

A ambição do Supremo e o Plano Real

Joaquim Falcão

O começo é a metade de tudo

O constitucionalismo de realidade

Por dentro do Supremo

As Cláusulas Pétreas

As palavras vazias

Em outros países

O Arsenal

Rio de Janeiro, 2017

A ambição do Supremo e o Plano Real¹

O começo é a metade de tudo

Na sessão de 17 de Março de 1994, na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, Fernando Henrique Cardoso, o então Ministro da Fazenda explicava:

“No ano passado, a Comissão de Orçamento tomou a decisão de refazer o Orçamento –refiro-me à 93 – tendo em vista que achávamos e mostramos que não haveria condições de uma execução minimamente razoável, em termos de obtenção de algum equilíbrio nas contas, se não fizéssemos também um esforço de contenção de gastos”.²

“Propusemos conter os gastos e, ao mesmo tempo, a não utilizar mecanismos de contingenciamento de tal maneira que embora reduzindo o montante da verba despendida, isso seria compensado pela oportunidade que seria utilizada na despesa”.³

E, finalmente:

“Assim procedemos até novembro, quando, por decisão do

¹ Agradeço à Laura Osório e Julia Cani pela grande contribuição nas pesquisas. À Paulo Augusto Franco, Jorge Hilario Gouveia Vieira, Thomaz Pereira e Diego Werneck Arguelhes pela leitura prévia e sugestões.

² Discurso de Fernando Henrique, o Ministro da Fazenda, na Comissão Assuntos Econômicos do Senado, em 17 de março de 1994. Diário do Congresso Nacional (Seção li). Sexta-feira 18 de março de 1994. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=6789&seqPaginaInicial=1&seqPaginaFinal=96>>. Acesso em: 15.01.2017.

³ Discurso de Fernando Henrique, o Ministro da Fazenda, na Comissão Assuntos Econômicos do Senado, em 17 de março de 1994. Diário do Congresso Nacional (Seção li). Sexta-feira 18 de março de 1994. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=6789&seqPaginaInicial=1&seqPaginaFinal=96>>. Acesso em: 15.01.2017.

completar o Orçamento com recursos do IPMF, o que nos obrigou, no último bimestre do ano a contingenciar o dispêndio”.⁴

Aqui começa a presença do Supremo no Plano Real.⁵

Era o muito começo.

“O Ministério da Fazenda perseguia a consolidação fiscal mesmo antes da posse de Fernando Henrique Cardoso como Ministro da Fazenda, com a adoção de importantes medidas. Aproveitando o processo de aprovação simplificada de emendas constitucionais de revisão após cinco anos de vigência da Constituição Federal, o Ministério da Fazenda havia conseguido incluir importantes mudanças na Emenda Constitucional nº 3, promulgada em 17/3/93: a criação do Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF) ...”⁶, narrou Murilo Portugal, então de Secretário do Tesouro Nacional.

A tentativa de fazer o ajuste fiscal antes do lançamento do plano era objetivo da nova equipe econômica. O IPMF, instrumento privilegiado e bem-vindo.

A inflação estava em 43% ao mês. A sessão na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado era importante.

Afinal, o novo Plano Real iria depender da conversão voluntária pelo mercado e da renegociação de contratos e preços. Evitando tablitas e congelamento que estimulariam milhões de ações judiciais. Muitas até hoje penderes.

⁴ Discurso de Fernando Henrique, o Ministro da Fazenda, na Comissão Assuntos Econômicos do Senado, em 17 de março de 1994. Diário do Congresso Nacional (Seção li). Sexta-feira 18 de março de 1994. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=6789&seqPaginaInicial=1&seqPaginaFinal=96>>. Acesso em: 15.01.2017.

⁵ FALCÃO, Joaquim. O Supremo e a Revisão. In: FALCÃO, Joaquim. O Supremo. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, 2015, pp. 153-155.

⁶ PORTUGAL, Murilo. Política Fiscal na Primeira Fase do Plano Real 1993-1997. In: BACHA, Edmar (org.). A Crise Fiscal e Monetária Brasileira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

Impor, sem convencer, é mais caro e arriscado.

Construía-se a credibilidade do Plano Real que viria em seguida. Todos estavam lá.

Mário Henrique Simonsen, com sua ironia matemática. Eduardo Suplicy, defendendo seu sonho de renda mínima. Maria da Conceição Tavares. Paulo Nogueira Batista. Todos atentos.⁷

Edmar Bacha e Gustavo Franco também.

