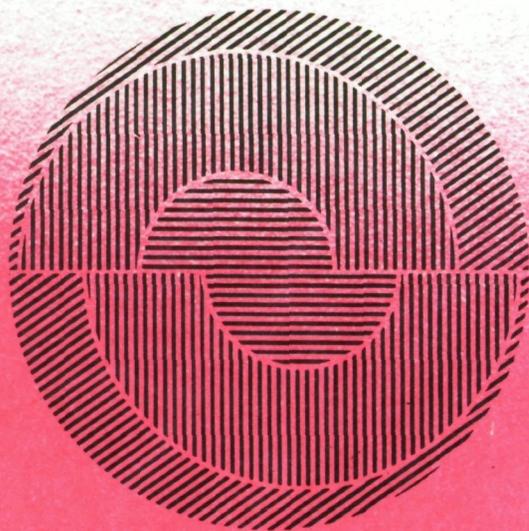


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1992

ANO 29 • NÚMERO 113

Os Empréstimos Compulsórios e a Constituição de 1988

VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA
Doutorando pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo. Advogado

O que o Constituinte quer e a Constituição põe, faz-se.

A Constituição de 1988 atribui à União competência para instituir empréstimos compulsórios (art. 148). Expressamente referida à União — e tão-somente a ela — a possibilidade de instituição de empréstimos compulsórios, segue-se que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão instituí-los. A União pode, isto é, detém faculdade, competência para fazê-lo.

A competência da União para instituir empréstimos compulsórios se faz presente na ocorrência de uma das seguintes situações:

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

2.^a) no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional (observada a vedação de cobrança no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei instituidora ou aumentadora).

Se a União detém competência para instituir empréstimos compulsórios, é preciso verificar como se procede à sua instituição. Lembra-se, de pronto, que a Constituição exige que a instituição ocorra mediante lei complementar. Não bastará que a lei complementar afirme estar instituindo empréstimo compulsório, porque com essa singela afirmação não estará instituindo nada. Instituir é estabelecer; estabelecer é criar o empréstimo compulsório; para criar o empréstimo compulsório é essencial que conste da lei complementar a clara indicação de quem o deve (contribuinte), em que situação e o que deve, inclusive em que montante. O empréstimo compulsório será devido à União (sujeito ativo); isto resultará explícito ou implícito na lei comple-

mentar. O contribuinte do empréstimo compulsório deverá estar expressamente indicado na lei complementar instituidora; nenhuma pessoa (física ou jurídica) estará obrigada a ele, por outro meio. Da mesma forma, a situação eleita como aspecto material do fato gerador deverá estar devidamente configurada na lei complementar. O montante do empréstimo compulsório também há de resultar diretamente da lei complementar, que conterà os fatores para sua quantificação (base de cálculo e alíquota) ou seu valor já fixado. Se o montante do empréstimo compulsório for determinável por quantificação, a lei complementar deverá necessariamente estabelecer sua alíquota e base de cálculo, pois que, não sendo adivinháveis, se não estiverem presentes, não se poderá determiná-las. O como, o onde e o quando recolher vão além do estritamente necessário à instituição do empréstimo compulsório; se presentes na lei complementar, hão que ser entendidos — nessa parte — como disposições de lei materialmente ordinária e por lei ordinária alteráveis; se ausentes, na lei complementar, poderão portanto receber tratamento em lei ordinária; se ausentes, ainda, em lei ordinária, poderão ser objeto de atos do Poder Executivo na sua função de dar fiel cumprimento à lei.

Note-se: o empréstimo compulsório não será cobrado conforme a lei, simplesmente; a Constituição de 1988 exige mais: o empréstimo compulsório será estabelecido pela lei complementar. O ser estabelecido por lei (complementar, no caso) aproxima o empréstimo compulsório dos tributos, que são prestações estabelecidas pela lei.

Então se coloca a seguinte questão: os empréstimos compulsórios são tributos?

JOSÉ AFONSO DA SILVA entende que a Constituição de 1988 não submeteu o empréstimo compulsório ao conceito de tributo; o empréstimo compulsório, para ele, seria uma forma de contrato de empréstimo de direito público¹. GERALDO ATALIBA é de opinião que o art. 148 da Constituição “deixa claro que empréstimo compulsório é tributo”, justificando sua posição com a inserção do preceito “no título, no capítulo e na seção tributária da Constituição”². Para ROQUE ANTONIO CARRAZZA

1 *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, pp. 590 e 591.

