

CONTAS BANCÁRIAS: INCONSTITUCIONALIDADE DO CONFISCO.

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 90.0003137-0

IMPETRANTE: JOSÉ MAZZOTTI GIRELLI

IMPETRADO: DELEGADO REGIONAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL S/A.

PARECER

1. Caso

Cuida a espécie de ação mandamental visando ao reconhecimento do direito líquido e certo de livre movimentação da totalidade dos saldos de contas-correntes bancárias, apreendidos pelo Banco Central do Brasil, por obra da então Medida Provisória n.º 168/90, que, após tumultuário percurso legislativo e o atropelo das Medidas Provisórias n.º 172/90 e 174/90, resultou na Lei n.º 8.024/90, alterada, por sua vez, pela Medida Provisória n.º 180/90 e, por derradeiro, “revigorada” pela Medida Provisória n.º 184/90.

Argumenta o Impetrante, precipuamente, falecer ao depositório direito de retenção sobre a coisa ou o valor depositados, quer seja civil o depósito, quer comercial. Conforme sua suposição, o bloqueio das provisões pecuniárias, sobre ilegal, é inconstitucional, haja vista constituir inelutável confisco, atentatório ao direito de propriedade, ou, ao menos, empréstimo compulsório erigido ao arripio da *lex legum*.

Consultada a autoridade coatora, em preliminar declarou-se parte ilegítima para a causa, por não ser de sua lavra a regra jurídica atacada, a qual limitou-se a atacar, e, no mérito, patrocinou a constitucionalidade do ato, por exclusão das figuras do confisco e do empréstimo compulsório, sem, entretantes, desvelar sua real natureza jurídica.

A liberação dos fundos, *initio litis*, foi pedida e negada.

2. Legitimidade Passiva

A escusa de ter-se limitado à aplicação da regra jurídica não é bastante para obstar a inserção da autoridade monetária no pólo passivo da ação mandamental.

À primeira, não tendo o administrador vontade própria, se não a da lei, a valer a proposição, esvaziado estaria o remédio heróico. Ao depois, mesmo que de ato legislativo se tratasse, não ficaria imune ao *writ*, pois de há muito se encontra superada a tese restritiva de *CASTRO NUNES* quanto à aplicação do mandado exclusivamente aos atos do Executivo. Em verdade, o espectro do remédio se espria “contra ato de qualquer dos poderes do Estado” (*SIDOU, Othon. Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança, ação popular. As garantias ativas dos direitos coletivos segundo a nova Constituição*. Forense, Rio, 1989, 3.ª ed., p.196).

Cabível a ação, seja quando a autoridade executora da lei age em desacordo com esta, seja quando age de conformidade com lei inconstitucional. Esta última, a tese inicial. No particular, não há que ser olvidada a lição de *CELSO AGRÍCOLA BARBI, verbis*:

“Os órgãos elaboradores da lei não são chamados a julzo, resolvendo-se a controvérsia apenas com o pedido de informações ao autor do ato impugnado. Mesmo que essa autoridade tenha se limitado a cumprir estritamente a lei inconstitucional, esta seria, em relação ao impetrante, apenas a causa mediata da lesão, pois a causa imediata seria o ato da autoridade que aplicou a lei” (*Do mandado de segurança*. Forense, Rio, 1966, 2ª ed., p. 79). Logo, bem endereçada a ação.

3. Confisco

A apreensão dos fundos depositados em conta-corrente, para o Impetrante, constitui confisco, o que entraria em testilhas com os artigos 5º, LIV (“ninguém será privado da liberdade *ou de seus bens* sem o devido processo legal”), 5º, XXII (é garantido o direito de propriedade”), e 150, IV (“é vedado (...) utilizar tributo com efeito de confisco”), Carta da República.