Discutia-se o plano de estabilização, antes mesmo da implantação da unidade real de valor (URV) e transformação da URV em Real.

Mas já se praticava a estratégia básica. Conquistar, - políticos, lideranças econômicas, mercado e sociedade - aliando-se técnica econômica, transparência pública e legitimidade política.

Era preciso equilibrar receita e despesa da União e dos estados. Como sempre. Até hoje.

Lawrence Summers, então Subsecretário para Assuntos internacionais do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, receava a presença do Supremo.

“Larry” comentou em carta que boa parte do sucesso no aumento da arrecadação era devido ao imposto sobre transações financeiras e alertou para o fato de que mesmo que o Supremo Tribunal Federal declarasse constitucional o

⁷ Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, em 17 de março de 1994. Diário do Congresso Nacional (Seção II). Sexta-feira 18 de março de 1994. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=6789&seqPaginaInicial=1&seqPaginaFinal=96>>. Acesso em: 15.01.2017.

IPMF, “novas fontes de receita provavelmente terão de ser consideradas”.⁸

O que acontecera?

O Congresso aprovara e sancionara o novo imposto – IPMF - através da Emenda Constitucional n.3. Mudou a constituição. Sancionou. Publicou no Diário Oficial. Entrou em vigor.

Mas o novo imposto não pôde ser cobrado.

Fernando Henrique, segundo Bacha, em outra oportunidade revelara que os advogados lhes eram sempre pedra no meio do caminho: “Não aguento mais isto porque os advogados terminavam dizendo que era tudo inconstitucional...”⁹

Diziam. Mas, desta vez , acabou sendo.

Benon Peixoto da Silva foi um dos advogados que representou a Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC, em uma ação direta de inconstitucionalidade no Supremo.

Os argumentos foram: a cobrança imediata do IPMF feria o princípio da anualidade, ou da anterioridade fiscal, bem como os princípios da não cumulatividade, do equilíbrio orçamentário, da capacidade contributiva e da vedação da bitributação do contribuinte.¹⁰

Ganhou.

⁸ Do PRADO, Maria Clara. Real História do Real: Uma Radiografia Da Moeda Que Mudou O Brasil. Rio de Janeiro: RECORD, 2005, p. 153.

⁹ Mesa redonda sobre os 20 anos da criação do Plano Real, suas consequências e perspectivas para o futuro da economia brasileira. Participação de Edmar Bacha, Gustavo Franco e o jornalista Guilherme Fiuza. Debate publicado em 26 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=goGwxH_TcrA>. Acesso em 10.01.2017.

¹⁰ Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 939 – DF. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento em 15.12.1993.

O futuro Plano Real começava perdendo.

O problema foi a pressa. Não dos legisladores, nem do Supremo, mas do Tesouro que se esvaía. Era preciso estancar o déficit. Criar e cobrar o IPMF no mesmo ano de 1993.

Por isto a Emenda n. 3 previu expressamente que ao novo imposto não se aplicaria o princípio da anterioridade fiscal:

Art. 2: (...) § 2.º Ao imposto de que trata este artigo não se aplica o art. 150, III, b, da Constituição, em que é vedada a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

A cobrança não esperaria entrar em vigor em 1 de janeiro de 1994. Mas cerca de 127 dias antes, em 24 de agosto de 1993.

A disputa constitucional por estes 127 dias mudaria o equilíbrio dos poderes. Até hoje.

O imposto em si não foi considerado inconstitucional. Mas a pressa de sua cobrança, sim.

Foi a pressa, poderia ter dito Tecio Lins e Silva, que acordou o monstro por dentro. Despertou a ambição do Supremo.

Aldous Huxley disse certa vez, em Apipucos, no Recife, na varanda da casa grande de Gilberto Freyre, que o Brasil era apenas um país improvável. O Supremo parecia concordar.

O que seria um problema apenas micro jurídico - a constitucionalidade ou não de um prazo fiscal -, transformou-se em problema macro jurídico - o desequilíbrio dos poderes da República.

É melhor contar logo a história. E suas inesperadas consequências.

O Supremo ficou mais. O Congresso e o Executivo ficaram menos.

O constitucionalismo de realidade

Para decidir se o IMPF feria ou não o princípio da anterioridade fiscal, o Supremo se deu, logo no deferimento de medida cautelar¹¹, questão maior.

