

PARECER: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) N. 7.720

Consulente: Diretório Nacional dos Progressistas

Fabio Brun Goldschmidt

Doutor em Direito Tributário pela USAL. Mestre em Direito Tributário pela USP. Autor da obra *O princípio do não confisco no direito tributário* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

Artigo recebido em 21.10.2024 e aprovado em 18.03.2025.

SUMÁRIO: 1 Consulta 2 Parecer 2.1 O direito de propriedade e suas limitações 2.2 O conceito de confisco 2.3 Breve paralelo com a tributação com efeito de confisco 2.4. Direitos fundamentais e sua restrição 2.5 Devido processo substantivo 2.6 A concreta ofensa ao devido processo legal adjetivo 2.7 Ofensa ao pacto federativo – o regime de aquisição de “coisas vagas”, jacentes ou de ausentes 2.8 O paralelo com o confisco da poupança 2.9 O nazismo revivido 3 Síntese do caso concreto – as diversas inconstitucionalidades do ato de confisco.

OBJETO: Inconstitucionalidade dos arts. 39, *caput* e § 3º, 42, 45, 46 e 47 da Lei n. 14.973, de 16 de setembro de 2024, que dispõem sobre procedimentos para apropriação pelo tesouro nacional de “Depósitos Judiciais em Processos Encerrados” e de “Recursos Esquecidos”. Tomada da propriedade particular para a recomposição da receita primária da União, para recompor déficit orçamentário decorrente de má gestão. Inocorrência de qualquer das hipóteses constitucionais autorizativas da tomada da propriedade particular, que são: i) penalizar a prática de ilícito; ii) expropriar mediante justa e prévia indenização; e iii) tributar. Prática efetiva de confisco. Violação ao Princípio do Não Confisco. Violação ao Direito de Propriedade e ao Devido Processo Legal Adjetivo e Substantivo. Violação ao pacto federativo.

PALAVRAS-CHAVE: ADI n. 7.720. Lei n. 14.973/2024. Pacto federativo. Confisco.

OPINION: DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY (ADI) No. 7,720

CONTENTS: 1 Consultation 2 Opinion 2.1 The right to property and its limitations 2.2 The concept of confiscation 2.3 Brief parallel with taxation with confiscatory effect 2.4. Fundamental rights and their restriction 2.5 Substantive due process 2.6 The concrete violation of adjective due process 2.7 Violation of the federative pact – the regime of acquisition of “vacant things”, lying or absent 2.8 The parallel with the confiscation of savings 2.9 Revived Nazism 3 Summary of the specific case – the various unconstitutionality of the act of confiscation.

OBJECT: Unconstitutionality of arts. 39, *caput* and § 3, 42, 45, 46 and 47 of Law No. 14,973 of September 16, 2024, which establishes procedures for the appropriation by the national treasury of “Judicial Deposits in Closed Proceedings” and “Forgotten Appeals”. Seizure of private property to replenish the primary revenue of the Union, to make up for the budget deficit resulting from mismanagement. Non-occurrence of any of the constitutional hypotheses authorizing the seizure of private property, which are: i) penalizing the practice of an illicit act; ii) expropriating with fair and prior compensation; and iii) taxing. Effective practice of confiscation. Violation of the Principle of Non-Confiscation. Violation of the Right to Property and to Adjective and Substantive Due Process of Law. Violation of the federative pact.

KEYWORDS: ADI No. 7,720. Law No. 14,973/2024. Federative pact. Confiscation.

1 CONSULTA

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 7.720, ajuizada pelo Diretório Nacional dos Progressistas, cuja relatoria foi atribuída ao Excelentíssimo Senhor Ministro Edson Fachin, sustenta a inconstitucionalidade dos arts. 39, *caput* e § 3º, 42, 45, 46 e 47 da Lei n. 14.973, de 16 de setembro de 2024, que têm a seguinte redação:

Art. 39. O prazo a que se refere o *caput* do art. 1º da Lei n. 2.313, de 3 de setembro de 1954, é de 2 (dois) anos no caso dos depósitos judiciais perante órgão do Poder Judiciário da União, a contar da respectiva intimação ou notificação para levantamento.

§ 1º Os interessados deverão ser comunicados pelo depositário, nos autos do respectivo processo judicial, previamente ao encerramento da conta de depósito.

§ 2º Em qualquer hipótese, o interessado disporá do prazo prescricional de 5 (cinco) anos para pleitear a restituição dos valores, a contar do encerramento da conta de depósito.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo aos valores depositados em razão da liquidação de precatórios, requisições de pequeno valor ou de qualquer título emitido pelo poder público.

[...]

Art. 42. Os depósitos já existentes que, na data de publicação desta Lei, tenham completado o prazo a que se refere o art. 39 deverão ser transferidos para a Conta Única do Tesouro Nacional em até 30 (trinta) dias contados da publicação desta Lei.

[...]

Art. 45. Os recursos existentes nas contas de depósitos, sob qualquer título, cujos cadastros não foram objeto de atualização, na forma da Resolução do Conselho Monetário Nacional n. 4.753, de 26 de setembro de 2019, somente poderão ser reclamados junto às instituições depositárias até 30 (trinta) dias após a publicação desta Lei.

§ 1º A liberação dos recursos de que trata este artigo pelas instituições depositárias é condicionada à satisfação, pelo reclamante, das exigências estabelecidas na Resolução do Conselho Monetário Nacional n. 4.753, de 26 de setembro de 2019.

§ 2º Decorrido o prazo de que trata o *caput*, os saldos não reclamados remanescentes junto às instituições depositárias passarão ao domínio da União e serão apropriados pelo Tesouro Nacional como receita orçamentária primária e considerados para fins de verificação do cumprimento da meta de resultado primário prevista na respectiva lei de diretrizes orçamentárias, aplicando-se o disposto neste parágrafo aos valores equivalentes ao fluxo dos depósitos de que trata o Capítulo VI.

§ 3º Uma vez que os saldos não reclamados remanescentes forem apropriados pelo Tesouro Nacional na forma do § 2º, o Ministério da Fazenda providenciará a publicação, no Diário Oficial da União, de edital que relacionará os valores recolhidos, indicará a instituição depositária, a agência e a natureza e o número da conta do depósito e estipulará prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de sua publicação, para que os respectivos titulares contestem o recolhimento efetuado.

§ 4º Do indeferimento da contestação cabe recurso, com efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, para o Conselho Monetário Nacional.

§ 5º Decorrido o prazo de que trata o § 3º, os valores recolhidos não contestados ficarão incorporados de forma definitiva ao Tesouro Nacional na forma do § 2º.

Art. 46. O prazo para requerer judicialmente o reconhecimento de direito aos depósitos de que trata esta Lei é de 6 (seis) meses, contado da data de publicação do edital a que se refere o § 3º do art. 45.

Parágrafo único. Na hipótese de contestação ou recurso a que se referem os §§ 3º e 4º do art. 45, o prazo de que trata o *caput* será contado da ciência da decisão administrativa indeferitória definitiva.

Art. 47. Não se aplica aos depósitos de que trata esta Lei o disposto na Lei n. 2.313, de 3 de setembro de 1954.

A ADI afirma, em síntese, que a sistemática introduzida pela legislação acima referida de apropriação pelo Tesouro Nacional de “Recursos

Esquecidos”¹ em contas de depósito, sob qualquer título, cujos cadastros não forem objeto de atualização, na forma da Resolução do Conselho Monetário Nacional n. 4.753, de 26 de setembro de 2019, e de “Depósitos Judiciais em Processos Encerrados” que não forem levantados no prazo de dois anos, contados da notificação/intimação do interessado, viola a Constituição Federal, pois estaria em desacordo com o direito fundamental à propriedade e os princípios da isonomia, devido processo legal, segurança jurídica e coisa julgada.

Em razão de nossos intensos estudos sobre o princípio do não confisco realizados no curso dos últimos 20 anos, cujas conclusões estão postas em nossa obra *O princípio do não confisco no direito tributário*, publicada em primeira edição em 2003², que servirá de base para o presente estudo, o Consultante nos honra com pedido de parecer acerca da compatibilidade ou não dessa apropriação pelo Tesouro Nacional de depósitos judiciais e não judiciais tidos por “esquecidos”, na forma da Lei n. 14.973/2024, com o princípio do não confisco e com o direito de propriedade.

Assim, passamos a responder objetivamente a consulta que nos foi formulada.

2 PARECER

2.1 O direito de propriedade e suas limitações

Há quem entenda ser simplesmente impossível pensar a condição humana sem a existência do direito de propriedade. Tornou-se clássica a discussão travada entre o Papa João XXII e William of Ockham acerca da pobreza franciscana. De um lado, Ockham e os franciscanos sustentavam serem despidos de qualquer propriedade, explicando que sobre as coisas que usavam eles possuíam tão somente um “uso de fato”, não de direito; e que tais coisas pertenciam somente a quem as doara e, mesmo se o doador pretendesse abrir mão de sua propriedade, ditos bens passariam a pertencer ao Papa.

1. A terminologia “Recursos Esquecidos” é utilizada pela própria lei, não significando, necessariamente, que os titulares da conta ou seus sucessores os tenham esquecido ou não tenham interesse nesses recursos.
2. GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *O princípio do não confisco no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O Papa João XXII, por sua vez, objetava tais assertivas, destacando basicamente dois pontos: (1) ninguém pode usar justamente algo sem que possua algum direito sobre tal bem, no mínimo um direito de uso; (2) ninguém pode usar algo consumível pelo uso, ou melhor, consumir algo, sem que possua domínio sobre a coisa. Assim, pretendeu demonstrar que os franciscanos não poderiam renunciar a todos os direitos como pretendiam, devendo admitir no mínimo seu direito de uso, ou ainda o domínio sobre as coisas que consomem, como a comida e a bebida³.