Sem razão o Impetretante. Se é verdade que tanto no confisco como na Lei nº 8.024/90 é prevista a apreensão de bens pertencentes a particular, mediante ato administrativo ou judicial, menos verdadeiro não é que a restituição de tais bens, a prazo certo, prevista nessa, é incompatível com aquele. Segundo bem enfatizado pela autoridade informante, o Impetrante permaneceu como titular e detentor de crédito relativo aos seus depósitos bancários, o que não desfigura seu direito de propriedade. Certo, os poderes enfeixados na propriedade foram drasticamente restringidos, pela temporária impossibilidade de usar e fruir parte de seus fundos e pela possibilidade apenas temporária de delas dispor através da transferência de titularidade. Entretanto, a leitura do inciso XXII, do artigo 5º, da Carta da República, deve ser acompanhada da inciso seguinte, condicionante do direito de propriedade à sua função social. Ora, salta aos olhos mais desavisados que o Plano de Estabilização Econômica, dentro do qual se insere a Lei nº 8024190, encontra-se impregnado de interesse público capaz de se sobrepor ao interesse privado do proprietário de capitais.

Ao nível do direito privado, também não convenceria a alegação de direito adquirido do depositante à pronta restituição do bem entregue. Partindo da hipótese de ser constitucional a lei posterior à celebração do contrato de depósito, segundo imorredoura preleção de *ROUBIER*, por ser de ordem pública, seus efeitos incidiriam imediatamente sobre a relação jurídica de trato sucessivo, sem que isso representasse retroatividade sobre os efeitos já produzidos. É o que demonstra, de forma mais elegante, *VICENTE RAO*:

“Os direitos obrigacionais, em princípio, continuam sujeitos à lei sob cuja vigência se verificaram: *a)* a capacidade das partes; *b)* à idoneidade de causa obrigacional; *c)* a validade da obrigação; *d)* sua resolução; *e)* sua extinção (...); *f)* genericamente, todos os efeitos, mesmo futuros, que das obrigações resultam. Esse princípio vigora para as relações ou direitos obrigacionais nas quais predomina o interesse individual e, a este título, são deixados pela lei à livre determinação da vontade dos respectivos titulares, ou agentes.

Mas, se uma lei posterior passa a atribuir a uma obrigação o caráter, que antes não possuía, de matéria de interesse social predominante, como, por exemplo, sucedeu com os contratos de trabalho na generalidade das legislações, a nova norma jurídica passa a disciplinar os efeitos mesmos dos contratos anterior-

mente constituídos, sem atingir entretanto, nem a existência dos direitos, nem a sua extinção, nem os efeitos já praticados sob o império da lei antiga” (*O direito e a vida dos direitos*. Resenha Universitária, SP, 1977, 2ª ed., pág.382).

Não é demais dizer que, embora sob a égide da antiga ordem constitucional, já decidira o extinto TFR não configurar, o empréstimo compulsório, confisco, haja vista a devolução com atualização monetária, do valor entregue ao Poder Público (D.J. de 4.9.86, v. 06231-01 p.43).

4. Empréstimo Compulsório

Alternativamente ao confisco, o Impetrante sugere que a Lei nº 8.024/90 configure empréstimo compulsório excedente de balisamento constitucional. A autoridade coatora, por sua vez, nega a qualificação, justamente pela inobservância dos requisitos constitucionais traçados para tal espécie impositiva.

Silenciando a lei — e as informações da autoridade impetrada — quanto à real natureza jurídica da apreensão de capitais, cumpre perquirir, de primeiro, se dito mecanismo inova o ordenamento jurídico pátrio. A resposta impõe-se negativa, visto que tal captação forçada de numerário constitui, a preceito, a hipótese de incidência de que trata o artigo 15, inciso VI, do Código Tributário Nacional, a lembrar:

“Art. 15. Somente a União, nos seguintes casos excepcionais, pode se instituir empréstimos compulsórios: (...)

III — Conjuntura que exija a absorção temporária do poder aquisitivo.

Parágrafo único. A lei fixará obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate, observando, no que for aplicável, o disposto nesta Lei”.

Ora, é de hialina clareza a similitude entre tal hipótese legal e os objetivos, não somente da Lei nº 8.024/90, mas de todo o Plano de Estabilização Econômica. Aliás, também nas plagas da ciência econômica a previsão não impressiona, por nova, pois, como bem lembrou *ALIOMAR BALEIRO*, o congelamento do poder aquisitivo, para restringir a procura de bens e serviços, “foi a diretriz advogada por KEYNES em *How to play for the war*, para controle da inflação na 2ª Grande Guerra “Direito tributário brasileiro. Forense, Rio, 1976, 8ª ed. p. 116).