Pode a constituição, ou parte já integrante dela, ser pelo Supremo considerada inconstitucional, em nome da própria constituição?

Ou seja, uma nova norma incluída na constituição por uma emenda, mesmo que aprovada pela Câmara e Senado, seguindo rito constitucional, promulgada, publicada no Diário Oficial, já integrando a constituição e produzindo efeitos constitucionais, pode ser declarada inconstitucional? O Supremo tem o poder de tanto limitar o Congresso? ¹²

Parece, no mínimo, contradição. A constituição ser e não ter sido ao mesmo tempo.

Para o Executivo e para o Congresso, a cobrança imediata era constitucional. Aliás, já era constituição. Para o Supremo, não.

Votou assim Marco Aurélio, ministro indicado por Collor:

¹¹ Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 939 – DF. Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento em 15.09.1993.

¹² Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 939 – DF. Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento em 15.12.1993.

“Tenho que, pelo ângulo do sinal do bom Direito, deve a Corte caminhar no sentido da suspensão do preceito no que transgride a norma proibitiva de emendas que suprimam direitos e garantias individuais”.¹³

Mas esta não é apenas uma questão de formalismos constitucionais. Longe disto. É preciso ler a realidade do Brasil, antes de ler o texto da constituição.

Para a teoria do constitucionalismo de realidade, que indaga sobre a origem e as consequências do formalismo legislativo e judicial, e seu impacto por exemplo na política econômica, o que o Supremo iria decidir era: quem detinha a competência última para mudar a constituição.

O Congresso, representante direto dos eleitores? Ou ele próprio, representante indireto?

Clara disputa entre os poderes da República.

O poder constituinte originário foi do Congresso e dos que escreveram a constituição em 1988. A história não pode voltar. Isto é pacífico. Mas e o poder constituinte derivado? Aquele que pode reformar a constituição. De quem seria?

A resposta repercute até hoje.

Quatorze anos depois a história se repete.

O Supremo terá de se manifestar sobre a emenda constitucional n.95, que instituiu o novo regime fiscal, ou sobre a proposta de emenda que visa implementar a reforma da previdência. Ambos os assuntos foram levados

¹³ Voto do Min. Marco Aurélio na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 939 - DF. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento em 15.12.1993.

ao tribunal com o argumento de que violariam cláusulas pétreas.

Este caminho aberto em 1993 aumentou a incerteza judicial que estará embutida, daí em diante, em qualquer decisão do Congresso Nacional sobre emendas à constituição. O Supremo se deu a competência de gerir mais uma incerteza que ele mesmo criou.¹⁴

Além de poderoso intérprete da constituição, o Supremo passou a ser poderoso fazedor de nova constituição.¹⁵ Constituinte derivado, aquele que determina o que pode mudar, ou não, na constituição.

Passou a deter dois instrumentos “técnico-jurídicos” para mudar a constituição: (a) interpretar seus artigos e (b) proibir ou permitir novos artigos.

O palco iluminado da política brasileira subiu à cabeça do Supremo.

Para o bem ou para o mal.

Não é difícil seguir a argumentação formalista que pretende legitimar esta ascensão.

Por dentro do Supremo

¹⁴ FALCÃO, JOAQUIM. O Supremo, a Incerteza Judicial e a Insegurança Jurídica. Journal of Democracy, 2016. Disponível em: <<http://www.journalofdemocracy.org>>. Acesso em: 20.01.2017.

¹⁵ Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro sobre o tema escreveram “Isso equivale a dizer que o STF é copartícipe, junto do constituinte de 1988, da tarefa de definir as estruturas constitucionais básicas do país – incluindo, portanto, o próprio poder do tribunal. Se isso é verdade, então o STF também tem o poder de interpretar, em última instância, o alcance de suas próprias competências, dotando a si próprio de uma decisiva margem de manobra para influenciar as condições da sua participação na política. ARGUELHEES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. Revista Direito GV. São Paulo. V. 12. N. 2. Pp. 405-440. MAI-AGO, 2016.

