



**Estado do Rio Grande do Sul**  
**Procuradoria-Geral do Estado**

ISSN 0101-1480

# **Revista da** **PGE**

**Procuradoria-Geral do Estado RS**

**v. 28 n. 60**  
**julho/dezembro 2004**



# **REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

**Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional**

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

ISSN 0101-1480

RPGE	PORTO ALEGRE/RS	v. 28	n. 60	p. 1-204	jul./dez. 2004
------	-----------------	-------	-------	----------	----------------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979)– . – Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 1979 – v.; 21 cm.  
Semestral.

Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v. 1-9, n. 1-23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catálogo na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

*Os artigos de doutrina não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral*

Todos os direitos desta edição reservados pela  
**Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**  
Av. Borges de Medeiros, 1501 - 13º Andar  
Fone: (51) 3288.1656  
90119-900 - Porto Alegre/RS

Impresso no Brasil

**GERMANO RIGOTTO**

Governador do Estado

**ANTÔNIO HOHLFELDT**

Vice-Governador do Estado

**HELENA MARIA SILVA COELHO**

Procuradora-Geral do Estado

**JOSÉ CALVINO PIRES MAIA**

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

**TELMO LEMOS FILHO**

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

**EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL**

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Institucionais

**LUIZ FELIPE TARGA**

Corregedor-Geral da PGE

**MÁRCIA PEREIRA AZÁRIO**

Coordenadora da Procuradoria de Informação,  
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

## **CONSELHO EDITORIAL**

Helena Maria Silva Coelho  
(Presidente)  
Carla Maria Petersen Herrlein  
Gabriel Pithan Daudt  
Manoel André da Rocha  
Márcia Pereira Azário  
Márcia Regina Lusa Cadore Weber  
Ricardo Seibel de Freitas Lima

## **EQUIPE TÉCNICA**

(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia  
Secretária-Executiva

Editoração, Impressão e Acabamento



**Gráfica e Editora RJR**

Fones: (51) 3341-6986 - 3362-3848  
e-mail: rjr@portoweb.com.br

## SUMÁRIO

<b>EDITORIAL</b>	.....	07
<b>DOCTRINA</b>		
As Possibilidades da Constituição no Âmbito do Direito Tributário	Gabriel Pithan Daudt .....	09
Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)	Luís Roberto Barroso .....	27
Federalismo: Origem e Fundamentos	Paulo Rogério Silva dos Santos .....	67
Imunidade Tributária das Entidades Assistenciais: É Necessária Lei Complementar?	Edmar Viane Marques Daudt .....	81
Surgimento e Evolução do Estado Social	Sandro Subtil Silva .....	115
Republicanismo e Federalismo Social: Perspectivas de Efetivação dos Direitos Fundamentais	Roberta Camineiro Baggio .....	129
A Jurisdição Constitucional na Espanha	Léo Brust .....	147
<b>TRABALHOS FORENSES</b>		
Ação Civil Pública	José Pires Bastos .....	173
Recurso Especial	Luiz Carlos Adams Coelho .....	178
<b>PARECERES</b>		
Parecer 13659	Luís Carlos Kothe Hagemann .....	199



## EDITORIAL

Com grande satisfação apresentamos à comunidade jurídica a presente Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 60, voltado a temas do Direito Constitucional, com ênfase na questão do Federalismo, e do Direito Tributário, basicamente composto por trabalhos de autoria de Procuradores do Estado, sem olvidar a valiosa contribuição de outros operadores do Direito.

As questões envolvendo o Federalismo têm sido tônica em muitas discussões judiciais, porquanto os problemas que afligem os estados federados, em sua maioria, têm a ver com a própria discussão do pacto federativo, que, ao longo desses quase dezoito anos de “constituição cidadã”, foi sofrendo, o que poderíamos denominar, um processo de “degradação”.