É o mesmo e inexcusável *BALLEIRO* quem, ao caracterizar o empréstimo compulsório, descreve à perfeição, os efeitos da Lei nº 8.024/90:

“No empréstimo forçado, não há acordo de vontades, nem contrato de qualquer natureza. Unilateralmente, o Estado compele alguém, sob sua jurisdição, a entregar-lhe dinheiro, prometendo o reembolso sob certas condições ou dentro de certo prazo”. (*Uma introdução à ciência das finanças*, apud *COELHO SACHA C.N. Comentários à Constituição de 1988*. Forense, Rio, 1990, p.148).

Logo, pretendeu o Executivo Federal — no que contou com o aval do Congresso Nacional — instituir verdadeiro empréstimo compulsório através das Medidas Provisórias 168, 172, 174, 180 e 184, todas do corrente ano. Não convence o argumento da autoridade coatora de que tal regramento jurídico visou apenasmente à troca do padrão monetário, posto que por isso a Nação já passou em cinco oportunidades, sem que em nenhuma delas fosse necessário apreender a moeda extinta.

Resta, pois, indagar se o empréstimo compulsório criado pela Lei nº 8.024/90 afronta à lei maior.

A possibilidade jurídica de tal exação tem sua sede no art. 148 da nova Carta:

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

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

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

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição”.

Como se divisa, a jaça de inconstitucionalidade já sobressai no *caput*, pela exigência genética de lei complementar. E não se argumente que a previsão constitucional estaria acobertada — como no império da Emenda Constitucional n.º 1/69 — pelo CTN, este, lei complementar. Sucede que, ao revés do que ocorria no antigo regime, o novo texto maior ocupa e esgota o espaço descritivo da hipótese de incidência, não remetendo para a lei complementar. Assim, mesmo que de lei complementar se tratasse a Lei n.º 8.024/90, não encontraria justificativa em qualquer despesa extraordinária ou investimento público, únicas hipóteses permissivas do empréstimo público. Por isso, assiste razão a *IVES GANDRA MARTINS*, quando escreve, relativamente ao artigo 15, inciso III, do CTN:

“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 justificaria, posto que, nessa técnica de controle monetário, o dinheiro retirado de circulação objetiva enxugar o mercado, sendo esterilizado nas barras 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 administrativa.

Houve por bem o constituinte eliminar tal tipo de empréstimo, sobre ter sujeito as espécies de empréstimo previstas no texto à instituição por lei complementar, no que agiu corretamente” (*Sistema Tributário na constituição de 1988*. Saraiva, 1988, p.107).

Não bastasse isso, exige o texto maior que a aplicação dos recursos provenientes do empréstimo compulsório seja vinculada à despesa que o justificou, onde, também aqui, claudicaria a Lei n.º 8.024/90, já que o bloqueio visa exclusivamente ao enxugamento da liquidez do mercado, e não ao atendimento de qualquer gasto público.

Destarte, força é concluir pela inconstitucionalidade, em abastança, da Lei n.º 8.024/90, mais precisamente, no particular, seus artigos 5.º, *caput*, e parágrafo 1.º e 7.º, *caput*, inciso I e parágrafo 1.º. Firmemos a premissa de que a ninguém é dado desconhecer a candente necessidade de estabilização econômica da Nação e nem a conseqüente urgência de serem adotadas medidas governamentais nesse sentido. Contudo, o que não pode ocorrer é o espezinamento do jurídico em nome do econômico. A economia não exclui, mas antes pressupõe o Direito. De nada adianta o controle econômico fora do Estado de Direito. As soluções, necessaria-

mente, devem ser descortinadas sem que se ultrapasse o horizonte da legalidade, dentro do balisamento constitucional, árdua conquista da sociedade democrática, após décadas de luta. Ser escravo das leis, sim, para não o ser dos homens

Assim, o *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* opina pela concessão da segurança.

Porto Alegre, 15 de maio de 1990.

LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE
Procurador da República