Na ótica de João XXII, a propriedade é vista como um direito natural e divino, sendo estendida aos primórdios da história bíblica humana:

even in the state of innocence Adam and Eve had dominium, and otherwise they could not justly have consumed anything. At first, before Eve was made, Adam was sole dominus; after Eve was made and before the fall they made common dominium; after the fall, individually divided dominium was established. Dominium was established not by human positive law but by divine law⁴⁻⁵.

Independentemente de concordarmos ou não com as noções postas pelo Papa João XXII, sua posição serve no mínimo para ratificar a ideia comumente aceita de que o direito – no caso o direito de propriedade – preexiste ao Estado. Com o Estado ele se robustece e sistematiza, mas a criação do direito é obra da sociedade, ainda que não organizada sob essa forma⁶⁻⁷.

3. KILCULLEN, John. The origin of property: Ockham, Grotius, Pufendorf, and some others. Disponível em: <http://www.humanities.mq.edu.au/politics/wpr.html>.
4. KILCULLEN, John. The origin of property: Ockham, Grotius, Pufendorf, and some others. Disponível em: <http://www.humanities.mq.edu.au/politics/wpr.html>.
5. No sentido de que o direito de propriedade é um direito natural do homem, a lição segura de Léon DUGUIT: “Le législateur ne peut faire aucune loi qui porte atteinte à la propriété des individus. La propriété est rangée, par la Déclaration des droits, au nombre de ces droits naturels dont l’homme se trouve investi au moment même de sa naissance par cela même qu’il est homme” (DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Fontemoing, 1911. v.2, p.151). Em vernáculo: “O legislador não pode fazer lei alguma que atente contra a propriedade dos indivíduos. A propriedade é classificada, pela Declaração de Direitos, como aqueles direitos naturais dos quais o homem se encontra investido desde o nascimento, pela simples razão de ser homem”.
6. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 1, p.102.
7. Discordamos, assim como BEVILÁQUA, da chamada “teoria da lei”, defendida por HOBBS, MONTESQUIEU, BENJAMIN CONSTANT e BENTHAM, que sustenta que a propriedade tem fundamento na lei, pois varia com ela: “Sem dúvida, a organização social imprime forma própria a essa relação entre o homem e as coisas, que constituem o seu patrimônio; mas não

O direito de propriedade, especificamente, preexiste ao Estado pelo simples fato de que é da natureza do homem a necessidade de se assenhorar dos bens da vida, apropriar-se de coisas e, em consequência, opor sua propriedade aos demais. Como já disse Schmoller⁸, as ações humanas têm por fundamento último os sentimentos de prazer e dor. A apropriação de bens, sem dúvida, satisfaz necessidades humanas e outorga prazer; sendo que sua perda injusta, em contrapartida, induz à dor. Tais sentimentos impelem o homem a buscar no mundo exterior o que lhe dê prazer e lhe evite a emoção contrária, fazendo, no caso, com que o homem busque o reconhecimento de sua propriedade, bem como entenda e respeite o direito de propriedade alheia.

O papel do Estado consiste em tornar estáveis esses direitos, outorgando-lhes segurança e durabilidade. Para tanto, é preciso compatibilizar os direitos iguais de todos, limitando-os na medida necessária da viabilização de sua coexistência harmônica e pacífica. O proprietário dispõe livremente de seu patrimônio, e o seu direito prevalece contra todos. Mas o interesse social lhe impõe certas restrições necessárias à manutenção de idênticos direitos alheios.

Assim, embora se diga que o direito de propriedade é absoluto, na medida em que se revela oponível *erga omnes*, é indiscutível que ele deve ser também limitado, e que a necessidade de tais limitações cresce juntamente com o crescimento e a complexidade da sociedade:

Todo direito subjetivo é linha que se lança em certa direção. Até onde pode ir, ou até onde não pode ir, previsto pela lei, o seu conteúdo ou o seu exercício, dizem-no as regras limitativas, que são regras que configuram, que traçam a estrutura dos direitos e da sua exercitação. O conteúdo destas regras são as limitações. O domínio não é ilimitável⁹.

é esse o ponto a investigar, porque não é somente a propriedade que depende da organização; todas as outras relações sociais se acham nessa dependência, ainda quando não haja um preceito expresso de lei, que as regule. O direito, historicamente, antecede ao Estado, que é o produtor da lei escrita, forma ulterior de direito, que, aliás, não o contém integralmente. A energia criadora do direito está na estrutura da sociedade, seja o grupo inicial, no afastado período da pré-história, seja a nação culta dos nossos dias” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 1, p.112).

8. SCHMOLLER *apud* BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 1, p. 100.
9. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 11, p. 18.

O que hoje entendemos por propriedade individual não é o mesmo que se entendia tempos atrás. Houve mutações sociais e filosóficas nesse conceito; a propriedade passou historicamente de coletiva a individual e, nos tempos modernos, vem perdendo todas as arestas de exclusividade que irritam ao convívio social. Para alguns autores, as limitações ao direito de propriedade hoje existentes são tantas e tão marcantes que há quem sustente que

[...] o que, em verdade, vem ocorrendo é restauração, em outro plano, da concepção medieval da propriedade [...] a diferença está apenas em que o Estado se substitui aos particulares que desfrutavam das prerrogativas asseguradas aos titulares desse domínio ocioso. O Estado é o barão dos tempos modernos¹⁰.

Não nos parece, contudo, que o direito de propriedade esteja assim tão dilacerado e reduzido nos tempos atuais. As limitações que se impuseram ao direito de propriedade nos últimos anos seguramente não são tão traumáticas quanto podem parecer à primeira vista, fato que se demonstra pela própria manutenção dos Códigos Civis da época em que o direito de propriedade era absoluto e não encontrava nem sombra das limitações atualmente existentes. É certo que ele está limitado, o que é decorrência natural da sua evolução, mas tais limitações seguramente não lhe retiraram seus aspectos fundamentais e nucleares, como, *v.g.*, a possibilidade de sua oposição *erga omnes*.

O fato, no entanto, é que numa análise objetiva e até quantitativa verificamos que os ordenamentos jurídicos atualmente, de um modo geral, impõem uma série de limitações ao direito de propriedade. Por vezes tais limitações se fazem na busca da proteção de interesses privados, por vezes se efetuam na busca da proteção de interesses públicos (no primeiro caso, o estudo de tais limitações caberá ao Direito Administrativo; no segundo, ao Direito Civil).

No caso dos arts. 39, *caput* e § 3º, 42, 45, 46 e 47 da Lei n. 14.973/2024, o que se fez foi muito além da mera limitação ao direito de propriedade. Não se tratou de reduzir seu conteúdo ou de lapidá-lo de modo a compatibilizá-lo com outros direitos constitucionalmente garantidos de idêntica estatura. Aqui a supressão foi completa, integral. A totalidade da propriedade foi transferida ao Poder Público, sem que o particular houvesse dado causa ao ato. Não se tratou de punir um ilícito, nem, tampouco, de expropriar o titular mediante

10. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.120.

justa e prévia indenização. Houve, tão somente, e de forma declarada, a tomada da propriedade particular para a recomposição da receita primária da União, para recompor déficit orçamentário decorrente de má gestão.

Veja-se que a forma de a União gerar receita primária é mediante arrecadação de tributo, dentro das formas e dos limites constitucionalmente admitidos. Toda a tomada da propriedade particular fora dessas limitadas hipóteses configura confisco inadmissível, porque despido de suporte constitucional.

2.2 O conceito de confisco

O instituto do confisco é milenar e esteve ou está presente em inúmeros países ao longo da história, desde o Direito Romano até os tempos atuais. Na Idade Média, a Igreja fazia uso do confisco sobre os bens dos hereges; os bárbaros, por sua vez, também conheciam o instituto, o que se vê pelo ditado “quem confisca os corpos, confisca os bens”.

Na segunda metade do século XVIII, com a evolução do processo de humanização do direito, começou-se a colocar em dúvida a justiça e a aplicação do confisco. A partir de então o instituto entrou e saiu da cena jurídica por diversas vezes. Exemplificativamente, veja-se o caso da França, que aboliu o confisco durante a Revolução Francesa, segundo os arts. 2, 8, 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, e a Lei de 21 de janeiro de 1790, e, posteriormente, voltou a admiti-lo nos tempos de Napoleão, como uma arma útil diante de adversários e inimigos.

Na Espanha, o repúdio ao confisco já se fazia presente na Constituição monárquica de 1837, art. 10. Paralelamente, muitas legislações admitiam o confisco já no século XX, como na Itália e na União Soviética, principalmente como medida de repressão contra os crimes que atentassem contra a segurança do Estado¹¹.

De um modo geral, é dentro do Direito Internacional Público que o instituto do confisco sempre foi mais discutido, principalmente nas guerras, pela apropriação dos bens dos inimigos. Discutiu-se nessa seara se o confiscável era unicamente a propriedade pública do inimigo, ou inclusive os bens particulares dele, havendo se inclinado a doutrina a somente admitir a primeira hipótese,

11. CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. *El principio de no confiscatoriedad en España y Argentina*. Madrid: McGraw Hill, 1997. p. 57.

tendo em vista tratar-se a guerra de um conflito entre Estados, e não entre pessoas, motivo pelo qual inclusive regulamentos militares proíbem confiscar-se a propriedade privada do inimigo. Dentro da ótica da guerra, o confisco é visto não apenas como punição, tal qual ordinariamente ocorre, mas também como medida de prevenção.