O Ministro Ilmar Galvão, levado ao Supremo pelo presidente José Sarney votou:

“Assim sendo, tenho por perfeitamente plausível a tese de que a emenda constitucional sob apreciação (IPMF), bem como a lei complementar que a regulamentou, padecem do vício capital da inconstitucionalidade, no ponto em que afrontam o princípio irredutível da anterioridade”.¹⁶

Votou o relator, Ministro Sydney Sanches, indicado pelo Presidente João Baptista Figueiredo:

“Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição. A Emenda Constitucional n. 3 (...) incidiu em vício de inconstitucionalidade”.¹⁷

O governo foi pego de surpresa?

Acho que não. Afinal, em nenhum momento a constituição diz textualmente que o princípio da anterioridade é protegido constitucionalmente. Não existia precedente.

Mais ainda. Na maioria dos países, a data de entrada em vigor de um imposto é estabelecida em lei infraconstitucional.

Criar imposto, a história revela, é sempre risco político. A ambição guerreira do Rei João da Inglaterra, João Sem Terra, o levou a perder poder para os barões pelo tratado de 1215,

¹⁶ Voto do Min. Ilmar Galvão na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 939 – DF. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento em 15.12.1993.

¹⁷ Voto do Ministro Relator Sydney Sanches na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 939 – DF. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento em 15.12.1993.

a Carta Magna. A derrama estimulou também, na primeira metade do século XVIII, a Inconfidência Mineira.

No mesmo século, o princípio de *no taxation without representation* estimulou a independência dos Estados Unidos (1776). Sem falar na Revolução de 1817, que levou pernambucanos exaustos de pagar as despesas cariocas da Corte d. Joao VI, a quererem se separar do Brasil.

Mas do ponto de vista de proteção dos contribuintes, do prazo fiscal como direito de garantia, a cobrança do IPMF não parecia impor danos adicionais.

Afinal, se o imposto tivesse sido criado depois, em dezembro de 1993, e não em 24 de agosto, poderia ter sido cobrado em apenas 32 dias, em 1 de janeiro de 1994. Muito antes dos 127 dias.

Matematicamente não havia dano.

Foi uma decisão gregoriana diria Regis Bonelli.

Espero que esteja claro um argumento central. O Supremo, inesperadamente e sem precedentes, nacionais ou internacionais, deu vida a um dispositivo que os constituintes de 1988 inseriram na constituição. E até então permanecia em sossego. Ao lhe dar vida, aumentou-se a si próprio. Acordou sua ambição de deter a palavra final no que diz respeito a políticas públicas.

Se foi algo que os ministros fizeram deliberadamente ou não, é secundário. Mas as implicações do que estavam fazendo, deviam estar claras ao menos para alguns deles.

Não é difícil seguir o raciocínio do Supremo.

As Cláusulas Pétreas

Qual artigo da constituição garante a inviolabilidade do princípio da anterioridade fiscal?

O Ministro Néri da Silveira revelaria:

“A emenda constitucional só pode ser declarada inconstitucional quando ela ferir uma cláusula pétrea da Constituição. (...) A Constituição de 88 ampliou as cláusulas pétreas (...) abriu-se um leque: o voto direto, o voto secreto, os direitos, garantias individuais, tudo isso (...) possibilitou ao Supremo Tribunal Federal (...) um exame bem mais amplo da atividade parlamentar, inclusive nisso que ela tem de mais nobre, que é exatamente reformar a Constituição”.¹⁸

A pedra no meio do caminho do IPMF eram as cláusulas pétreas. Mas o que são cláusulas pétreas?

São as do artigo 60, §4º:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda (constitucional) tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

¹⁸ Entrevista concedida pelo Ministro Néri da Silveira ao História Oral do Supremo, Projeto da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas Rio de Janeiro. Páginas 92 e 93. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13570>>. Acesso em 10.01.2017.

Para entender a força indomável das cláusulas pétreas, permitam dois minutos de teoria constitucional, digamos, ortodoxa.