O Estado do Rio Grande do Sul, juntamente com alguns outros, tem incitado o debate sobre a justa recomposição aos Estados das perdas de ICMS decorrentes da Lei Kandir, bem como sobre a necessidade de repactuação da dívida pública interna, junto ao Governo Federal, matéria esta levada ao Supremo Tribunal Federal pela PGE/RS, ainda pendente de apreciação, e, ainda, sobre a efetiva pactuação de uma federação em bases justas não só para a União Federal, mas também para Estados e Municípios.

Não podemos esquecer qual a finalidade do pagamento dos tributos e, por outro lado, temos de ser efetivamente cidadãos ativos na cobrança do retorno dos recursos que repassamos aos cofres públicos. Temos de exercer nosso papel na democracia e, especialmente, em um de seus momentos mais relevantes, qual seja na discussão assemblear do orçamento público, para que assim possamos ter a dimensão do Estado e das receitas que são necessárias para fazer frente às demandas sociais exigidas de um Estado Social Democrático de Direito, como insculpido na Constituição Federal de 1988.

Por fim, faz-se, aqui, uma justa homenagem a dois valorosos Procuradores do Estado, que prematuramente nos deixaram: JOSÉ PIRES BASTOS E SANDRO SUBTIL SILVA, advogados públicos altamente qualificados, que foram colhidos no auge de sua capacidade profissional. Muito contribuíram eles para o bom desempenho da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul e deixaram, com certeza, suas marcas. Recebam os familiares e amigos dos nossos saudosos colegas esta singela homenagem àqueles que muito serviram ao interesse público.

Boa leitura a todos.

Helena Maria Silva Coelho  
Procuradora-Geral do Estado.



# AS POSSIBILIDADES DA CONSTITUIÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO<sup>1</sup>

Gabriel Pithan Daudt<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

A interpretação do direito tributário carrega em si um dos relacionamentos mais tensos que existiram ao longo da história: o embate fisco/contribuinte. Isto não ocorre por outro motivo senão em razão do expressivo reflexo econômico que resulta de uma interpretação nesta área. Em resumo, e, talvez, caindo-se em um lugar-comum, as decisões sobre direito tributário interessam e repercutem sobre toda a sociedade. Talvez por isso, sempre se pretendeu ter, no direito tributário, uma interpretação a mais objetiva possível com o intuito de se evitar distorções na aplicação do direito.

Ao lado deste fenômeno, as normas do direito tributário brasileiro, mais do que em qualquer outro país, adquiriram o *status* constitucional. Isto lhe dá uma característica muito marcante. O manuseio das normas constitucionais é uma necessidade constante na interpretação do direito tributário, ainda que em uma concepção tradicional, pouco afeita à utilização da Constituição como instrumento de interpretação.

Contudo, um dos grandes paradoxos que existe no direito tributário reside no fato de que, apesar de praticamente toda sua disciplina se encontrar na Constituição, não existe uma tradição de interpretação constitucional deste ramo do direito. Em outras palavras, a Constituição tende a alcançar o direito tributário apenas no plano formal, na hierarquia das normas. No entanto, os fundamentos da ordem constitucional, os objetivos, os princípios do ordenamento jurídico, os direitos e garantias individuais e a disciplina da ordem econômica costumam passar ao largo da interpretação do direito tributário.

A ausência de fundamentos norteadores faz com que a atividade de interpretação do direito tributário se resuma a uma postura subjetiva pró-fisco ou pró-contribuinte. As possibilidades da atual *práxis* de interpretação não permitem uma mudança de postura, pois o debate se dá em torno de conceitos pré-estabelecidos pela dogmática. O foco do direito tributário se constitui, basicamente, em um debate de “enquadramento”, ou seja, se uma situação se encaixa em determinado conceito, o que não dá margem a reflexões de ordem axiológica.

