso LXIX tem a seguinte dicção: "LXIX. conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

pela concessão de liminar e o juiz, entre o afastamento de uma garantia constitucional e a aplicação de legislação inferior, fatalmente deve optar pela prevalência da Constituição Federal e não da Medida Provisória 182 (9).

(9) O Ministro Antonio Pádua Ribeiro, ao discursar na solenidade de aniversário do Superior Tribunal de Justiça disse ao Presidente Collor, presente, que: "Por isso mesmo começou a funcionar com a naturalidade de velho Pretório, absorvendo as melhores tradições de escorreito exercício da jurisdição, ao inserir-se, na nova ordem constitucional, em posição proeminente. Daí que, na sua atuação, jamais perderá de vista que, como órgão do Poder Judiciário, cabe-lhe, com absoluta limpidez, desempenhar a sua atividade com cívica aversão a tudo que a conspurgue ou comprometa. Convém lembrar que a Constituição em vigor é expressa ao dizer que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O texto é mais amplo do que o anterior, dele resultando de forma cristalina que nenhuma lei, seja ordinária ou complementar -inclusive medida provisória- tem validade se, dispondo sobre o exercício da função jurisdicional, subtrair-lhe do exame a lesão ou ameaça de lesão e direito. No Estado democrático é imperioso que os governantes e os cidadãos estejam sempre imbuídos do sentimento jurídico. O desrespeito à ordem jurídica traz graves consequências, pois desmoraliza o princípio da autoridade, encarnado ... segue

E, se não for o caso de concessão de liminar, porque essa medida exauriria toda a instância judicial -como, por exemplo, o desbloqueio dos cruzados novos sem especial motivo- nesta hipótese pode o julgador decidir apenas e após a recepção das informações da autoridade coatora e a opinião do Ministério Público.

... (9) pelo Executivo, avilta o Poder Legislativo, que exprime os anseios de liberdade do povo, desmoraliza o Judiciário, atingindo a sua razão de existir.

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

No nosso sistema institucional, a garantia jurídica, em última análise, é a concedida pelo Judiciário, Poder independente como os outros dois, com os quais deve atuar harmonicamente. Os lindes dessa harmonia são os definidos na Lei Maior e nas regras de cortesia. No corpo humano, quando os seus órgãos essenciais adoecem toda a sua funcionalidade é abalada. No Estado, quando um ... segue

Desta forma, o aspecto mais polêmico de natureza processual, não impedirá a discussão futura de questões relacionadas ao plano, principalmente se o plano não for bem sucedido, situação em que todos os lesados poderão recorrer à Justiça e pedir a justa indenização, não só da União, como dos administradores do Plano, via União, em ação de regresso, nos termos do artigo 37 § 6º da Constituição Federal (10).

... (9) Poder extravasa o exercício das suas atribuições, o seu âmago é atingido, ensejando o surgimento de graves moléstias seriamente comprometedoras da paz social. Todos recordam-se de que, neste País, até data bem recente, a hipertrofia do Poder Executivo provocou sensíveis desequilíbrios atentatórios às liberdades públicas e impedientes ao fortalecimento das instituições democráticas.

No quadro descrito, o Poder Judiciário, no exercício das suas atribuições, não presta vênias aos demais Poderes, nem deles as recebe, mas apenas à Constituição e às leis que com ela se conformem. Cinge-se a fazer justiça sempre que, concretamente, seja invocada a tutela jurisdicional do Estado".

(10) O artigo 37 § 6º tem a seguinte dicção:

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

O certo, todavia, é que, se for bem sucedido, o próprio plano corrigirá muitas das injustiças praticadas, inclusive com a devolução dos recursos bloqueados devidamente indexados e acrescidos dos juros, restando para um número reduzido de pessoas, prejudicadas patrimonialmente pelo Plano, que pisoteou garantias constitucionais, o direito de pleitear o ressarcimento perante a Justiça pelos danos sofridos.