2 “Sistema Tributário na Constituição de 1988”. *Revista de Direito Tributário* nº 51, jan./mar. 1990, p. 151.

“os empréstimos compulsórios são, em tudo e por tudo, verdadeiros tributos” porque “engastados no capítulo da Constituição que em nome “do Sistema Tributário Nacional”, devem obedecer ao regime jurídico tributário” e ainda correspondem à noção genérica de tributo contida na Constituição e “à definição de tributos que o art. 3.º do CTN nos oferece”³. Conforme PAULO DE BARROS CARVALHO, os empréstimos compulsórios têm “índole tributária”, porque “satisfazem, plenamente, as cláusulas do Código Tributário Nacional” e estão topologicamente colocados no Capítulo I do Título VI da Constituição Federal, podendo “revestir qualquer das formas que correspondem às espécies do gênero tributo”⁴.

Veja-se: em sede constitucional os empréstimos compulsórios estão topograficamente localizados no capítulo reservado ao Sistema Tributário Nacional. Além disso, já foi apontada aquela afinidade de serem os empréstimos compulsórios, como os tributos, prestações estabelecidas na lei (complementar, no caso). Isso tem levado muitos estudiosos a apontarem a natureza jurídica de tributo aos empréstimos compulsórios. Mas — parece — que tais indícios, por mais ponderáveis que sejam, não são suficientes para apontar a natureza jurídica de tributo aos empréstimos compulsórios, pois que outras indicações levam também em diversa direção, como se pretende demonstrar.

O art. 145 da Constituição de 1988 classifica os tributos em impostos, taxas e contribuições de melhoria. Não arrola, entre tais, os empréstimos compulsórios. Mas, na medida em que os empréstimos compulsórios, desde que estabelecidos por lei complementar, poderiam tomar a forma exterior (não a intrínseca) de uma dessas espécies de tributos (até mesmo como um adicional delas, em certas circunstâncias), o argumento de que não se encontram expressamente relacionados, ao lado daquelas, poderia não parecer de todo determinante. O argumento não seria determinante como não é também o de que, por estarem os empréstimos compulsórios previstos no capítulo constitucional reservado ao Sistema Tributário Nacional, se poria pá de cal sobre a discussão (seria tributo e ponto final), pois que tal não basta, eis que — por hipótese — poderiam figurar no mesmo espaço com expressa ressalva

3 *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 282.

4 *Curso de Direito Tributário*, 4ª edição, 1991, p. 27.

no sentido de que “os empréstimos compulsórios, mesmo não sendo tributos, disciplinam-se pelo regime a estes aplicável, em tudo que for compatível”.

Afirmo que a localização topográfica de um instituto dentro de um livro, capítulo, seção ou qualquer divisão apartada de lei ou da Constituição pode contribuir na identificação do regime jurídico a que se submete; pode contribuir, mas não identifica necessariamente.

Mandando expressamente seja observada a vedação de cobrança no exercício financeiro em que haja sido publicada a lei complementar que tenha instituído ou aumentado o empréstimo compulsório que se destine a caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, não ficaram, contrariamente, os empréstimos compulsórios submetidos a diversos outros princípios a que estão submetidos os tributos. Fossem tributos os empréstimos compulsórios, como previstos na Constituição de 1988, e seria preciso entendê-los, entretanto, como excepcionados da generalidade dos princípios e normas de imposição aplicáveis aos tributos. Este me parece ser o ponto decisivo para identificação da natureza jurídica dos empréstimos compulsórios, conferida pela Constituição.

Entendo, portanto, que os empréstimos compulsórios, como previstos na Constituição de 1988, não são tributos. Não se trata de mera questão acadêmica, posto que a identificação de sua natureza jurídica, com o enquadramento em determinado regime jurídico, leva a diferentes conseqüências. Assim, de conformidade com o § 3.º do art. 155 da Constituição Federal de 1988, à exceção dos impostos sobre a) operações relativas à circulação de mercadorias; b) importação de produtos estrangeiros; c) exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; e d) vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, exceto óleo diesel, “nenhum tributo incidirá sobre operações relativas a energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais do País”. Se entendidos como tributos, os empréstimos compulsórios não poderiam incidir sobre tais operações, mas, como entendo que tributos não são, concluo que podem incidir sobre aquelas.