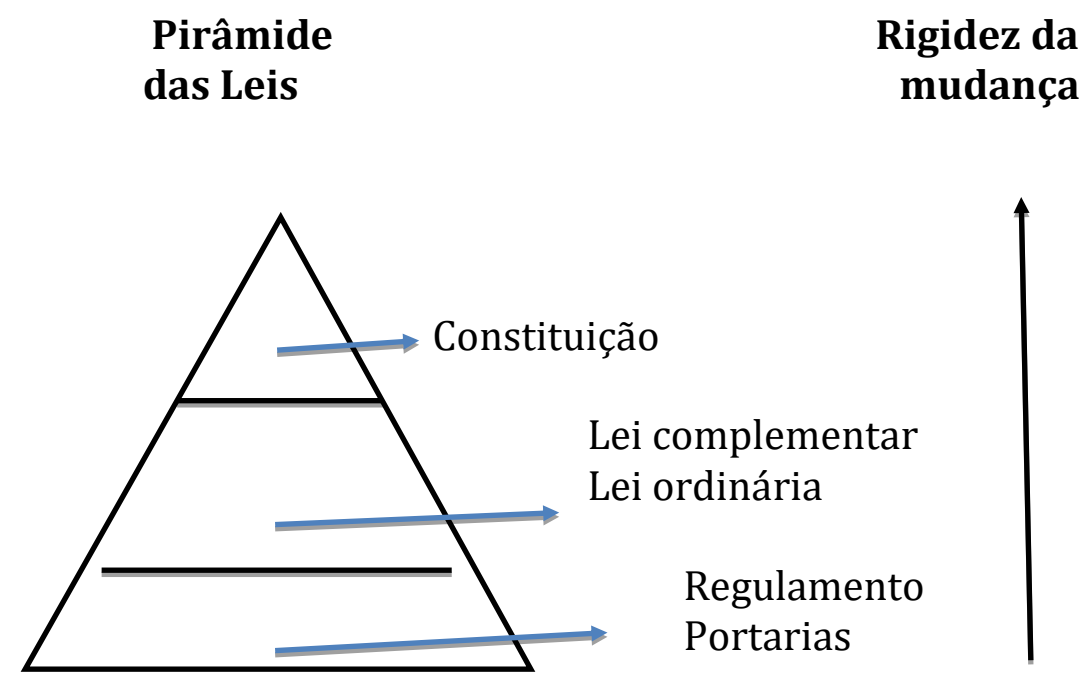
O poder da constituição, que é a norma maior sobre outras normas, as leis infraconstitucionais, decretos, resoluções, regimentos e etc., reside no fato de que seus artigos são os mais difíceis de serem mudados em toda a pirâmide legal. Ou, como preferem os economistas, em todo o sistema legal.

19

Na pirâmide, a constituição está no topo. Muda-se mais facilmente uma resolução, menos facilmente uma lei, e muito menos ainda uma constituição.

A escala do poder das normas deriva da rigidez de sua mudança.

A estrutura do sistema legal resulta do cruzamento entre a hierarquia das normas e dificuldade de mudança.



¹⁹ FALCÃO, Joaquim. Constituição, Constituições. In: ABREU, Alzira Alves. (Org.). Caminhos da Cidadania. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, pp. 13-33.

Etc.

Não é a relevância política, social ou econômica do conteúdo que define o que deve estar ou não na constituição.

Difícilmente pode-se atribuir a mesma relevância entre o Colégio Pedro II e o monopólio do refino do Petróleo pela Petrobras. Mas ambos são igualmente difíceis de alterar pela constituição de 1988. Artigos 242²⁰ e 45²¹.

Juridicamente, a constituição é, pois, a norma mais difícil de ser mudada. Por isto que, na Assembleia Nacional Constituinte, o objeto de desejo dos lobbies e corporações foi inserir seus interesses na própria constituição.

Acontece que os constituintes de 1988 criaram um artigo, na constituição, ainda mais difícil de mudar do que os outros, seus irmãos siameses.

É, digamos, um artigo “classe *premium*”: o das cláusulas pétreas.

Criaram uma constituição de duas classes: as cláusulas pétreas e as demais. Aquelas, controlam estas.

Ou seja, para mudar qualquer artigo da constituição, os constituintes foram exigentes.

É necessária proposta de iniciativa de: (a) no mínimo, um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; (b) do Presidente da República ou de mais da

²⁰ Art. 242. (...) § 2º O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.

²¹ Art. 177. Constituem monopólio da União: (...) II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro.

metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação.

Mais ainda. (c)Precisará ser discutida e votada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos; (d) sendo aprovada apenas se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Mas para mudar os quatro itens do artigo 60, §4º, os constituintes foram mais exigentes ainda: Não podem ser suprimidos. Podem, em tese, somente ser aumentados.

As palavras vazias

O problema é que a constituição apenas nomeia as cláusulas pétreas. Não as especifica.

Em nenhum momento a constituição ou o artigo 60 dizem expressamente que o princípio da anterioridade fiscal é garantia individual e, portanto, cláusula pétrea. Ao contrário, não dizem.