No concernente às inconstitucionalidades notórias deter-me-ei, também singelamente, sobre apenas seis: a vedação dos empréstimos compulsórios, os efeitos de confisco, a natureza jurídica do imposto patrimonial intitulado IOF, a agressão ao direito de propriedade, a eliminação da livre concorrência e do planejamento indicativo para o setor privado e o tratamento da dívida interna e dos títulos públicos por lei ordinária e não complementar.

A primeira notória inconstitucionalidade é a que diz respeito ao empréstimo compulsório.

Pela Constituição pretérita era admissível tal empréstimo compulsório para absorver temporariamente o poder aquisitivo, objetivando o

combate à inflação de demanda. Não definia, o constituinte suas hipóteses (art. 18 § 3º e 21 § 2º inc. II), mas remetia à lei complementar que as estabelecia, em seu artigo 15, com o seguinte discurso:

"Art. 15. Somente a União, nos seguintes casos excepcionais, pode instituir empréstimos compulsórios:

I. guerra externa, ou sua iminência;

II. calamidade pública que exija auxílio federal impossível de atender com os recursos orçamentários disponíveis;

III. conjuntura que exija a absorção temporária de poder aquisitivo.

§ único. A lei fixará obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate, observando, no que for aplicável, o disposto nesta lei" (11).

(11) Os artigos 18 § 3º e 21 § 2º inciso II da E.C. nº 1/69 tinham a seguinte dicção:

"§ 3º. Somente a União, nos casos excepcionais definidos em lei complementar, poderá instituir empréstimo compulsório";

"§ 2º. A União pode instituir:

....

II. empréstimos compulsórios, nos casos especiais definidos em lei complementar, aos quais se aplicarão as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais de direito tributário".

O hábito de se criarem empréstimos compulsórios -teoricamente retornáveis às mãos dos cidadãos, mas não, na prática- assim como a latitude da expressão "absorção temporária", levou o constituinte a eliminar tal possibilidade da atual lei suprema, com o que apenas 3 panoramas justificam sua imposição -e sempre por lei complementar-, conforme exposto no artigo 148 da CF:

"Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I. para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II. no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b.

§ único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição" (12).

(12) Em meu livro "Sistema Tributário na Constituição de 1988" (Ed. Saraiva, 1990, 2a. ed.) escrevi, às páginas 108 e 109 que:

"O terceiro, não recepcionado pela nova ordem, era de evidente inaplicabilidade à realidade brasileira, visto que a absorção temporária do poder aquisitivo, como forma de combater a inflação de demanda, não se justificava, posto ... segue

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

... (12) que, nessa técnica de controle monetário, o dinheiro retirado de circulação objetiva enxugar o mercado, sendo esterilizado nas burras oficiais, hipótese nunca ocorrida e inocorrível, à luz do déficit público federal.

No Brasil, como os empréstimos a este título não tiveram nem caráter de controle, nem foram destinados à absorção temporária do poder aquisitivo, sempre revestiram de notória inconstitucionalidade, até porque lançados apenas para aumentar a arrecadação de um Tesouro em permanente exaustão, à falta de uma política tributária coerente e de uma lógica política administrativa.

Houve por bem o constituinte eliminar tal tipo de empréstimo, sobre ter sujeitado as espécies de empréstimo previstas no texto à instituição por lei complementar, no que agiu corretamente.

A revogação do art. 15, III, do CTN torna sem sentido a especulação sobre um "calote" interno que tem sido apresentado pelos candidatos à presidência. A moratória, sem concordância do Parlamento, é inócua e inconstitucional, razão pela qual nem este, nem o próximo governo poderão instituí-la sem alterar a Constituição Federal".

E nem se diga, também, que pode a União legislar livremente sobre a moeda, posto que o legislar sobre a moeda não implica o afastamento das garantias constitucionais constantes do artigo 5º da Constituição Federal (13).

A segunda inconstitucionalidade diz respeito aos efeitos de confisco que os futuros leilões de troca de cruzados novos por cruzeiros poderão acarretar, posto que o empréstimo compulsório (uma das cinco espécies tributárias) terá implicado devolução a menor dos ativos financeiros absorvidos temporariamente do mercado. O artigo 150 inciso IV da Constituição Federal proíbe tal expediente, estando assim redigido:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

...