As discussões a esse respeito já renderam tanta tinta que inclusive constam da Convenção de Haya, de 18 de outubro de 1907, que estabelece em seu art. 53 uma distinção entre o que seria confisco e o que seria a requisição. O primeiro diria com bens públicos do inimigo com finalidades bélicas, enquanto a última diria com bens particulares em território ocupado, admitida com certos limites, e mediante indenização¹².

No âmbito do direito penal propriamente dito, o confisco encontra boa prática em diversos países, que utilizam o instituto para apropriar-se de bens do criminoso, como pena pelo delito cometido. Exemplo disso são as previsões do art. 5º, XLVI, “b”, da Constituição, e do art. 43, II, do nosso Código de Processo Penal. Em repúdio a essa política, contudo, alguns doutrinadores, como lembra Puig Peña, assinalam que, assim procedendo, o Estado está admitindo que a pena passe da pessoa do condenado, para atingir seus herdeiros¹³.

Feita essa breve digressão histórica, cumpre passarmos à conceituação do que venha a ser confisco, para que não se criem quaisquer ruídos de comunicação na compreensão do significado desse termo. Rafael Bielsa, com a preocupação científica que marca a qualidade de sua obra, já advertia no início de um estudo denominado *Los conceptos jurídicos y su terminología* que:

La acepción propia y exclusiva de una palabra referida a una institución, a un precepto de derecho o a una noción jurídica, evita discusiones ambigüedades y dudas. No pocos pleitos han tenido su origen en una irreducible discrepancia sobre un concepto jurídico y su cuestionable denominación, o sobre el sentido y alcance de la expresión literal de la ley, es decir, su significación legal¹⁴.

12. CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. *El principio de no confiscatoriedad en España y Argentina*. Madrid: McGraw Hill, 1997, p.59.

13. PUIG PEÑA *apud* CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. *El principio de no confiscatoriedad en España y Argentina*. Madrid: McGraw Hill, 1997, p. 60.

14. BIELSA, Rafael. *Los conceptos jurídicos y su terminología*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1954. Advertencia, p. VII.

Confiscar (do latim *confiscare*) é o ato de apreender a propriedade em prol do Fisco, sem que seja oferecida ao prejudicado qualquer compensação em troca. Por isso, o confisco apresenta o caráter de penalização, resultante da prática de algum ato contrário à lei. É essa a definição encontrável no clássico *Black's Law Dictionary*:

Confiscation – Act of Confiscating. The seizure of private property by the government without compensation to the owner, often as a consequence of conviction for crime, or because possession or use of the property was contrary to law¹⁵.

Se recorrermos ao *Dicionário Caldas Aulete*, a definição não se altera: “Confiscar – apreender para o fisco em consequência de crime ou de contravenção”¹⁶.

Na *Enciclopedia Universal Europeo-Americana*, encontramos definição idêntica: “pena consistente em apoderarse el Estado de los bienes de algún reo”¹⁷.

O confisco, portanto, vai além da mera limitação ao direito de propriedade e adentra o campo da privação. Não visa à construção, ao desenvolvimento desse direito, mas à sua destruição, por motivos exteriores ao próprio direito e justificáveis pela conduta irregular do detentor da propriedade.

Nesse sentido, apresenta os mesmos efeitos da expropriação, pois afasta a propriedade do particular em prol do Fisco, mas se diferencia substancialmente desse instituto no que toca à causa e à forma da tomada da propriedade, na medida em que, na expropriação, o particular perde a propriedade sem que lhe seja imputada qualquer conduta censurável. A perda se justifica exclusivamente pela supremacia do interesse público e, por isso, o expropriado é compensado com o pagamento de uma indenização.

No confisco, ao contrário, o particular dá causa à perda da propriedade. Ele comete um ato ilegal que é punido por meio da tomada de seu patrimônio e, justamente pela característica de pena, o confisco não dá direito a qualquer forma de indenização. É esta a lição de Rafael Bielsa:

Estos dos conceptos tienen de común sus efectos, pues en ambos casos se le quita a alguno lo que es de su propiedad (ex-propio). Pero la expropiación tiene un sentido

15. BLACK, Henry Campbell. Confiscation. In: *Law Dictionary*. 6. ed. St. Paul: West Publishing, 1990.

16. CONFISCAR. In: AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1970.

17. CONFISCAR. In: *Enciclopedia Universal Europeo Americana*. Madrid: Espasa-Calpe, 1910. v. 14.

jurídico ya definido por las leyes: hay expropiación cuando se priva a alguno de lo que le es propio, *pero se le paga el valor*. En la confiscación se quita el bien para aplicarlo al fisco, y por eso en general tiene un sentido de arbitrariedad, de rapacidad, a menos que implique pena. El sentido peyorativo de fisco explica también que se llamase *confiscarius* al delator ante el fisco. Recuerdese que a los enemigos políticos de César se los denunciaba por estos de *confiscarius*, que era gente por la peor ralea, y que recibían una parte del valor de lo confiscado¹⁸. (grifos do original).

Note-se que a noção de confisco, referida por Bielsa, como ato arbitrário, no entanto, mostra-se absolutamente incompatível com o Estado de Direito e possui um sentido meramente histórico. Evidentemente, não pode ser tomada de empréstimo para a interpretação de nossa Constituição. Aqui, há de compreender-se o termo em seu sentido jurídico corrente, de penalidade, punição prevista para a prática de ilícito, como visto anteriormente.

O caso concreto da Lei n. 14.973/2024, que autoriza o recolhimento ao Tesouro Nacional (i) dos depósitos judiciais que não forem levantados após dois anos da respectiva notificação do interessado (arts. 39 e 42) e (ii) dos “recursos esquecidos”, denominação legal para os valores existentes em contas de depósitos, cujos cadastros não forem objeto de atualização perante a respectiva instituição financeira (arts. 45 a 47), evidencia, de forma literal, a prática de apreender em prol do Fisco, ou seja, a prática do confisco. Não há sequer subterfúgios utilizados pelo legislador, que declara estar tomando para si a propriedade particular pelo mero decurso do tempo. Como se houvesse a possibilidade de se usucapir ativos financeiros privados pela inércia em sua movimentação. A transferência é feita em caráter definitivo, de modo que sequer se cogita de empréstimo compulsório, que, vale dizer, somente seria cabível nas restritas hipóteses constitucionais de guerra, calamidade ou investimento urgente de relevante interesse nacional, mediante lei complementar (art. 148 da Constituição Federal), o que obviamente não é o caso.

Aqui, nenhuma das hipóteses constitucionais autorizativas da tomada da propriedade particular está presente: (i) não se tratou de penalizar a prática de ilícito; (ii) não se tratou de expropriar mediante justa e prévia indenização; (iii) não se tratou de tributar (hipótese em que, igualmente, a ânsia arrecadatória

18. BIELSA, Rafael. *Los conceptos jurídicos y su terminología*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1954. Advertencia, p. VII; p. 116.

esbarraria no limite do efeito de confisco, vedado pelo art. 150, IV). Ou seja, a pretendida tomada da propriedade particular em prol do Erário é completamente despida de amparo na Carta. E agride direito fundamental de primeira geração, em relação ao qual sequer emenda constitucional tendente a aboli-lo seria admissível.

2.3 Breve paralelo com a tributação com efeito de confisco

Tributo e confisco apresentam-se como conceitos quase que antagônicos, pois, se por um lado o tributo, por dicção expressa do art. 3º do Código Tributário, não representa sanção de ato ilícito, por outro o instituto do confisco está invariavelmente associado à noção de sanção. O tributo limita a propriedade, e se justifica para a própria garantia do direito de propriedade, ao passo que o confisco subtrai e aniquila a propriedade¹⁹.

Os dois conceitos aproximam-se, contudo, quando se pretende examinar a medida aceitável, razoável da tributação. Como já disse Misabel Derzi, anotando as *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, de Aliomar Baleeiro: “Técnicamente, tributo e confisco não se confundem, mas o que no art. 150, IV, se veda é que a lei regule o tributo de modo que ele gere os mesmos efeitos econômicos que o confisco geraria”²⁰. O princípio inserto no art. 150, IV, da Carta, portanto, tem a precípua função de estabelecer um marco às limitações ao direito de propriedade por meio da tributação, para indicar (e barrar) o momento em que a tributação deixa de lubrificar e construir o direito de propriedade (viabilizando a sua manutenção), para inviabilizá-lo. Graficamente, poderíamos dizer que a limitação via tributação termina onde começa a privação, o efeito de confisco²¹.

19. COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 75.

20. BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 573.

21. O princípio do não confisco foi expressamente previsto na Constituição espanhola de 1978 que, em vez de falar em “efeito de confisco” como a brasileira, utiliza expressão diversa, “alcance confiscatório”, que nos parece mais ligada à noção quantitativa desse princípio. Diz a Carta espanhola em seu art. 31.1: “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”. Este dispositivo é inédito no constitucionalismo espanhol, que não continha preceito expresso a respeito.