Este estudo se propõe a analisar as dificuldades por que passa a interpretação no direito tributário e propor alternativas para uma mudança de paradigma. Em razão disto, o estudo foi dividido em duas partes. Na primeira parte será abordada a impossibilidade prática dos modos correntes de interpretação no âmbito do direito tributário, onde serão analisados dois casos-chave para demonstrar a questão. Na segunda parte, serão propostas alternativas para a mudança de paradigma, através da superação da relação sujeito-objeto na interpretação e a abertura do direito tributário à Constituição.

<sup>1</sup> Artigo apresentado na disciplina de Hermenêutica Jurídica do Mestrado da UNISINOS.

<sup>2</sup> Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Mestre em Direito.

## 1 A INTERPRETAÇÃO TRADICIONAL NO ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Em todos os ramos do direito, e não exclusivamente no direito tributário, compartilhou-se da ilusão de que haveria um método ou métodos eficazes para a interpretação do direito tributário. O legislador, ao elaborar o Código Tributário Nacional, preocupou-se expressamente com a interpretação do direito tributário, tentando estabelecer métodos para determinadas circunstâncias.

O art. 108 do CTN<sup>3</sup>, por exemplo, tenta estabelecer uma ordem de preferência entre métodos de interpretação. O art. 111<sup>4</sup> estabelece situações onde a interpretação deverá ser literal – como se houvesse interpretação que não fosse literal. Já o art. 112<sup>5</sup> tenta estabelecer um critério em caso de infrações tributárias.

Na realidade, ao tempo da elaboração do CTN, muitos compartilhavam da idéia de que, para aplicação do direito tributário, não era necessária a interpretação. Bastava a subsunção do fato à norma sem maiores espaços para compreensão (TORRES, 2000:27). Na redação do CTN, havia uma clara tendência à limitação do âmbito de aplicação do direito tributário numa tentativa de se eliminar subjetivismos e dar mais certeza ao direito.

A tarefa de se tentar aplicar a norma sem interpretar é uma anomalia, pois não corresponde ao processo natural de racionalização do ser humano, no qual a aplicação e a compreensão se dão simultaneamente, como ensina Gadamer:

Assim, fica claro o sentido da aplicação que já está de antemão em toda forma de compreensão. A aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito. (2003:446-447)

Esta tentativa de fazer com que houvesse aplicação sem compreensão pressupunha que todo este ramo do direito fosse centrado em conceitos. Multiplicaram-

---

<sup>3</sup> Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

<sup>4</sup> Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

<sup>5</sup> Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

se, com isto, os conceitos, como o conceito de incidência, de tributo, de fato gerador, de base de cálculo, de contribuinte, entre outros. A interpretação se restringia ou era centrada na análise destes fatores.

Assim, por esta concepção, o intérprete do direito deveria tentar encaixar o fato aos conceitos já definidos pela dogmática jurídica, em uma típica relação sujeito-objeto. A preocupação em relação ao uso de conceitos pelo direito tributário já era levantada por Misabel Derzi, que demonstra o efeito negativo desta prática em relação às situações individuais:

É expediente que, desprezando as diferenças individuais na aplicação da lei, cuja apuração, em cada caso concreto, embora legalmente obrigatória, seria excessivamente onerosa ou difícil para a Administração, erige padrões ou médias para o cálculo do tributo (p. ex.: na Alemanha, os limites máximos fixados pela Administração, dos gastos extraordinários com a manutenção de familiares pobres, dedutíveis do imposto).

Trata-se de uma generalização que considera a média dos casos ou o tipo freqüente, tendo como base as circunstâncias normais ou usuais, ditadas pela experiência da vida, com abandono das diferenças individuais relevantes do ponto de vista jurídico. (1988:46)

Esta utilização de conceitos dados pela lei ou desenvolvidos pela dogmática como objetos estanques pode ser identificada com o fenômeno da “fetichização do discurso jurídico”, descrito por Lenio Streck:

(...) o discurso dogmático torna-se transparente, gerando uma cadeia significativa no interior da qual as seqüências discursivas remetem o usuário/operador jurídico diretamente à realidade, mediante o processo de ocultamento das condições de produção do sentido do discurso. A este fenômeno podemos denominar de “fetichização do discurso jurídico”, é dizer, através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo uma *lei-em-si*, abstraída das condições (de produção) que a engendraram, como se sua condição-de-lei fosse uma propriedade natural. Conseqüentemente, complementando com o mesmo Sercovich, o discurso dogmático se transforma em uma imagem, na tentativa (ilusória) de expressar a *realidade-social-de-forma-imediata*. No fundo, o discurso jurídico transforma-se em uma “texto sem sujeito”, para usar a terminologia de Pierre Legendre. (2000:79)

Talvez nenhum outro ramo do direito tenha sofrido tanto os efeitos da “fetichização do discurso jurídico” quanto o direito tributário. Tenta-se dar uma realidade prática ao direito tributário através de conceitos. Mesmo os princípios constitucionais tributários não fogem à regra. Discutem-se conceitos de isonomia, anterioridade, não-cumulatividade, e assim por diante.

Alfredo Augusto Becker, por exemplo, entendia que o direito, por ser uma simplificação da realidade, não deveria abandonar o critério de “deformação da realidade” no momento da interpretação. Segundo o autor, “*querer, no momento da interpretação da lei, libertar o fato econômico ou social da construção jurídica, que o transfigura, importa em destruir a praticabilidade e a utilidade do Direito*” (BECKER, 1998:99). Um dos

grandes fatores marcantes da obra de Alfredo Augusto Becker é sua reação à tendência de se analisar o fato jurídico tributário sob a ótica do fato econômico (BECKER, 1989:117). A defesa da abstração do fenômeno jurídico, contudo, não contribui para o sentido prático do direito, pois elimina do debate jurídico as tensões decorrentes dos embates sociais:

Graças a isso, no contexto da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisadas como meras *abstrações jurídicas*, e as pessoas, protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, reclamante e reclamado, e, não raras vezes, “suplicante e suplicado”, expressões estas que, convenhamos, deveriam envergonhar (sobremodo) a todos nós. *Mutatis, mutandis*, isto significa dizer que os conflitos sociais não entram nos foruns e nos tribunais, graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica dominante. Nesse sentido, pode-se dizer que ocorre uma espécie de “coisificação” (objetificação) das relações jurídicas. (STRECK, 2000:64)

Evidentemente, o ocultamento dos embates sociais não significou o fim destes mesmos embates. Eles continuaram presentes e influenciando as decisões, só que subjetivamente, pois foram banidos do discurso jurídico.

Esta redução da interpretação ao debate sobre conceitos levou o direito tributário a questões insolúveis, pois cada parte passou a deformar ou moldar o conceito com vista à consecução de seus objetivos, sendo que ambos os lados possuíam argumentos de igual força. A decisão a ser resolvida pelo judiciário passou a ter, então, duas características. A primeira era que a decisão entre duas posições de igual força não deixa de ter um caráter de arbitrariedade, pois tendia a ser a expressão de um posicionamento pró-fisco ou pró-contribuinte. A segunda é que, após a tomada de decisão pelo judiciário, um dos lados passava a contar com um argumento de autoridade, o que já seria suficiente para desqualificar a outra posição.

O debate alicerçado em conceitos reduziu drasticamente os horizontes do direito tributário, especialmente sua possibilidade prática de resolver conflitos. A seguir, serão expostos dois casos emblemáticos que demonstram como este debate sobre conceitos como objetos-em-si da interpretação levam o direito tributário a situações insolúveis. Evidentemente, não são os únicos casos que representam a crise na interpretação.<sup>6</sup> São, no entanto, exemplos bastante emblemáticos.