(13) O artigo 22 inciso VI da Constituição Federal está assim veiculado:

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

.....

VI. sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais".

IV. utilizar tributo com efeito de confisco"
(14).

(14) A equipe da Price Waterhouse assim comenta o dispositivo:

"É vedado ao Poder Público utilizar tributo com efeito de confisco.

A proibição ao tributo confiscatório elide a instituição de tributos elevados que, indiretamente, obriguem o contribuinte a entregar seus bens ao Estado, caracterizando destarte o confisco.

Confisco é o ato pelo qual se apreendem e se adjudicam ao fisco bens pertencentes a outrem, por ato administrativo ou por sentença judiciária, fundados em lei (cf. De Plácido e Silva, "Vocabulário Jurídico", Forense, 1973, verbete Confisco).

A proibição de utilizar-se do tributo com efeito de confisco é corolário da garantia individual que assegura o direito de propriedade (art. 5º, XXII). Este princípio é unanimemente aceito pela doutrina brasileira como implícito em todas as Constituições anteriores. A sua explicitação constitucional dentro do Sistema Tributário é novidade no Direito Constitucional Brasileiro e presente em Constituições de outros países" ("A Constituição do Brasil 1988", Price Waterhouse, 1989, pg. 639)

Tais leilões, por outro lado, acarretarão, no diferencial de valor entre cruzados novos e cruzeiros, autêntica desapropriação dos ativos financeiros, sem justa e prévia indenização, o que é vedado pelo artigo 5 inciso XXIV, que a exige, qualquer que seja o bem, imobiliário ou mobiliário. De lembrar-se que o governo leiloará os cruzados dos detentores daqueles ativos, para entregar-lhes cruzeiros, cujo parâmetro, na Medida Provisória 168/90, é idêntico, nem se justificando, como esclarece Alcides Jorge Costa, a afirmação de que tenha havido mudança da moeda, pois o que houve foi mera alteração de seu "nomen iuris", posto que os novos cruzados valem o mesmo que os cruzeiros para o Poder Público.

Está o artigo 5º inciso XXIV, assim redigido:

"XXIV. A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição" (grifos meus) (15).

(15) Celso Bastos ensina:

"De fato, nestes casos o Estado desapropria não porque a propriedade expropriada tenha como que convocado a medida por força do desatendimento de sua função social.

... segue

Por outro lado, o IOF se transformou em autêntico imposto sobre o patrimônio, na medida em que incidirá sobre valores superiores ao valor agregado na operação. Em outras palavras, o IOF não poderia abranger mais do que o valor real da operação, isto é, o agregado pecuniário, dele subtraindo-se a correção monetária (reposição do valor da moeda) e o valor original da operação).

... (15) Portanto aqui, embora não deixe de ocorrer sempre uma violência contra o particular, na medida em que ele perde o domínio do bem, ainda que não desejasse no momento de aliená-lo, além de submeter-se a um preço que talvez não fosse aquele com que se contentaria, se voluntária fosse a alienação, o fato é que esta há de ser justa, prévia e em dinheiro.

Justa significa que ela há de corresponder ao mais completo ressarcimento possível do dano sofrido.

Ela há de corresponder obviamente ao valor de mercado do bem, ao **quantum** necessário para aquisição de outro com características tanto quanto possível idênticas.

Hão de estar presentes, também, os juros, quando houver atraso do pagamento (juros moratórios).

Tem entendido a jurisprudência serem também cabíveis juros compensatórios incidentes no período que vai da imissão provisória na posse até o pagamento" ("Comentários à Constituição do Brasil", 2º vol., Saraiva, 1989, pg.131).

O fato de ter atingido o próprio patrimônio, de tal maneira que a pessoa iniciou a operação com um valor determinado e a concluirá com um valor menor, por força da imposição, representa a criação de inquestionável imposto sobre o patrimônio, proibido no sistema rígido da Constituição brasileira, que apenas permite imposição via uma das 15 formas elencadas nos artigos 153, 155 e 156, e outorga à União competência residual para criar novos impostos, por lei complementar, nos termos do artigo 154 inciso I assim redigido:

"Art. 154. A União poderá instituir:

I. mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição" (16).

(16) Yoshiaki Ichihara preleciona:

"O exercício desta competência que é atribuída à União é conhecida como competência residual.