Não se trata, portanto, de vedar o confisco, pois confisco em nada se assemelha com tributo, mas de evitar a tributação que, por excessiva, redunde em penalização. Penalização injusta, frise-se, porque ausente qualquer ato do contribuinte que contrarie o ordenamento jurídico e assim justifique a imposição de sanção. Como ensina Aires Barreto, “seria equivocado dizer, pois, ‘é vedado o confisco’. O que se proíbe é que, por via da exigência de tributo, obtenha-se resultado cujo efeito seja equivalente ao do confisco”²².

A penalização de que se fala seria justamente a perda da propriedade, que seria confiscada pela tributação exagerada. Isso porque “confiscatório é o tributo que aniquila a propriedade privada, atingindo-a na sua substância e essência”²³. O tributo com efeito de confisco é aquele que afronta a sua própria natureza jurídica e converte a hipótese de incidência em mero pretexto para a tomada do patrimônio do contribuinte sem indenização e sem que a ele seja imputado qualquer ilícito.

Tal afirmação, contudo, não pode ser entendida ao pé da letra, pois não se trata de afastar tão somente a tributação que toma para o Fisco, confisca, literalmente, a propriedade; trata-se sim de afastar, por inconstitucional, toda tributação que gera “efeito de confisco”, o que, parece-nos, ocorre num momento bem anterior. Isso porque confiscatória, literalmente, somente seria a “tributação” que gravasse a totalidade (alíquota de 100%) do bem tributado, anulando a propriedade privada, ao passo que “efeito de confisco” já estaria presente desde o momento em que a tributação soasse como penalização injustificada, por exagerada e irrazoável, ou ainda, deixasse de encontrar fundamento na manutenção do direito de propriedade para atacá-lo, minguá-lo, desestimulá-lo²⁴. Nesse sentido a posição de Ives Gandra, ao dizer “compreende-se a expressão ‘efeito’ de confisco mais abrangente que a singela vedação do confisco tributário”²⁵.

22. BARRETO, Aires. Vedação do efeito do confisco. *Revista de Direito Tributário*, n. 69, p. 97, 1998.

23. TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 170.

24. Segundo CASANOVA. *Los principios...* p. 114, o efeito de confisco se faz presente “no solo cuando se produce mediante tipos del 100% sino cuando, cualquiera sea el tipo, se detrae una cantidad tal que frustra las razonables expectativas derivadas de la propiedad”.

25. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 50. (Pesquisas Tributárias, Nova Série n. 6).

A Lei n. 14.973/2024, por meio de seu art. 45, § 2^o²⁶, atesta, de forma expressa, que está tomando integralmente a propriedade privada para considerá-la como integrante das receitas primárias da União. E o faz como forma de recomposição orçamentária de déficit fiscal decorrente da má gestão das contas públicas.

Ora, a forma correta de geração de receita primária pela União é a instituição de tributo. E o constituinte brasileiro foi minudente ao dispor sobre as hipóteses em que o particular pode ser chamado a contribuir ao sustento do Estado. As limitações constitucionais ao poder de tributar dispostas na Carta de 1988 são extensas e evidenciam que inexistente espaço para a exigência de contribuição aos cofres públicos fora dos termos e condições lá expostos.

Dentre os limites impostos ao legislador para barrar a imposição está a vedação ao confisco (art. 150, IV, da Constituição Federal), que evidencia que a chamada do particular para contribuir ao sustento do Estado jamais poderá chegar às raias do consumo integral da sua propriedade. O poder de tributar, no Brasil, jamais poderá ser o poder de destruir. E o constituinte se valeu da expressão “efeito de confisco” para evidenciar que a garantia constitucional vai além da proteção contra o confisco. Quis dizer que a barreira se coloca antes disso, em patamar anterior, quando a contribuição exigida é de tal ordem que pode ser equiparada a um confisco em sentido estrito.

Aqui na Lei n. 14.973/2024, no entanto, o confisco foi efetivamente cometido. A lei chama o particular a contribuir com o sustento do Erário privando-o integralmente de sua propriedade. Em outras palavras, tributa-o de forma a destruir completamente seu ativo. E o faz com desrespeito tanto às limitações constitucionais formais, quanto às limitações materiais da Carta. Em especial, com absoluta afronta aos limites quantitativos que toda e qualquer tentativa de arrecadação para composição da receita primária pode ter.

26. “§ 2º Decorrido o prazo de que trata o *caput*, os saldos não reclamados remanescentes junto às instituições depositárias passarão ao domínio da União e serão apropriados pelo Tesouro Nacional como receita orçamentária primária e considerados para fins de verificação do cumprimento da meta de resultado primário prevista na respectiva lei de diretrizes orçamentárias, aplicando-se o disposto neste parágrafo aos valores equivalentes ao fluxo dos depósitos de que trata o Capítulo VI.”

2.4 Direitos fundamentais e sua restrição

A expressão “direitos fundamentais” não pode ser tomada somente como uma categoria aleatoriamente incluída no Texto Constitucional (sentido formal), possuindo um conteúdo perfeitamente identificável (sentido material)²⁷. Segundo Carl Schmitt, os direitos fundamentais distinguem-se dos demais direitos encontráveis no Texto Constitucional, pois são anteriores e superiores à própria existência do Estado; não se caracterizam como bens jurídicos, apresentando-se como verdadeiras esferas de liberdade, que não recebem seu conteúdo das leis, mas ao contrário têm nas leis o instrumento necessário para sua garantia, para sua defesa. O Estado, em última análise, serve para sua proteção e somente pode penetrá-los por meio de um procedimento regulado e regrado. Na lição do professor:

la libertad de religión, la libertad personal, propiedad, derecho a la libre manifestación de opiniones, existen, según esta concepción, antes que el Estado; no reciben su contenido de ningunas leyes, no con arreglo a las leyes o dentro de los límites de las leyes; describen el ámbito, incontrolable en principio, de la libertad individual; el Estado sirve para su protección, y encuentra en ella la justificación de su existencia²⁸.

Na doutrina tornou-se corriqueira a divisão dos direitos fundamentais em três categorias²⁹, correspondentes a sua evolução histórica. São as chamadas “gerações” de direitos fundamentais, firmadas a partir do lema revolucionário francês do século XVIII: “liberdade, igualdade e fraternidade”. Assim, de primeira geração são os direitos decorrentes da liberdade (direitos civis e políticos), que correspondem historicamente à fase inaugural do constitucionalismo

27. Segundo Robert ALEXY, os direitos fundamentais são: (1) universais, porque cabem a todos os homens; (2) morais, porque não pressupõem positividade para que sejam válidos e existentes; (3) preferenciais, porque prioritários na positividade; (4) fundamentais, no sentido de serem alçados ao mais alto escalão do sistema jurídico (sua não realização importa morte ou sofrimento grave ao núcleo essencial da autonomia); (5) abstratos, pressupondo ponderações pelas instâncias competentes para sua perfeita realização (ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 58 et seq.).

28. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1992. p. 169.

29. A quarta geração de direitos fundamentais já é também bastante difundida na doutrina. Como ensina Paulo BONAVIDES: “São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 524-525).

do Ocidente. Trata-se de direitos de oposição ou de resistência ao Estado; “entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a sociedade e o Estado”³⁰.

Na segunda geração, historicamente identificada com o século XX, estão os direitos sociais, econômicos, culturais e coletivos, derivados da ideologia antiliberal que se desenvolveu nesse período. E, finalmente, na terceira geração, advinda ao final do século XX e verificável mais expressivamente nos chamados “países do primeiro mundo”, estão os direitos identificados com a fraternidade. Encontram-se nessa categoria os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, à comunicação etc.

Fica fácil afirmar, a partir dessas premissas, que o direito de propriedade existe para barrar a atuação do Estado frente ao particular. Não depende da ação positiva do Estado, como os direitos de segunda e terceira gerações, consistindo ao contrário na garantia de que o Estado não vai agir de modo arbitrário, com assento no princípio da soberania popular. A própria existência e a manutenção do Estado dependem da sua garantia. É, evidentemente, um direito de primeira geração.

Nessa condição, de direito e garantia individual, já se afiguraria inconstitucional toda e qualquer emenda constitucional ou lei que simplesmente “tendesse” a aboli-lo, por disposição também expressa do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

E, justamente por isso, para muitos autores a presunção de constitucionalidade das normas deve ser invertida quando se está diante de normas que afrontem direitos e garantias fundamentais. Ou seja, as leis que pretendam abolir, restringir ou mitigar direitos fundamentais são *presumivelmente inconstitucionais*.

Essa é a lição encontrada no *Corpus Juris Secundum, in verbis*:

The presumption of constitutionality does not apply where rights, privileges, and immunities of the citizen are involved. [...] Indeed, it is the rule that where the governmental action impinges on a fundamental constitutional right the usual presumption is inverted, and the presumption, sometimes characterized as heavy, is against the constitutionality of a statute or governmental action involving a right explicitly secured by the Constitution, including a right secured by the First Amendment,

30. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 517.

such as freedom of speech, or expression. Moreover, every reasonable presumption against waiver of fundamental constitutional rights is indulged by the Courts and they do not presume the acquiescence in the loss of fundamental rights. In view of the inversion of the usual presumption of constitutionality, the burden is on the state of justifying the validity of the statute or other governmental action³¹.

Assim, deve-se presumir inconstitucional toda a legislação atentatória ao direito fundamental de propriedade, o que implica dizer, em termos práticos, que sempre que houver dúvida acerca da caracterização ou não da violação dessa garantia fundamental, deve-se julgar no sentido da inconstitucionalidade da lei atacada³². Sendo os direitos fundamentais de pronta aplicação e não podendo os mesmos ser objeto de restrição, como visto anteriormente, afigura-se perfeitamente lógico que também seja vista “com desconfiança” a legislação que pareça atentar contra tais garantias dos particulares, optando-se pelo afastamento de toda e qualquer norma que coloque em risco a máxima eficácia desses direitos constitucionais de redobrada excelência na escala valorativa universal³³.