Foi o Supremo quem auto inventou esta tese.

As cláusulas pétreas são muito vagas. São palavras vazias. São topoi²². Ou seja, são apenas o ponto de partida de uma discussão, sem determinar como, qual e quando será seu fim. São caixas vazias a serem preenchidas não se sabe com o quê.

São portas abertas não se sabe para onde.

²² VIEHWEG, T. Tópica e Jurisprudência, trad. T. S. Ferraz Jr., Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

O que quer então dizer e quais são, por exemplo, os direitos e garantias individuais? São dezenas de respostas possíveis.

O que significa voto periódico?

A reeleição de Presidente da República fere o voto periódico? Lula poderia voltar e se reeleger uma terceira vez? O voto periódico é sequencial ou intermitente?

Eis, então, a chave do enigma do poder. O Supremo interpretou como nunca dantes neste país. O princípio da anterioridade estava embutido na cláusula de garantia individual. Era, portanto, cláusula pétrea. Ninguém sabia. Só ele soube na hora.

Ser dono da constituição é ser dono do significado último das cláusulas pétreas vazias.

A ampla indeterminação das cláusulas pétreas levou economistas e advogados do Plano Real à convicção de que poderiam cobrar imposto no mesmo ano.

A interpretação do Supremo não foi apenas improvável. Como também e desde o início, polêmica. O próprio Ministro Moreira Alves, indicado pelo então Presidente Ernesto Geisel, hesitava:

“Não há dúvida de que emenda constitucional pode ser inconstitucional”, mas afirmou ter “sérias dúvidas a respeito do alcance das denominadas cláusulas pétreas (...) principalmente no tocante aos direitos e garantias individuais (...) só essa cláusula petrificaria quase toda a Constituição, além de petrificar os tratados de que decorram direitos e garantias(...)”.²³

²³ Voto do Min. Moreira Alves na Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 939 – DF. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento em 15.09.1993.

Não adiantaram as sérias dúvidas. O Supremo se deu o poder de petrificar ou despetrificar a constituição.

Em outros países

Nos Estados Unidos, não é possível o Supremo declarar inconstitucional uma emenda aprovada pelo Congresso e ratificada pelas assembleias de pelo menos 38 estados. O que garante desde logo que a reforma constitucional é competência exclusiva dos representantes diretos dos eleitores e da federação.

Cláusula pétrea foi difundida pela influência do direito europeu de pós-guerra.

A lei Fundamental da Alemanha, tem uma “cláusula de eternidade”, o artigo 79 (3) que diz que ela não pode mudar os princípios dos artigos 1 a 20. São eles referentes à dignidade da pessoa humana, ao reconhecimento dos direitos humanos, ao federalismo, ao princípio republicano, ao estado social, à soberania popular, à democracia, ao estado de direito, à separação de poderes.²⁴

São também topoi. A cláusula existe, mas nunca foi aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha para invalidar uma decisão do Parlamento que aprovou mudança na Lei Fundamental por emenda.

Na Itália, é mais simples:

²⁴ Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 02.02.2017.

Art. 139: A forma republicana não pode ser objeto de revisão constitucional.²⁵

Nunca foi usada.

Em Portugal, são mais específicas:

Art. 288: As leis de revisão constitucional terão de respeitar: a) A independência nacional e a unidade do Estado; b) A forma republicana de governo; c) A separação das Igrejas do Estado; d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; e) Os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais; f) A coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; g) A existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista; h) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional; i) O pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática; j) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania; l) A fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão de normas jurídicas; m) A independência dos tribunais; n) A autonomia das autarquias locais; o) A autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira.²⁶

O Tribunal Constitucional de Portugal jamais usou este tipo de cláusula para inconstitucionalizar uma decisão do Congresso.

²⁵ Disponível em: [http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti di riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti%20di%20riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf). Acesso em 02.02.2017.

²⁶ Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 02.02.2017.

É bem verdade que aqui no Brasil, o Supremo tem usado este poder de veto com parcimônia, como constata o Ministro Luís Roberto Barroso.^{27 28}

Usou, por exemplo, no caso do novo regime especial de pagamento de precatórios.²⁹

De vez em quando, alguns ministros reiteram este poder em seus votos. Como lembrando ao Congresso e à Presidência de seus menores tamanhos.³⁰

Por exemplo, quando questionada a criação do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, alguns ministros argumentaram em seus votos vencidos³¹ que a emenda constitucional, no todo ou em parte, feria a cláusula pétrea de separação de poderes, lembra Thomas Pereira.