O veículo para a instituição deste imposto pelo exercício da competência residual tem que ser necessariamente a lei complementar e possuir como característica a não cumulatividade. Este imposto não pode ser idêntico a nenhum dos impostos nominalmente previstos nos artigos 153, 155 e 156.
... segue

Desta forma, percebe-se que, além de ser um inconstitucional imposto sobre patrimônio (a União já tem, em seu elenco, o imposto sobre grandes fortunas, que só pode ser veiculado por lei complementar), nem mesmo poderia ser criado por tal veículo, "ex-vi" da competência residual, em virtude de ter base de cálculo e fato gerador idênticos ao daquele tributo.

... (16) Outra restrição é colocada na Constituição: "... não tenham fato gerador ou base de cálculos próprios dos discriminados nesta Constituição". Isto quer dizer que não pode tomar como fato gerador ou base de cálculo de quaisquer impostos discriminados na Constituição. Neste ponto entendemos que a restrição deve ser interpretada ampliativamente, não podendo, inclusive, ter a base de cálculo e fato gerador coincidentes com a dos empréstimos compulsórios e contribuições "ditas" sociais, desde que pela natureza do seu fato gerador possa ser classificado como da espécie tributária imposto. Aplicam-se integralmente as regras relacionadas com as limitações constitucionais ao poder de tributar, direitos e garantias individuais, destacando-se especialmente: o princípio da anterioridade de lei e o veículo normativo, que obrigatoriamente tem de ser a lei complementar. Em relação ao texto da Constituição anterior, a atual restringiu o campo de tributação residual, uma vez que o imposto além de não cumulativo deverá ser instituído por meio de lei complementar ("Direito Tributário na nova Constituição", Editora Atlas, 1989, pg.135).

Acresce-se que se fosse, não um imposto patrimonial, mas de mera circulação, por ser o imposto superior ao valor agregado, implicaria os mesmos "efeitos de confisco" detectados no exame do empréstimo compulsório, plasmado na Medida Provisória 168.

Outra notória inconstitucionalidade está nas violências aos artigos 170, incisos II, IV, seu parágrafo único e 174, todos assim redigidos:

"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;

...

IV. livre concorrência;

...

§ único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei";

"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" (17).

(17) Sobre o Plano Verão, que padeceu de idênticos vícios, escrevi:

"Ora, o Plano Verão torna determinante para o setor privado planejamento econômico, apenas possível, como imposição, para o setor público, embora, por irônica autocompaixão, não o torne determinante para o setor público.

Leram, as autoridades federais, o artigo 174, às avessas, e colocaram a adjetivação "facultativa" no planejamento do setor público, com desrespeito às promessas feitas, visto que a emissão de moeda continua tresloucada e os reajustes tarifários não foram sustados, como não foram os aumentos de tributos decorrentes da entrada, em vigor, do novo sistema tributário.

À evidência, no momento em que tornaram determinante para o setor privado planejamento econômico que poderia ser apenas indicativo, tanto o Poder Executivo com suas medidas provisórias, quanto o Legislativo com as leis decorrentes, desrespeitaram o texto constitucional, contaminando seus atos normativos do vício insanável de inconstitucionalidade e sujeitando-se a serem responsabilizados perante o Poder Judiciário.

...

A livre concorrência foi eliminada com o congelamento e o tabelamento. A propriedade, atingida pelo bloqueio dos ativos financeiros das empresas e das pessoas físicas. A liberdade de iniciativa e de exploração de atividades independente de autorização do Estado, atropelada

... (17) A violação constitucional não se restringe apenas ao artigo 174.

O artigo 170, assim redigido:

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

.....

IV. livre concorrência;

.....",

faz menção clara à livre iniciativa, como fundamento da ordem econômica, e a livre concorrência como princípio relevante à iniciativa empresarial.