A Lei n. 14.973/2024, no ponto em que determina a apropriação pelo Tesouro Nacional de depósitos judiciais e não judiciais tidos por “esquecidos” (arts. 39, *caput* e § 3º, 42, 45, 46 e 47), vai muito além da mera tentativa de reduzir o conteúdo de um direito fundamental de primeira geração. Ela chega ao ponto, literal e matemático, de sua completa ablação. Sem subterfúgios, a norma em questão suprime o direito de propriedade por inteiro. Ela não é tendente a aboli-lo, ela de fato abole. Ela não tem efeito de confisco; ela de fato confisca. Ela não se traveste de formas ou cores que procurem abrandar a gravidade do ato que pratica. Ela entra em conflito direto com a Constituição. Retira a propriedade de bens (sem o devido processo legal, como será melhor exposto adiante), sem sequer buscar amparo em algum suporte constitucional.

31. CORPUS JURIS SECUNDUM. St. Paul: West, 1984, v. 16, par. 106, p. 352.

32. Neste sentido, a lição de Rafael BIELSA, embora não tratando da chamada “presunção de inconstitucionalidade: “El impuesto no puede ser confiscatorio. En la duda se lo declara tal. [...] La interpretación debe hacerse en favor del contribuyente, interpretándose que la Constitución garantiza uno de los derechos más firmes y protegidos, el derecho de propiedad” (BIELSA, Rafael. *Nociones preliminares de derecho fiscal*. Buenos Aires: Universidad Nacional del Litoral, 1944. p. 60-61, *apud* PINTO, Bilac. *Estudos de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 151).

33. Referimo-nos à condição de direitos de primeira geração, historicamente anteriores na evolução constitucional ocidental a todos os outros.

O direito de propriedade se impõe como direito fundamental, em grande medida, porque o Estado é criado e existe para protegê-lo. E, assim, a contenção de quaisquer ataques a essa cláusula pétrea é função precípua dos Tribunais Constitucionais, motivo pelo qual a própria presunção de constitucionalidade se inverte diante de ato que entre em confronto com a garantia fundamental. A inversão de presunção pode ser extraída da própria letra do art. 6º, § 4º, que repele de antemão até mesmo as normas que meramente “tendam” à abolição de uma cláusula pétrea. O que se dirá quando uma mera lei ordinária vai além e decide pela completa revogação da garantia constitucional mais elementar?

2.5 Devido processo substantivo

O princípio do devido processo legal (e, por decorrência, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade) só foi *formalmente* introduzido no ordenamento brasileiro com a Constituição de 1988, art. 5º, LIV, que garante a todos que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*, eis que as Cartas anteriores não continham preceito expresso a respeito. Todavia, é sabido, ele já se encontrava nas raízes do sistema constitucional e na letra da doutrina.

O constituinte de 1988, assim, recorreu a uma expressão do direito anglo-saxão, *due process of law*, que consubstanciava, na sua acepção originária, uma garantia ritual, formal (*procedural due process*), aliás até despicienda, na medida em que se o processo é *legal*, por si só, já deverá ser respeitado, independentemente de outra garantia. O conceito, contudo, evoluiu muito e de garantia processual transformou-se também em garantia do próprio direito (*substantive due process*), com o mais amplo espectro de conteúdo e alcance.

As emendas 5ª e 14ª à Constituição americana consagram a regra donde foi copiada aquela brasileira, motivo pelo qual nos inclinamos pela observância da evolução do conceito na doutrina e na jurisprudência da Suprema Corte *yankee*. A obra de Chemerinsky, nesse sentido, traz em síntese lapidar a noção do devido processo legal substantivo, que na sua dicção, “asks wheter the government has an adequate reason for taking away a person’s life, liberty, or property. In other words, substantive due process looks to wheter there is a sufficient

justification for the government’s action”³⁴. Nessa ordem de ideias, agride à Constituição toda exigência que se afigure irrazoável (*reasonableness*) ou implique uma limitação desproporcional à liberdade privada relativamente ao fim que se pretende atingir. Os três conceitos, portanto, razoabilidade, proporcionalidade e devido processo substantivo, entrelaçam-se, complementando-se para fornecer a moldura dessa garantia dos administrados³⁵. Configuram assim a típica *função* de princípio³⁶, na medida em que introduzem conceitos válvulas, que permitem a flexibilização e a modernização do sistema.

Inicialmente, como se assentou em *Lochner vs. New York*³⁷, o devido processo substantivo veio invocado na proteção de liberdades econômicas, e só posteriormente, na linha do que se decidiu em *Roe vs. Wade*³⁸, foi ganhar asas para abarcar a mais ampla gama de direitos, assim também os ditos “não econômicos”, relativos à família, sexualidade, moral etc. Tornou-se, na construção da jurisprudência americana, verdadeira limitação ao poder de polícia³⁹ na regulação da conduta privada, condicionando a medida da invocação do bem-estar

34. CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Aspen, 2019. p. 420.

35. Utilizaremos esses três termos – devido processo substantivo, razoabilidade e proporcionalidade – indistintamente, eis que entendemos que sejam apenas faces de uma mesma garantia constitucional, protegida pelo art. 5º, LIV, da CF.

36. Na lição de CANOTILHO encontramos a famosa distinção entre regras e princípios que permite confirmar a assertiva feita, de que o devido processo substantivo, diferentemente do procedimental, encaixa-se com muito mais perfeição na categoria dos princípios: (a) o *grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida; (b) *grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador?, do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta; (c) *proximidade da ideia de direito*: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; (d) *natureza normogênética*: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênética fundamentante (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 172 et seq.).

37. 198 US 45 (1905), caso em que a Corte declarou inconstitucional uma lei que impunha um limite máximo de horas de trabalho aos padeiros.

38. 410 US 113 (1973), caso de legalização do aborto.

39. A própria expressão “poder de polícia” nasceu no julgado de MARSHALL, *Brown vs. Maryland*, 12 Wheat, 1827.

geral ou do interesse do Estado *proporcionalmente* ao impacto da restrição na liberdade privada⁴⁰⁻⁴¹.

Na Suprema Corte brasileira, da mesma forma, o devido processo legal substantivo vem recebendo acolhida em diversos julgados. Em decisões mais antigas, quando o princípio era invocado dissociado de uma base mais técnica, o *substantive due process* aparecia mais como um ato de repugnância a um estatuto que feria o sentimento de justiça, como se vê na decisão do Ministro Oroszimbo Nonato, que repudia a tributação excessiva por entendê-la abusiva⁴²⁻⁴³, do que efetivamente como uma intransponível garantia constitucional. Após alguns anos, o Ministro Vitor Nunes *in RMS*, n. 16.912, de 31. X.67, houve por bem

-
40. A célebre definição de poder de polícia do Chief Justice SHAW, in *Cush* 53, 84, 85 não descuida por um só segundo da noção de razoabilidade: “Rights of property, like all other social and conventional rights, are subject to such reasonable limitations in their enjoyment as shall prevent them from being injurious, and to such reasonable restraints and regulations established by law as the legislature, under the governing and controlling power vested in them by the constitution, may think necessary and expedient [...] The power we allude to is rather the police power, the power vested in the legislature by the Constitution to make, ordain, and establish all manner of wholesome and reasonable laws, statutes, and ordinances, either with penalties or without, not repugnant to the Constitution, as they shall judge to be for the good and welfare of the commonwealth, and the subjects of the same. It is much easier to perceive and realize the existence and sources of this power than to mark its boundaries, or prescribe limits to its exercise”.
41. “But the doctrine of due process as a police power limitation was not universally accepted and some courts made deliberate efforts to combat it” (MOTT, Rodney L. *Due process of law*. New York: The Bobbs Merrill, 1973. p. 319).
42. É importante notar-se aqui que a abusividade é invocada antes mesmo que houvesse expressa na Lei Maior a cláusula da proibição de efeito de confisco (RE n. 18.331, de 21. IX.51): “O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito de inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado”.
43. O Ministro Moreira Alves na linha do julgado *supra* assim decidiu na Rp n. 1.077, de 28 de março de 1984: “De outra parte, como tais taxas dizem respeito à remuneração da prestação jurisdicional pelo Estado, podem elas, se excessivas, criar obstáculo, que resulta da lei que determina a fixação de seu valor, capaz de impossibilitar a muitos a obtenção dessa prestação, o que acarreta a inconstitucionalidade dessa lei, por ofensa ao princípio inserido na parte inicial do § 4º do artigo 153 da Constituição: ‘A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual’”.

enfrentar a noção de *abuso*, reconhecendo a necessidade de se visualizá-la na conformação dos princípios constitucionais, para que fosse possível o discernimento de “certas questões”⁴⁴. E a máxima logrou maioria, em decisão do Ministro Celso Mello, na qual o pleno da Corte Maior fez o princípio vir à tona com toda a sua força e técnica, na ADI n. 1.158-8, em que se decidiu: [...] “Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só no aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que esse não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal”.