Na ordem infraconstitucional, tem-se também que “o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho” (art. 186 do Código Tributário Nacional). Não sendo tributário o crédito

relativo aos empréstimos compulsórios, segue-se que não lhes aproveita a mencionada preferência. E assim por diante.

Na vigência da Constituição anterior, manifestei entendimento de que os empréstimos compulsórios eram tributos, porque a eles se aplicavam “as disposições constitucionais relativas aos tributos” (e, assim, tributos eram) ⁵. Não mudei de opinião, mas mudou a Constituição e penso que com ela a disciplina dos empréstimos compulsórios. O que o Constituinte quer e a Constituição põe, faz-se.

Desse modo, as considerações feitas em torno do empréstimo compulsório diante da antiga ordem constitucional têm que ser tomadas com a devida cautela, para não se incorrer no erro de se deixar de ver as mudanças operadas pela Constituição de 1988. Sem embargo, os estudos procedidos antes da *Constituição atual conservam importância naquilo que possam iluminar a compreensão do instituto.*

Se não é tributo o empréstimo compulsório, o que seria então?

A resposta terá que ter presente a Constituição de 1988, que o rege. Respondo: o empréstimo compulsório é prestação pecuniária (compulsória), estabelecida em lei complementar, que não constitui sanção de ato ilícito e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada que em muito se assemelha aos tributos, mas que tributo não é porque a Constituição o quis, nisso, distinto. Parece, mas não é. A Constituição, que tudo pode, poderia ter dito expressamente: “os empréstimos compulsórios, que em muito se assemelham aos tributos, tributos não são, porque, assim, não se quer”; não o fez expressamente, mas poderá tê-lo feito — como entendo — implicitamente, como se vê de seu conceito, obtido de interpretação sistemática.

Pessoa minimamente atenta terá notado que, para a definição do conceito de empréstimo compulsório, segundo a Constituição de 1988, tomei em boa medida do art. 3.º do Código Tributário Nacional. Antes que seja acusada aparente incoerência, apresso-me em acrescentar que nem tudo que caiba naquela definição do Código será tributo; tributos serão apenas os impostos, taxas e contribuições de melhoria, em sentido estrito, e não

5 “Regime Jurídico do Empréstimo Compulsório”. *Diário Comércio & Indústria* de 16 e 19 de agosto de 1986, pp. 21 e 14, respectivamente.

exações outras, como empréstimos compulsórios e contribuições parafiscais, que, por si sós, caberiam naquela definição. Tributos, entre nós, são as exações que a Constituição conceitua como tais.

Não sendo tributos os empréstimos compulsórios, tem-se como consequência que o legislador da União conta com massa de manobra maior na eleição do aspecto material de seu fato gerador, podendo mesmo tomá-lo ou não dentre aqueles inscritos na competência tributária nominada da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, para a instituição de impostos, taxas e contribuições de melhoria. Não se deve entender que isso seja demasiado, a ponto de se colocar sob risco a segurança jurídica. A preservação da segurança jurídica fica garantida pela exigência de lei complementar, mediante a qual a União poderá instituir empréstimos compulsórios.

A lei complementar exige maioria absoluta para sua aprovação, isto é, a "constituída a partir do primeiro número inteiro acima da metade"⁶ dos membros do Congresso Nacional, enquanto que a lei ordinária exige apenas maioria simples (o que leva em conta os membros presentes à sessão em que se delibera).

De outro lado, a segurança jurídica fica preservada também na medida em que se abre porta não muito larga para a instituição de empréstimos compulsórios, isto é, apenas para: 1.º) atender a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; 2.º) no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional. Finalidades, aliás, que, atendidas, correspondem aos anseios da segurança jurídica e de outros valores constitucionalmente colocados.