O resultado líquido da inconstitucionalidade da cobrança imediata do IPMF foi criar uma espada de Dâmocles sobre a cabeça do Congresso e do Executivo.

²⁷ Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.262 - DF. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 24.09.2013.

²⁸ Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.448 - DF. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 10.10.2016.

²⁹ Julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4357 e nº 4425 - DF. Relator: Min. AYRES BRITTO. Relator p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX. Julgamento: 14.03.2013.

³⁰ Ao julgar a inconstitucionalidade no caso dos do regime de precatórios, o Min. Celso de Mello observou que ao aprovar o terceiro adiamento do pagamento dos precatórios previsto na EC 62, "o Congresso Nacional exorbitou dos limites de mudança da Constituição estabelecidos por ela própria, por ofender princípios pétreos que não são suscetíveis de mudança legislativa (Voto do Min. Celso de Mello no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4357 e nº 4425 - DF. Relator: Min. AYRES BRITTO. Relator p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX. Julgamento: 14.03.2013). Já em 1991, sobre a constitucionalidade ou não da instituição da pena de morte mediante plebiscito, o Ministro Celso de Mello anunciava a tese: "O Congresso Nacional (...) está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que (...) identificou (...) um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas - as cláusulas pétreas - definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade" (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 466 - DF. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 03.04.1991).

³¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3367-DF. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento: 13.04.2005.

Trata-se de inibidor e desmobilizador poder. Que, no mínimo, estimula maior judicialização da política e politização do Supremo.

Qualquer análise sobre teoria dos jogos evidencia que a mera possibilidade de um movimento influencia os movimentos do adversário.

O fato é que os primórdios do Plano Real concederam ao Supremo, sem querer, a oportunidade de aumentar a incerteza judicial e a consequente insegurança jurídica econômica. Até hoje.

Em 20.12.2016, por exemplo, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria Química entrou no Supremo alegando que a futura reforma da previdência, mesmo que aprovada pelo Congresso e alterada a constituição, seria inconstitucional.³²

Mais ainda, antes de virar a Emenda Constitucional n. 95, a proposta de emenda do “teto de gastos” ou do “novo regime fiscal” já havia sido questionada no Supremo, via mandado de segurança, sob o argumento de que as alterações pretendidas continham enunciados tendentes a abolir a separação de Poderes, o voto direito, secreto, universal e periódico, e os direitos e garantias individuais”.³³

O Ministro Luís Roberto indeferiu o pedido liminar nesse mandado de segurança impetrado por deputados federais integrantes do PC do B e do PT. Para o Ministro: “A responsabilidade fiscal é fundamento das economias saudáveis, e não tem ideologia. (...) A democracia, a

³² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 438 DF. Relator: Rosa Weber.

³³ Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.448 – DF. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 10.10.2016.

separação de Poderes e a proteção dos direitos fundamentais decorrem de escolhas orçamentárias transparentes e (...) justificadas, e não da realização de gastos superiores às possibilidades do Erário”.³⁴

Para os autores das ações no Supremo, a emenda que impôs o novo regime fiscal e a proposta de emenda para reforma da previdência já representam – como diria Marcos Vilaça - mau pensamento constitucional.

O caminho aberto em 1993 continua a provocar incerteza.

O Arsenal

A trajetória do Plano Real teria sido diferente se o Supremo considerasse constitucional a cobrança imediata do IPMF?

Acredito que não. Ou muito pouco. O Tesouro teria arrecadado mais. A criação do IPMF era medida ainda preliminar e provisória.

Talvez a equipe econômica tivesse alterado o limite de 20% dos cortes nos gastos públicos para constituir o Fundo Social de Emergência.

“Precisamos lembrar que a primeira etapa do plano real era uma reforma constitucional para cortar 20% dos gastos obrigatórios. Extraordinário (...). Vai tentar hoje cortar 20% dos gastos no Congresso (...)”³⁵, dizia então Bacha defendendo o Fundo Social de Emergência.

³⁴ Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.448 – DF. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 10.10.2016.