### **A) Primeiro Exemplo - A Natureza Tributária das Contribuições Previdenciárias**

Ao longo dos anos 70, muito se discutiu sobre a natureza jurídica das contribuições previdenciárias, ou seja, se elas seriam ou não tributos. O motivo da discussão nada mais era do que a tentativa de estender as garantias dos tributos – especialmente legalidade, anterioridade e prazos de prescrição – às contribuições previdenciárias. Quem

<sup>6</sup> Poderiam igualmente ser utilizadas como exemplo a questão dos créditos de IPI decorrentes de operações anteriores isentas ou com alíquota zero, a diferença entre os conceitos de faturamento e de receita bruta, as discussões acerca do conceito de renda, o conceito de produtos industrializados e semi-elaborados, o conceito de estabelecimento, entre vários outros casos.

defendia a posição de que as contribuições eram tributos – usualmente advogados tributaristas – apoiavam-se na redação do art. 3º do Código Tributário Nacional:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Por outro lado, quem defendia a tese de que as contribuições não eram tributos e, por isto, não sujeitas às limitações ao poder de tributar – leia-se Fazenda Pública – utilizava como argumento o art. 5º do CTN:

Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Pelas possibilidades de interpretação da época, ambos os lados tinham razão. Os partidários do art. 5º tinham ao seu favor a disposição literal da lei. Os partidários do art. 3º alegavam, com razão, que as contribuições se encaixavam no conceito de tributo dado por este artigo. Todo o debate se deu em torno de conceitos. Porém, os conceitos não ofereciam uma resposta ao problema. Ao aplicador do direito, restava a única alternativa que era a tomada de uma posição. Evidentemente, esta “tomada de posição” era um ato arbitrário, pois havia um dispositivo de igual hierarquia em sentido contrário, sendo a decisão a expressão de um posicionamento subjetivo pró-fisco ou pró-contribuinte.

Cada corrente se apegou a seu objeto de conhecimento para defender suas convicções. Cada lado lutava apenas com um artigo na mão, deixando todo o ordenamento jurídico de lado. Evidentemente, havia aqui as ilusões de que (1º) a resposta do problema poderia ser dada pela redação de um dos artigos isoladamente; (2º) que a redação de um dos artigos seria suficiente para superar a contradição dada pelo outro artigo.

Todos estavam presos à idéia de que a interpretação era uma relação sujeito-objeto. O intérprete deveria ler o artigo e captar seu significado para se chegar a uma conclusão. Nada mais havia nessa relação entre o intérprete e o artigo da lei, como se não existissem outros elementos, especialmente o interesse econômico<sup>7</sup> de quem tomava a posição.

Neste embate entre o art. 3º e o art. 5º, cada lado via o que queria enxergar. Quem defendia os contribuintes, enxergava as garantias de seus clientes e, por consequência, benefícios econômicos. Quem defendia o Fisco, via que era a tentativa de utilização de algo não previsto em lei para criar restrições à tributação. Os dois lados, porém, buscavam na lei algo que ela não lhes poderia dar.

Muito se debateu sem a alguma conclusão. A Constituição de 1988 não definiu expressamente se as contribuições eram ou não tributos, mas deu a elas tratamento tributário, ou seja, as mesmas garantias existentes em relação ao tributo. Este é um exemplo de como a utilização de conceitos estanques não leva a lugar algum. Ambos os lados tinham toda a razão, mas nenhum trouxe argumentos razoavelmente suficientes para o

<sup>7</sup> O termo “interesse econômico” não possui, aqui, qualquer conotação pejorativa. Os interesses econômicos eram e continuam sendo legítimos, muito embora tenham sido eles afastados do discurso jurídico.

convencimento. Não fosse a redação da nova Constituição, a discussão não teria fim.

## **B) Segundo Exemplo - A Imunidade Tributária das Listas Telefônicas**

Outra situação de conflito criada pela interpretação centrada em conceitos se deu em relação à imunidade sobre livros, periódicos e o papel destinado à sua produção prevista no art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal, relativas aos livros e periódicos.<sup>8</sup>

Empresas interessadas alegaram que a referida imunidade deveria ser estendida às listas telefônicas, pois, (1º) as listas telefônicas eram impressas e (2º) as listas eram distribuídas periodicamente, possuindo utilidade pública. Ou seja, as listas telefônicas estavam enquadradas no conceito de livros, jornais ou periódicos, não cabendo ao intérprete perquirir acerca do sentido desta imunidade. A imunidade deveria ser aplicada independente dos fins a que era destinada.