O empréstimo compulsório para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência, não se submete à vedação de cobrança no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o institua ou aumente. Não é qualquer despesa extraordinária que possibilitará a instituição de empréstimo compulsório, mas apenas a que decorra das situações indicadas. O conceito de

⁶ Conforme JOSÉ AFONSO DA SILVA: *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, p. 84.

calamidade pública pode ser elaborado a partir do próprio texto constitucional: calamidades públicas são especialmente as secas e as inundações (art. 21, XVIII). As calamidades públicas decorrem dos fatos da natureza (*caput* do art. 136); a Constituição não se compadece com a tomada da expressão em sentido figurado (do tipo: “a política econômica anterior foi uma calamidade pública, então se institui empréstimo compulsório”). É preciso ver também que o empréstimo compulsório para atender a despesas extraordinárias tem em si enraizado o limite global da arrecadação que deve proporcionar, isto é, o das despesas extraordinárias (que deve ser observado o mais aproximadamente possível). Não agride ao ordenamento jurídico constitucional que a lei complementar eleja como contribuintes pessoas domiciliadas na área atingida pela calamidade, se aquelas estiverem em condições de suportá-lo, pois, em princípio, o empréstimo compulsório se destinará a atender a despesas extraordinárias decorrentes da calamidade (necessidades públicas de atendimento à população em geral, direta ou indiretamente), mas será aceitável que sejam excluídas da exigência pessoas domiciliadas na área, à discricção do legislador complementar, desde que não se estabeleça favoritismos (art. 5.º da Constituição de 1988).

O empréstimo compulsório no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional terá que ser instituído mediante publicação de lei complementar num exercício para cobrança em subsequente. Ainda que urgente, há que se coadunar com a exigência constitucional de que o legislador diligencie, garantindo o contribuinte com a não-surpresa. A urgência e a relevância nacional do investimento ficam à discricção do legislador complementar. O limite global da arrecadação do empréstimo compulsório destinado a investimento público está relacionado com o total de recursos previstos como necessário.

Os empréstimos compulsórios são prestações a serem devolvidas aos contribuintes. No caso de empréstimo compulsório para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência, será razoável pretender-se sua devolução, no todo ou em parcelas substanciais, a partir do exercício financeiro seguinte àquele em que superadas as causas das despesas extraordinárias e de previsão orçamentária possível em tempo hábil. Relativamente ao empréstimo compulsório no caso de investimento público de caráter urgente e de rele-

vante interesse nacional, as devoluções não de ocorrer a partir do momento em que os investimentos começarem a apresentar resultados, rendas ou lucros (com os quais se fará restituição). Se não houver, ou enquanto não houver, resultado positivo — e dizer investimento importa identificar negócio, risco —, não haverá o que devolver, a menos que da lei conste previsão de devolução, independentemente de resultados. Significa isso que o empréstimo compulsório poderá chegar ao ponto de nunca ser devolvido, em caso de absoluto fracasso do investimento?

A resposta é pela negativa.

A União promove o investimento de caráter nacional e é a investidora, de direito e de fato, com os recursos tomados do mutuante-contribuinte. Enquanto houver possibilidade de se obter resultado satisfatório com o investimento, em tese ter-se-á que aguardar ocasião propícia à devolução, mas se o investimento fracassar por inteiro surgirá o direito à devolução do empréstimo compulsoriamente feito, por seu valor atualizado.

É fato que o parágrafo único do art. 15 do Código Tributário Nacional prevê que “A lei fixará obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate”. Acontece que, como o empréstimo compulsório é instituído por lei complementar, esta poderá alterar aquela disposição. Além do que a disposição do CTN não tem a força de obrigar o legislador.

Quanto aos juros, não é de rigor que sejam conferidos ao mutuante-contribuinte, a menos que lei os estabeleça.

Acrescente-se que “Nenhum investimento que ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia indicação no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade” (§ 1.º do art. 167 da Constituição), e, assim, será razoável que a arrecadação também se faça proporcional e contemporaneamente às necessidades de investimento.

De todo modo, “A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição” (parágrafo único do art. 148 da Constituição de 1988). Arrecadação demasiada há que ser pronta e proporcionalmente devolvida naquilo que exceda às despesas extraordinárias efetivas ou ao investimento realizado.