Hoje, a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade é compulsória também no processo administrativo, por expressa disposição da Lei n. 9.784/1999, art. 2º⁴⁵. E, mais do que isso, a lei disciplina que serão

44. São palavras do Ministro: “a noção do abuso, a meu ver, é que concorre para configurar a violação de certos princípios constitucionais, pois através da noção de abuso é que o Poder Judiciário, que julga em caso concreto, poder ter o pleno discernimento de certas questões. A noção de abuso é controvertida, tanto no direito civil, como no processual, como no administrativo, como também no direito constitucional. Mas, controvertida ou não, ela vai fazendo o seu caminho vitorioso na doutrina e na legislação. Antes, nossa lei quase a desconhecia. Agora, a proclama em diversos textos. Como juiz, estou nesta linha”.

45. “Art. 2º A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; X – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio [...]”

observados no processo administrativo os critérios de “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. Parece-nos, portanto, que se outrora o reconhecimento de uma exigência inconstitucional, por irrazoável, diante do caso concreto decorria de uma construção jurisprudencial da Suprema Corte, com base em princípios de Justiça, hoje tal reconhecimento decorre diretamente da Constituição e, especialmente, dos princípios positivos do processo administrativo que dão conformação à regra maior do art. 5º, LIV.

Para verificação de proporcionalidade importa observar se o legislador, ao praticar o ato em questão, atentou para os seguintes aspectos: (1) legitimidade do objetivo perseguido; (2) efetividade do meio escolhido; (3) imprescindibilidade do meio escolhido; (4) proporção entre o meio e o fim. Como ensina o Tribunal Constitucional alemão, “os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais”⁴⁶⁻⁴⁷.

Assim, a legitimidade dos objetivos diz com a necessidade de o objetivo perseguido com a norma estar em convergência com os objetivos perseguidos pela Carta, como, *v.g.*, a proteção da saúde, do meio ambiente, da família etc. A efetividade do meio escolhido, por sua vez, pode ser aferida observando-se se o meio escolhido é apropriado, é capaz de atingir aqueles objetivos supostamente/alegadamente perseguidos. No que tange à imprescindibilidade do meio escolhido, deve-se indagar se o instrumento utilizado é efetivamente a única forma, e a menos danosa, de realizar o escopo perseguido, com igual grau de

46. BVerfGE, 30:292 (316), 39:210 (230-1).

47. Nesse mesmo sentido, WILLOUGHBY, quando explica que o tributo se torna inconstitucional quando a tomada não indenizada da propriedade é feita em inobservância ao devido processo substantivo: “from the foregoing it is apparent that the taking of private property in the form of taxes is not, in itself, a taking of private property without due process because no direct compensation is made for the property thus taken. Though the taking of the property in the form of a tax is thus not in itself a taking without due process, it may become such by reason of the purpose for which, or the manner which, the tax is levied, assessed and collected” (WILLOUGHBY. *Constitutional law of the United States*. New York: Baker, 1910. v.1, p. 584).

eficiência. Ou seja, se o mesmo resultado não pode ser atingido de uma maneira menos traumática.

Por último, quando se fala em proporção entre o meio e o fim, a questão que se coloca é justamente aquilo que a doutrina costuma chamar de “razoabilidade em sentido estrito”. Trata-se de ponderar valores e garantias constitucionais. Nesse sentido, útil lembrar o entendimento do Tribunal Constitucional alemão, que já decidiu:

No âmbito da regulação da ordem privada, nos termos do art. 14, parágrafo 2º, da Lei Fundamental, deve o legislador contemplar, igualmente, os dois elementos que estão numa relação dialética – a liberdade constitucionalmente assegurada e o princípio da função social da propriedade – cumprindo-lhe a tarefa de assegurar uma relação equilibrada entre esses dois elementos dentro da ordem jurídica⁴⁸.

A Lei n. 14.973/2024, no ponto em que determina a apropriação, pelo Tesouro Nacional, de depósitos judiciais e não judiciais “esquecidos”, conflita frontalmente com a proporcionalidade. O meio utilizado para gerar receita ordinária para o Erário e sanar suas dificuldades de caixa decorrentes de má gestão não é legítimo. Inexiste espaço constitucional para a prática do confisco em uma tal situação. Tampouco há causa que justifique a penalização do particular.

O meio escolhido para a obtenção de recursos tampouco é legítimo. A Constituição garante ao Estado o direito de chamar o particular a contribuir para o custeio das receitas primárias mediante a imposição de tributos. Todo tributo, contudo, somente pode ser legitimamente exigido se observar as limitações formais e materiais impostas pelo Sistema Constitucional Tributário. Fora disso, toda e qualquer exigência compulsória de caráter pecuniário pode e deve ser caracterizada como confisco ilegítimo, tomada da propriedade fora das hipóteses constitucionalmente previstas.

A desproporção entre o meio e o fim escolhido pela Lei n. 14.973/2024, então, é ululante. A finalidade de recompor eventual déficit orçamentário pode se dizer situação que acomete todo e qualquer governante. Trata-se de uma situação normal de um governo. Especialmente daqueles que não reduzem – antes ampliam – gastos públicos. O que não se admitirá jamais é que, a cada vez que

48. BverfGE, 37132 (140).

incorra em déficit orçamentário, o governo opte – como se lhe fosse autorizado – por confiscar bens particulares, que elege *ad hoc* segundo sua conveniência.

Cabe indagar: o que, então, admitida essa tentativa, impediria o Estado de amanhã confiscar qualquer outro tipo de ativo dos particulares? Um veículo antigo? Um título mobiliário? Uma obra de arte? Uma participação acionária? Enfim, a prevalecer a teratológica tentativa da Lei n. 14.973/2024 de confiscar recursos em contas de depósitos judiciais e não judiciais, estará aberta a caixa de Pandora, e o direito de propriedade, fundamental e inabolível, poderá ser suprimido segundo a conveniência orçamentária circunstancial dos governantes irresponsáveis.

2.6 A concreta ofensa ao devido processo legal adjetivo

O confisco realizado sequer foi precedido de processo judicial para a perda da propriedade pelo particular, como expressa e literalmente exige a Constituição de 1988, art. 5º, LIV, quando diz que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Decorreu direta e imediatamente do comando de uma mera lei ordinária que, aparentemente, pretendeu sobrepor-se à cláusula pétrea constitucional.

Como afirma Carlos Ari Sundfeld, tratando-se de medida que priva a liberdade ou a propriedade, como no caso da Lei n. 14.973/2024, o devido processo legal a que alude o art. 5º, LIV, da Constituição Federal não se satisfaz apenas com o respeito ao contraditório e à ampla defesa (também presentes no processo administrativo), sendo indispensável que o processo se desenvolva perante o Poder Judiciário:

[...] Preceitua o art. 5º, LIV, da Constituição da República que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Segue-se que a imposição de sacrifícios depende do devido processo legal.

O que significa o *processo legal*, nesse dispositivo? Este deve ser entendido como o desenvolvido *perante o juiz* competente e cercado das garantias inerentes ao *contraditório* e à *ampla defesa* (com todas as consequências derivadas dessas cláusulas). É fundamental deixar assentado o primeiro aspecto. O devido processo legal não é apenas o informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa (aspecto material), mas o realizado pelo Poder Judiciário (aspecto subjetivo). Aqueles princípios têm aplicação mais ampla, para além do processo judicial; vinculam também o procedimento administrativo, nos termos expressos do art. 5º, LV, da Carta Constitucional brasileira. Mas, em se tratando de privação da liberdade ou da

propriedade, não basta o respeito a tais cláusulas – é dizer, não basta a observância do inc. LV, em sede administrativa –, necessário que o processo seja judicial⁴⁹.

Para além do processo judicial, é indispensável, à garantia do devido processo legal, que a legislação infraconstitucional que o discipline se mostre fiel à Carta, sob pena de ser rejeitada, conforme lição de Humberto Theodoro Júnior:

[...] não só na interpretação da lei comum, como na aplicação ao quadro fático, e ainda, de maneira direta, fazem atuar e prevalecer a supremacia da Constituição. O devido processo legal, portanto, pressupõe não apenas a aplicação adequada do direito positivo, já que lhe toca, antes de tudo, realizar a vontade soberana das regras e dos princípios constitucionais. A regra infraconstitucional somente será aplicada se se mostrar fiel à Constituição. Do contrário, será recusada. E, mesmo quando a lide for resolvida mediante observância da lei comum, o seu sentido haverá de ser definido segundo a conformidade com a Constituição⁵⁰.

Como espécie de simulacro de *due process*, a Lei n. 14.973/2024 dá ao particular o direito de impugnar o confisco administrativamente, em exíguos 30 dias, sob pena de “passarem ao domínio da União e serem apropriados pelo Tesouro Nacional como receita orçamentária primária” (art. 45, *caput* e §§ 2º e 3º, da Lei n. 14.973/2024⁵¹). Veja-se que, apesar dos meios de que dispõe o Estado, não

49. SUNDFELD, C. A. Revisão da desapropriação no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 192, p. 38–48, 1993. DOI: 10.12660/rda.v192.1993.45734. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45734>. Acesso em: 10 out. 2024.

50. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27.

51. “Art. 45. Os recursos existentes nas contas de depósitos, sob qualquer título, cujos cadastros não foram objeto de atualização, na forma da Resolução do Conselho Monetário Nacional n. 4.753, de 26 de setembro de 2019, somente poderão ser reclamados junto às instituições depositárias até 30 (trinta) dias após a publicação desta Lei.

[...]