A livre concorrência oferta inequivocamente perfil mais liberal à Constituição atual que a anterior. A livre iniciativa pode existir ao lado de um planejamento econômico severo, obrigatório, determinante para o setor privado. A livre iniciativa exterioriza a possibilidade do acesso aos meios de produção por parte do setor privado, mas não necessariamente à determinação das regras de mercado para a economia. A livre iniciativa pode inclusive, existir em países de economia socialista, na medida em que diz respeito apenas ao acesso ao mercado produtor e não à economia plena de mercado.

...

pelo mais brutal processo de intervenção da história brasileira e, por fim, o planejamento econômico, meramente indicativo para o setor privado, foi transformado na mais agressiva pressão sobre ele, embora continuasse meramente indicativo para o setor público, quando este é que deveria submeter-se a um planejamento econômico obrigatório.

... (17) A livre concorrência, não. Só pode existir, à luz das livres regras de mercado, que passam a ser depuradoras da qualidade e do valor dos bens negociados.

A livre concorrência, pois, não admite congelamento e muito menos tabelamento, pois os dois mecanismos de controle de preços eliminam o preço de mercado para estabelecer um preço governamental.

Ora o Plano verão, ao instituir o congelamento e o tabelamento, à nitidez, afetou a livre concorrência. Todas as empresas nacionais passaram a trabalhar, não concorrendo nos preços, mas "engessadas", na expressão tecnocrática, nos limites oficiais.

Desta forma, também o artigo 170 foi ferido.

As empresas de pequeno porte ainda mais, pois, o tabelamento para aquelas sujeitas a tal agressão à economia faz com que seus preços, mais elevados que os praticados pelas grandes empresas, fiquem fora do mercado.

...

A ordem econômica foi, portanto, nitidamente maculada (18).

... (17) O que a Constituição permitiu, em nível de controle, foi apenas aquela supervisão feita pelo CADE no concernente ao abuso do poder econômico, isto é, o controle repressivo e não o controle normativo" ("A Constituição Aplicada" vol.2, ed. CEJUP, 1990, pgs.154 a 156).

(18) Manoel Gonçalves Ferreira Filho escreve: Essa Missão emprestada à lei resulta de uma concepção bem clara e definida a seu respeito. Para Montesquieu, como para os principais autores da Revolução Francesa, a supremacia da lei é o primado da razão, conseqüentemente da justiça. O Direito, para eles, não é criação arbitrária, fruto de qualquer *volonté momentanée et capricieuse* (De l'esprit des lois, Liv.II, Cap.IV). É a descoberta do justo pela razão dos representantes. Conseqüentemente, "a lei não tem o direito de vedar senão as ações prejudiciais à sociedade" (Declaração de 1789, art. 5º, primeira parte; conf. nosso Do Processo Legislativo, nº 32) ("Comentários à Constituição Brasileira", 5ª ed., Saraiva, 1984, pág. 589).

E a última inconstitucionalidade ("the last, but not the least") reside em ter o Poder Executivo tratado da dívida interna e dos títulos públicos, por lei ordinária, quando a Constituição Federal exige lei complementar, como se pode ler em seu artigo 163:

"Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

...

II. dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;

...

IV. emissão e resgate de títulos da dívida pública" (19).

(19) Walter Ceneviva relembra que:

"Com a colocação forçada de títulos públicos no mercado, com o crescimento do débito público e -por força da maior intervenção do Estado- com o crescimento da despesa pública, houve necessidade de sofisticar o controle, por meio de sistemas mais complexos.

Distingue-se o controle das despesas, feitas em conformidade com verbas que lhe são destinadas, provido pelas controladorias e setores contábeis, do controle do débito público interno e externo, da aplicação dos títulos e bens mobiliários do Estado.

NORMAS CONSTITUCIONAIS GERAIS

A síntese feita se ajusta a normas gerais, que a Constituição remete para lei complementar (art. 163), dispondo sobre finanças públicas, em sentido amplo e mais sobre:

...