³⁵ Mesa redonda sobre os 20 anos da criação do Plano Real, suas consequências e perspectivas para o futuro da economia brasileira. Com Edmar Bacha, Gustavo Franco e o jornalista Guilherme Fiuza. Debate publicado em 26 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=goGwxH_TcrA>. Acesso em 10.01.2017.

Os 20% do FSE, estes sim seriam decisivos para o equilíbrio orçamentário e fiscal. Indispensáveis inclusive para o pagamento dos juros da dívida interna federal. Na verdade, o Fundo viabilizava apenas uma troca de rubricas orçamentárias. Sem muito custo político.

Maria Clara Prado explica o porquê:

“Quando ouviu a proposta de Bacha (criação do FSE), FHC teve uma reação típica de político.

-Você está maluco, quer tirar 20% da educação, da saúde? Nós não vamos conseguir isto nunca”.³⁶

Ao que Bacha retrucou: “Então esquece porque meu arsenal já se esgotou”.³⁷

Nem Fernando Henrique esqueceu. Nem o arsenal de Bacha se esgotara. Prosseguiram.

E diria ainda Maria Clara:

“...o Fundo acabou sendo aprovado pelo Congresso, sem dificuldades, em fevereiro de 1994. Bacha teve ali uma função primordial. Ia tirando da cartola alternativa atrás de alternativa sempre que surgia um obstáculo, gerando fonte através de fonte, até garantir o valor de que precisava para ajudar no pagamento do serviço da dívida do Tesouro”.³⁸

Bacha provavelmente seguia os ensinamentos de Max Weber.

³⁶ DO PRADO, Maria Clara. Real História do Real: Uma Radiografia Da Moeda Que Mudou O Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 176.

³⁷ DO PRADO, Maria Clara. Real História do Real: Uma Radiografia Da Moeda Que Mudou O Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 176.

³⁸ DO PRADO, Maria Clara. Real História do Real: Uma Radiografia Da Moeda Que Mudou O Brasil. Rio de Janeiro: RECORD, 2005, p. 176.

O mesmo fato econômico (no caso a geração de recursos para pagar a dívida pública e equilibrar os orçamentos), pode assumir diversas formas jurídicas: contingenciamento, corte de gastos, aumento de imposto, novo imposto, descontingenciamento, judicialização e etc.

O importante era, pois, manter o arsenal. Era manter a cartola como fábrica de alternativas econômicas e de imaginação jurídico institucional. Manteve-se.

Em Macbeth, Duncan, o rei da Escócia, diz: “Não há arte que ensine a ler no rosto de alguém o que vai em sua mente”.

Nem no rosto das leis, nem das propostas econômicas, acrescentaria, com certeza, Edmar Bacha.

A equipe econômica cumpriu a decisão do Supremo. O ajuste fiscal atrasaria.

Maria da Conceição Tavares, naquela sessão de 17 de março de 1994, dissera que, se desta vez o plano desse certo, Edmar Bacha e Gustavo Franco deveriam ganhar o prêmio Nobel. Se não desse, deveriam ser mandados de volta para Harvard.³⁹

O Plano Real daria certo. Fernando Henrique seria eleito Presidente da República. Pedro Malan seria o sempre discreto Ministro da Fazenda. Bacha e Franco não ganharam o prêmio Nobel. Mas também não tiveram que voltar para Harvard.

³⁹ Discurso de Maria da Conceição Tavares na Comissão Assuntos Econômicos do Senado, em 17 de março de 1994. Diário do Congresso Nacional (Seção li). Sexta-feira 18. Março de 1994. Sexta-feira 18. Março de 1994. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=6789&seqPaginaInicial=1&seqPaginaFinal=96>>. Acesso em: 15.01.2017.

Mas, não foi a Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC, nem o governo de Itamar Franco, quem ganhou a ADI 939 contra o IPMF.

Foi o Supremo.

Aproveitando a pressa pelo ajuste fiscal que viria a preparar a implantação do Plano Real, o Supremo criou um precedente, um *by product avant la lettre*.

Transformou-se a si próprio, além de interprete da constituição, em constituinte derivado, reformador ou não da constituição.

Expandiu o grau de incerteza da economia e constitucionalizou sua própria ambição.

Qual?

A ambição de expandir os limites da jurisdição liberal constitucional, do *judicial review*, como interprete e constituinte derivado.

Até hoje.

O que não é pouco diante da necessária quimera de poderes harmônicos e independentes.