§ 2º Decorrido o prazo de que trata o *caput*, os saldos não reclamados remanescentes junto às instituições depositárias passarão ao domínio da União e serão apropriados pelo Tesouro Nacional como receita orçamentária primária e considerados para fins de verificação do cumprimento da meta de resultado primário prevista na respectiva lei de diretrizes orçamentárias, aplicando-se o disposto neste parágrafo aos valores equivalentes ao fluxo dos depósitos de que trata o Capítulo VI.

§ 3º Uma vez que os saldos não reclamados remanescentes forem apropriados pelo Tesouro Nacional na forma do § 2º, o Ministério da Fazenda providenciará a publicação, no Diário Oficial da União, de edital que relacionará os valores recolhidos, indicará a instituição

se adotou qualquer providência no sentido de tentar localizar os titulares das contas ou seus sucessores, diferentemente do que é feito quando o governo tem interesse em localizar qualquer particular, seja para lhe outorgar ou cassar algum benefício.

Não há citação, ou tentativa de intimação. Aliás, não há petição inicial ou denúncia (caso delito houvesse). Muito menos ampla defesa.

O prazo para impugnação não é conhecido previamente pelo lesado. E a consequência jurídica decorrente de sua eventual inércia, tampouco. Tudo é criado *ad hoc*, pela mesma caneta que instituiu o confisco.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 5.755, reconheceu a inconstitucionalidade da Lei n. 13.463/2017, que estabeleceu limite temporal para o exercício do direito de levantamento de crédito de precatório e/ou RPV depositado em instituição financeira sem intimação prévia do interessado, à semelhança do que ocorre com a Lei n. 14.973/2024. Na oportunidade, nossa Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade, em razão da violação ao devido processo legal, na sua dimensão adjetiva. O seguinte voto da Ministra Relatora Rosa Weber sintetiza a posição de nossa Corte Constitucional sobre o tema:

A Lei n. 13.463/2017 criou verdadeira inovação ao disciplinar o pagamento de montantes por precatórios e requisições de pequeno valor por meio da determinação de um limite temporal para o exercício do direito de levantamento do importe do crédito depositado. A transferência automática, pela instituição financeira depositária, dos valores depositados para a Conta Única do Tesouro Nacional sem prévia ciência do interessado ou formalização de contraditório (art. 5º, LV, CF) afronta o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) no que atine ao respeito ao contraditório e à ampla defesa. 4. Tal lei desloca a prévia ciência e o exercício do contraditório para momento posterior ao cancelamento automático, procedimento que viola a Constituição Federal. A mera possibilidade de novo requerimento do credor não desfigura a inconstitucionalidade material em razão da não observância do contraditório e da ampla defesa. [...] A mora do credor em relação ao levantamento dos valores depositados na instituição financeira deve ser apurada no bojo do processo de execução, sem necessidade de cancelamento automático das requisições em ausência de prévia ciência ao interessado. Violação do devido processo legal

depositária, a agência e a natureza e o número da conta do depósito e estipulará prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de sua publicação, para que os respectivos titulares contestem o recolhimento efetuado.”

(art. 5º, LIV, CF) e do princípio da proporcionalidade. Revela-se desproporcional a imposição do cancelamento automático após o decurso de dois anos do depósito dos valores a título de precatório e RPV. A atuação legislativa não foi pautada pela proporcionalidade em sua faceta de vedação do excesso⁵².

Portanto, a Lei n. 14.973/2024 viola também a cláusula pétrea constitucional que garante o devido processo legal adjetivo e, por essa razão, é incompatível com a Constituição Federal.

2.7 Ofensa ao pacto federativo – o regime de aquisição de “coisas vagas”, jacentes ou de ausentes

Como visto até aqui, o sistema constitucional brasileiro não tolera a expropriação ou o confisco de bens do particular, salvo nos casos previstos na própria Carta. E é, por essa razão, que a legislação brasileira possui tratamento específico e exaustivo quanto ao regime de aquisição de coisas vagas, jacentes ou de ausentes.

Jefferson Carús Guedes, ao citar Pontes de Miranda, bem estabelece a diferença entre coisas vagas, jacentes ou de ausentes:

Pontes de Miranda é preciso ao definir as coisas vagas pelo que chama de critério diferenciador: “A ignorância de quem seja o titular do direito aos bens é que constitui elemento diferenciador” entre coisas vagas, jacentes e de ausentes. Assim, não são *vagos* os bens do morto, a herança jacente, ou os bens dos ausentes, porquanto desses se sabe a quem pertenciam, embora não se possa entregar a quem pertenciam (morto) ou pertencem (ausente)⁵³.

O regime de aquisição de coisas vagas, entendidas como aquelas em que se ignora o seu titular, é tratado nos arts. 1.233 a 1.237 do Código Civil, que disciplina a “descoberta”. Ali se estabelece a obrigação daquele que encontre coisa alheia perdida a restituí-la a seu dono ou legítimo possuidor⁵⁴. Não localizado o dono ou legítimo possuidor, a coisa vaga (coisa alheia perdida) deverá ser

52. ADI 5.755, Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, j. 30.06.2022, *DJe* 04.10.2022.

53. GUEDES, Jefferson Carús. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 719 a 770*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 460. (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil; v. 11, coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cunha Arenhart, Daniel Mitidiero)

54. “Art. 1.233. Quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor.”

entregue à autoridade competente, que poderá ser a autoridade policial ou o juiz (art. 1.233, parágrafo único, do CC⁵⁵, c/c arts. 746, *caput* e § 1º, do CPC⁵⁶), que dará conhecimento público ao fato (publicação de edital na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juiz e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça – art. 746, § 2º, do CPC⁵⁷).

Não se apresentando o proprietário da coisa vaga, ponto que interessa para o presente parecer, será esta vendida em hasta pública e o resultado, deduzidas as despesas e a recompensa do descobridor, pertencerá ao Município em cuja circunscrição se encontrou o objeto perdido (art. 1.237 do CC⁵⁸).

No âmbito do direito das sucessões, a herança deixada por *de cujus* que não possua herdeiros e/ou sucessores (herança jacente) é disciplinada nos arts. 1.819 a 1.823 do CC. Declarada a vacância da herança por não terem se habilitado herdeiros e decorrido o prazo previsto em lei, os bens integrantes do montem passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União quando situados em território federal (arts. 1.820 e 1.822 do Código Civil⁵⁹).

55. “Parágrafo único. Não o conhecendo, o descobridor fará por encontrá-lo, e, se não o encontrar, entregará a coisa achada à autoridade competente.”

56. “Art. 746. Recebendo do descobridor coisa alheia perdida, o juiz mandará lavrar o respectivo auto, do qual constará a descrição do bem e as declarações do descobridor.

§ 1º Recebida a coisa por autoridade policial, esta a remeterá em seguida ao juízo competente.”

57. “§ 2º Depositada a coisa, o juiz mandará publicar edital na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça ou, não havendo sítio, no órgão oficial e na imprensa da comarca, para que o dono ou o legítimo possuidor a reclame, salvo se se tratar de coisa de pequeno valor e não for possível a publicação no sítio do tribunal, caso em que o edital será apenas afixado no átrio do edifício do fórum.”

58. “Art. 1.237. Decorridos sessenta dias da divulgação da notícia pela imprensa, ou do edital, não se apresentando quem comprove a propriedade sobre a coisa, será esta vendida em hasta pública e, deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do descobridor, pertencerá o remanescente ao Município em cuja circunscrição se deparou o objeto perdido.”

59. “Art. 1.820. Praticadas as diligências de arrecadação e ultimado o inventário, serão expedidos editais na forma da lei processual, e, decorrido um ano de sua primeira publicação, sem que haja herdeiro habilitado, ou penda habilitação, será a herança declarada vacante.

[...]

Art. 1.822. A declaração de vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União quando situados em território federal.”

Nesse ponto, é importante lembrar que, atualmente, não existem territórios federais no Brasil, uma vez que foram extintos ou reincorporados pela Constituição Federal de 1988, conforme arts. 14 e 15 do ADCT⁶⁰.

No caso do patrimônio do ausente, ou seja, da pessoa que desapareceu de seu domicílio sem deixar notícia, representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência e nomeará curador, a quem caberá a administração desse patrimônio (arts. 22 a 25 do Código Civil e arts. 744 e 745 do CPC).

Um ano após a arrecadação dos bens do ausente será aberta a sucessão provisória e, não havendo herdeiros ou interessados no patrimônio, seguir-se-á com o procedimento estabelecido para herança jacente, anteriormente detalhado (art. 28, § 2º, do Código Civil⁶¹). Se nos dez anos que se seguirem ao trânsito em julgado da sentença da sucessão provisória não regressar o ausente ou os interessados não promoverem a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal (art. 39, parágrafo único, do Código Civil⁶²).

60. “Art. 14. Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos.

§ 1º A instalação dos Estados dar-se-á com a posse dos governadores eleitos em 1990.

§ 2º Aplicam-se à transformação e instalação dos Estados de Roraima e Amapá as normas e critérios seguidos na criação do Estado de Rondônia, respeitado o disposto na Constituição e neste Ato.

§ 3º O Presidente da República, até quarenta e cinco dias após a promulgação da Constituição, encaminhará à apreciação do Senado Federal os nomes dos governadores dos Estados de Roraima e do Amapá que exercerão o Poder Executivo até a instalação dos novos Estados com a posse dos governadores eleitos.

§ 4º Enquanto não concretizada a transformação em Estados, nos termos deste artigo, os Territórios Federais de Roraima e do Amapá serão beneficiados pela transferência de recursos prevista nos arts. 159, I, ‘a’, da Constituição, e 34, § 2º, II, deste Ato.