Em debate com o eminente economista Márcio Fortes, no dia seguinte ao plano, pela TV Manchete, não me conformei com a sua observação de que as formalidades jurídicas, "de somenos importância", não poderiam inviabilizar o plano. A tese por ele defendida era a de que, nas grandes crises, a Constituição não deveria obstaculizar os grandes remédios, ao que retruquei que se a Constituição, nos momentos de paz social, é desnecessária, porque não há problemas, e, nos de crise, deveria ser afastada para não obstaculizar as soluções, melhor seria caracterizar o país como um "Estado sem Direito", visto que a Constituição seria, utilizando-me do advérbio favorito do Presidente, "rigorosamente" inútil.

... (19) a) dívida pública interna e externa, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público, cujo limite global, consolidado, é fixado pelo Senado (art. 52,VI);

b) concessão de garantias pelas entidades públicas em operações de crédito efetuadas por essas mesmas entidades ou por pessoas de direito privado, com prévia autorização senatorial (art. 52, VIII);

c) emissão e resgate de títulos da dívida pública" ("Direito Constitucional Brasileiro", Saraiva, 1989, pg.257).

As garantias constitucionais existem como uma defesa do cidadão. Não há crise social capaz de eliminar tais garantias. Em plena guerra de Secessão, nos Estados Unidos, o Presidente Lincoln pretendeu suspender os direitos e garantias individuais constantes das Emendas 1 a 10 à Constituição de 1787 e o Parlamento americano não permitiu. A luta contra a desordem econômica não pode nunca ser feita à custa da ordem institucional, risco de se criar instabilidade e insegurança jurídicas, de pior efeito que a solução objetivada.

O plano novo Brasil poderá ser bem sucedido do ponto de vista econômico, mas já é um fracasso do ponto de vista jurídico. Poderia o governo, primeiramente, ter alterado a Constituição para depois executá-lo e não, tê-lo executado por cima da lei suprema, que foi esfrangalhada, dilacerada, violentada (20). Mesmo bem sucedido o plano -e

(20) Escrevi: "O direito, em verdade, é sempre maior do que a lei. Mais do que pensam os legisladores legislar. Mais do que julgam os tribunais interpretar. Mais do que entendem os doutrinadores visualizar, posto que o direito é a própria vida de uma sociedade organizada. E esta vida social normada, se não tender para o justo, se não aprender as lições do passado, se não ... segue

espero que o seja-, depois dele o Brasil já não é mais um Estado de Direito Pleno, podendo, no máximo, ter algumas das violações corrigidas pela ação moderadora do Poder Judiciário. Que o tempo ensine S.Exa., o presidente da República, a respeitar a Carta, que jurou defender no dia 15 de -----

... (20) penetrar no coração do povo, se não refletir as tendências mutáveis e permanentes daqueles princípios maiores que dão estabilidade à sociedade, terminará por gerar crises e por se esfacelar perante valores que a superam, visto que há princípios naturais e supraconstitucionais de direito que determinam a duração dos textos positivos, tornando-os breves, se estes o desconhecem, ou de longa duração, se forem respeitados.

...

O direito como símbolo de uma ordem social justa é aquele que corporifica a razão de ser dos povos e nações, cabendo ao poder integrador de advogados, promotores e magistrados, o seu redimensionamento para as aspirações de Justiça, nunca sem o trabalho pertinente de doutrinadores" ("Comentários à Constituição do Brasil", 1º vol., Saraiva, 1988, pg.103).

Março de 1990 (21).

São Paulo, Maio de 1990.

(21) "Eu sou antitotalitário, por excelência. Prezo a liberdade humana, acima de tudo. Por isso, só admito os regimes em que a liberdade do homem esteja estruturada na lei. A liberdade, para mim, em matéria de doutrinas políticas, é o que eu chamo uma convicção que está para o meu caráter como a pele para o meu corpo. Fora dela, é a morte do espírito" (Lindolfo Collor, em julho de 1942, em entrevista ao semanário "Diretrizes", do Rio. No dia seguinte, foi preso pela última vez; morreu dois meses depois) (os grifos são meus).

-fim-