Art. 15. Fica extinto o Território Federal de Fernando de Noronha, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco.”

61. “§ 2º Não comparecendo herdeiro ou interessado para requerer o inventário até trinta dias depois de passar em julgado a sentença que mandar abrir a sucessão provisória, proceder-se-á à arrecadação dos bens do ausente pela forma estabelecida nos arts. 1.819 a 1.823.”

62. “Parágrafo único. Se, nos dez anos a que se refere este artigo, o ausente não regressar, e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal.”

Como se percebe, a legislação brasileira já estabelece o devido processo legal para a destinação de “recursos esquecidos” – na terminologia utilizada pela Lei n. 14.973/2024 – em todas as hipóteses possíveis, a saber: das coisas vagas, jacentes e de ausentes.

A existência de depósitos em contas judiciais e não judiciais sobre os quais o interessado não tenha manifestado interesse ou que estão há longos anos sem movimentação não autorizam o seu confisco em favor da União, como de fato faz a Lei n. 14.973/2024. O devido processo legal estabelecido em lei e com amparo na Constituição Federal determina que seja identificado o seu dono – ou a destinação aos seus sucessores.

Não sendo possível identificar o dono (coisa vaga) ou os herdeiros/sucessores (herança vacante e bens do ausente), os depósitos passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal. Tudo na forma da lei e do devido processo legal.

A Lei n. 14.973/2024, ao determinar a apropriação ao Tesouro Nacional de recursos que deveriam ser declarados coisa vaga, herança vacante ou bem de ausente e que teriam como destinação final a sua incorporação ao patrimônio dos Municípios ou do Distrito Federal, investe contra o pacto federativo, violando os arts. 6º, § 4º, I, e 18, *caput*, ambos da Constituição Federal.

2.8 O paralelo com o confisco da poupança

Não há como deixar de traçar o paralelo entre o que agora se pretende com a Lei n. 14.973/2024 e o ocorrido durante o governo Collor, no famigerado “confisco da poupança”, levado a efeito por meio da Medida Provisória n. 168/1990, posteriormente convertida na Lei n. 8.024/1990. Naquela ocasião – que ainda hoje causa náusea à sociedade – contudo, o Poder Público foi deveras mais cuidadoso. E se valeu da figura do empréstimo compulsório, ou seja, uma iniciativa que já nascia vinculada à obrigação de devolver os ativos aos particulares. Nunca, legalmente, se falou em confisco, em apropriação em caráter definitivo, de ativos bancários.

Aqui, diferentemente, a tomada da propriedade se fez de forma cabal, permanente e absoluta. Sequer se tentou instituir empréstimo compulsório, até mesmo porque a Constituição restringe a instituição dessa espécie tributária à guerra ou sua iminência, à calamidade pública ou ao caso de investimento público de caráter urgente e relevante interesse nacional, o que claramente não é o caso.

Chama a atenção, aqui, o uso de lei ordinária que, quase em tom de galhofa, pretende contornar a proibição da Emenda Constitucional n. 32/2001, que – após o confisco da poupança – preocupou-se em proibir o uso de Medida Provisória para a prática de confisco, conforme redação atribuída ao art. 62, § 1º, II, da Constituição Federal⁶³. Assim, o Poder Público, agora, vale-se de uma lei em sentido próprio, como se isso lhe autorizasse a revogar direito fundamental inabólvél, dando-lhe carta branca para confiscar ativos bancários dos contribuintes.

2.9 O nazismo revivido

Um paralelo mais assertivo a ser traçado com o caso em exame, contudo, é com a prática adotada por bancos suíços após a Segunda Guerra Mundial, quando tomaram a liberdade de “incorporar” ao seu patrimônio o dinheiro das famílias judias (e de suas empresas) exterminadas no holocausto. Afinal, não havia ninguém para reclamar do ato de confisco. Mesmo assim, vale dizer que a demanda proposta pelo World Jewish Congress para reaver o dinheiro (ou ser indenizado) foi vitoriosa, com o pagamento de bilhões de dólares aos prejudicados por longos 15 anos⁶⁴.

À época, chamavam-se essas contas nos bancos suíços de “contas dormentes” ou “contas sem herdeiros”. Hoje, no Brasil, chamam-se “Recursos Esquecidos” e “Depósitos Judiciais em Processos Encerrados” (terminologia da Lei n. 14.973/2024). Em ambos os casos, não se trata de recursos sem dono ou titular. Quando muito, são recursos de titulares não identificados, mas passíveis de identificação.

Fica bastante óbvio que não há onde encaixar, na Constituição, a prática confiscatória adotada pela Lei n. 14.973/2024. A questão é simples: a União está se apropriando de bens que não são seus, sem indenização e de forma definitiva para tapar buraco em sua “contabilidade criativa”. E, apesar de deter

63. “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria.

[...]

II – que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro [...].”

64. Relembrando um capítulo triste da história suíça. Disponível em: https://www.swissinfo.ch/por/politica-suica/dia-de-memoria-do-holocausto_relembrando-um-capitulo-triste-da-historia-suica/ad-titulo-triste-da-historia-suica/ad-a7a/43845954. Acesso em: 11 out 2024.

os meios para tanto, preferiu não envidar esforços adicionais para identificar os possíveis beneficiários das importâncias.

3 SÍNTESE DO CASO CONCRETO: AS DIVERSAS INCONSTITUCIONALIDADES DO ATO DE CONFISCO

A natureza jurídica do ato atacado pela presente Ação Direta é facilmente classificável. Não tratou a lei de limitar o direito de propriedade em sua extensão, tampouco de reduzir ou compatibilizar seu gozo com qualquer outra garantia constitucional. O que o Estado fez aqui foi apreender bens em prol do Fisco. Literalmente, confiscar.

As situações em que o constituinte admitiu a possibilidade de supressão do direito de propriedade, como se viu anteriormente, são limitadas e pontuais. Na expropriação, mediante justa e prévia indenização, ou, diante da prática de um delito, situação em que se abria a possibilidade de imposição da punição de confisco. Aqui não se está diante do cometimento de qualquer ilícito, nem do pagamento de qualquer compensação pelo ato expropriatório.

Tampouco se está diante de situação em que se admite que o contribuinte seja chamado a contribuir para o custeio do Erário, mediante a instituição de tributo. A exigência pecuniária compulsória imposta não atende a quaisquer das limitações materiais e formais impostas pelo constituinte para a cobrança tributária. E sequer há como enquadrar o ato em quaisquer das espécies exacionais elencadas em *numerus clausus* pela Carta.

E, mesmo no âmbito tributário, a limitação do direito de propriedade pela imposição de tributo jamais poderia alcançar as raias do confisco. Primeiro, porque tributo e confisco se opõem conceitualmente, na medida em que um se impõe sobre atos lícitos, e o outro sobre ilícitos. Mas, mais importante, porque o art. 150, IV, da Carta veda taxativamente que a tributação sequer se aproxime, em extensão e intensidade, à tomada da propriedade particular pelo Estado, vedando que o tributo tenha “efeito” de confisco, o que, como visto, ocorre em momento anterior ao confisco em sentido estrito. Ou seja, mesmo quando o ordenamento exige sacrifício do particular para contribuir ao sustento do Estado, ele o faz de maneira limitada e delimitada, que em hipótese alguma pode implicar confisco ou algo que se aproxime quantitativamente disso.

A Lei n. 14.973/2024 atropela a legislação brasileira que disciplina a destinação dos recursos cujos titulares não sejam identificados ou identificáveis. O devido processo, estabelecido em lei e com amparo na Constituição Federal, determina que seja identificado o titular dos depósitos ou, na impossibilidade, a destinação desses recursos aos herdeiros/successores. Não sendo possível identificar o dono (coisa vaga), tampouco os herdeiros/successores (herança vacante e bens do ausente), os depósitos passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal (arts. 39, parágrafo único, 1.237 e 1.822, todos do Código Civil).

A Lei n. 14.973/2024, ao determinar a apropriação ao Tesouro Nacional de recursos que deveriam ser declarados coisa vaga, herança vacante ou bem de ausente e que teriam como destinação final a sua incorporação ao patrimônio dos Municípios ou do Distrito Federal, investe contra o pacto federativo, violando os arts. 6º, § 4º, I, e 18, *caput*, ambos da Constituição Federal.

O que se tem aqui é a previsão em uma lei ordinária de tomar para o Erário o patrimônio particular por mero “decorso de tempo” e sem outra causa que lhe dê suporte, que não seja a necessidade de caixa em decorrência de má gestão; uma lei ordinária que, em outras palavras, pretende revogar a Constituição em seu pilar mais elementar e essencial, o dos direitos fundamentais de primeira geração.

Necessidade de caixa todo governante tem, quanto mais quando expande significativamente gastos e não se dedica à diminuição do aparato estatal, como vem ocorrendo atualmente. Isso em hipótese alguma, contudo, poderá se converter em oportunidade para solapar a Constituição, criando insegurança jurídica tão intensa que faz questionar a própria razão de ser do Estado. O ato atacado é simbólico, porque pretende se impor sobre cláusula pétrea, o que já seria razão suficiente para que se invertesse a presunção de sua constitucionalidade, como se expôs anteriormente.

Em face do exposto, os arts. 39, *caput* e § 3º, 42, 45, 46 e 47 da Lei n. 14.973, de 16 de setembro de 2024, introduzem prática confiscatória e, por essa razão, não encontram amparo na Constituição Federal.

Porto Alegre, 11 de outubro de 2024.