O Fisco, por sua vez, defendeu a posição de que o sentido da imunidade era a promoção e difusão do conhecimento e cultura, além da defesa da liberdade de expressão, não havendo motivos para se conceder uma isenção para quem produz listas telefônicas.

Dentro das perspectivas limitadas do debate, os dois lados possuíam razão, apesar de nitidamente absurda a idéia de imunidade sobre listas telefônicas. Os contribuintes tinham razão ao afirmar que as listas telefônicas eram um impresso periodicamente distribuído, enquadrando-se na previsão de imunidade tributária, prendendo-se àquilo que, na hermenêutica jurídica tradicional, se denomina de “critério literal”, pois a Constituição não excepcionou nenhum tipo de publicação. O Fisco, por sua vez, tinha razão ao afirmar que esta imunidade não foi feita para as listas telefônica, mas sim para defender a liberdade de expressão promover a cultura e o conhecimento, utilizando o chamando “critério teleológico”.

Assim, para uns, o conceito de imunidade era objetivo, ou seja, o máximo que poderia chegar o intérprete era verificar se se tratava de um livro ou um periódico. Estando a publicação enquadrada no conceito de livro ou periódico, deveria ser beneficiada pela imunidade. Para outros, porém, o conceito de imunidade era subjetivo, ou seja, ele poderia ser visto à luz dos objetivos para que foi criado. Ambas as posições estavam equivocadas porque partiam da idéia de que o artigo que previa a imunidade deveria ser interpretado como um objeto isolado.

Sobre o tema, é interessante observar como a dogmática usa, como argumentos, limites por ela própria criados. Aliomar Baleeiro, por exemplo, falava que “*se a Constituição não distinguiu no art. 19, III, d, não é lícita a distinção ao intérprete*” (1998:351).<sup>9</sup> Isto ocorre também com a jurisprudência, a qual cria limites para sua atuação, como tem é o caso da posição inicial do Supremo Tribunal Federal em relação ao Mandado de Injunção.<sup>10</sup> Em razão disto, a condição de possibilidade do jurista é reduzida drasticamente, pois se

<sup>8</sup> Tal previsão já existia na Constituição de 1969, porém sem a referência aos periódicos.

<sup>9</sup> Aliomar Baleeiro referia-se à aplicação da imunidade às publicações luxuosas com base no art. 19, III, “d”, da Constituição de 1969.

<sup>10</sup> “MANDADO DE INJUNCAO. NATUREZA. O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: (...)” (Mandado de Injunção no. 168/RS – Relator Min. Sepúlveda Pertence, j. em 21/03/1990)

convencionam vedações ao direito, ao objeto do conhecimento do jurista, que só se sustentam se for considerado legítimo que o direito não possa alcançar determinadas situações da vida. No caso da citação de Aliomar Baleeiro, tal restrição somente pode se sustentar se analisado o dispositivo legal isoladamente, como se apenas aquele artigo fosse suficiente para fornecer a norma sobre o tema.

Como já referido anteriormente, à autoridade judicial, dentro das condições de possibilidade que lhe fornece a dogmática, não possui alternativa senão escolher, arbitrariamente<sup>11</sup>, uma das posições. Foi que fez o Supremo Tribunal Federal:

TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO SOBRE SERVICOS (ISS) SOBRE A EDITORAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO, PRODUÇÃO INDUSTRIAL E DISTRIBUIÇÃO DE LISTAS TELEFÔNICAS. INQUINADA OFENSA AO ART. 19, III, D, DA CARTA DE 1969. Orientação jurisprudencial do STF, no sentido de que não estão excluídos da imunidade constitucional as publicações “que cuidam de informações genéricas ou específicas, sem caráter noticioso, discursivo, literário, poético ou filosófico, mas de inegável utilidade pública, como é o caso das listas telefônicas”. Recurso provido. (Supremo Tribunal Federal - Recurso Extraordinário nº 134.071/SP – Primeira Turma – Relator Min. Ilmar Galvão – DJ 30/10/1992, p. 16.5616)

Assim, o fato de as listas telefônicas serem impressas e distribuídas periodicamente linhas telefônicas as transformou em publicação protegida pela Constituição contra a tributação. É interessante ressaltar que, a partir do momento em que o STF se pronunciou, encerraram-se as discussões. O fundamento válido, então, passou a ser a posição do Supremo.

Estes dois exemplos – o caráter tributário das contribuições previdenciárias e a imunidade das listas telefônicas – demonstram como a interpretação tradicional do direito tributário se limita a questões meramente conceituais, a despeito de existirem importantes questões de fundo de ordem ética, política e econômica. Isto fez com que se produzisse um esvaziamento do debate, sendo que os temas relevantes do direito tributário são afastados do discurso jurídico.

Tendo sido expostos os exemplos da crise da interpretação tradicional, cumpre apresentar alternativas para se buscar a integração entre o discurso jurídico e os interesses políticos, sociais e econômicos subjacentes.

## **2 A POSSIBILIDADE DE UMA (NOVA) HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO**

Tendo sido analisados alguns aspectos da inviabilidade da interpretação tradicional no direito, resta avaliar de que modo pode haver uma transformação para interpretação do direito tributário. Serão propostas duas alternativas que se

<sup>11</sup> Utiliza-se, aqui, o termo “arbitrariamente”, pois a situação é posta pela dogmática em uma condição de que nenhuma das soluções propostas é satisfatoriamente conveniente e razoável, sendo o resultado de uma postura subjetiva pró-fisco ou pró-contribuinte.

autocomplementam, sem se pretender encerrar as ações sobre o tema. Justamente por se autocomplementar, as alternativas serão apresentadas como “tarefas” para se desenvolver uma nova hermenêutica no campo do direito tributário.

### **A) Primeira Tarefa - Rompimento com o Paradigma do Sujeito-Objeto**

A tarefa de romper com o paradigma do sujeito-objeto se realiza pelo reconhecimento do papel da linguagem na compreensão, o qual sofreu uma nova abordagem no século XX com o giro lingüístico.

Até o giro lingüístico, a linguagem era vista como um simples meio ou instrumento que se colocava entre o sujeito e o objeto. O texto da lei, por exemplo, era o instrumento através do qual se o intérprete alcançava a norma. No início do século XX, se iniciaram os primeiros movimentos em prol de uma análise mais efetiva do fenômeno da linguagem:

A partir das *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein passa a ser, ao lado de Heidegger, um dos mais ardorosos críticos da filosofia da subjetividade (filosofia da consciência). Parte da idéia de que não existe um mundo em si, que independa da linguagem; *somente temos o mundo na linguagem*. As coisas e as entidades se manifestam em seu ser precisamente na linguagem, posição que também o *aproxima* muito de Heidegger. A linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser *condição de possibilidade* para a própria constituição do conhecimento. Cai por terra, assim, a teoria objetivista (instrumentalista, designativa). Não há essências. Não há relação entre os nomes e as coisas. Não há qualquer essência comum entre as coisas do mundo. Abandona-se o ideal da exatidão da linguagem, porque a linguagem é indeterminada. O ideal da exatidão é um mito filosófico. Esse ideal de exatidão completamente desligados das situações concretas de uso carece de qualquer sentido, como se pode perceber no parágrafo 88 das IF, o que significa dizer que é impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do contexto socioprático em que são usadas. A linguagem é sempre ambígua, pela razão de que suas expressões não possuem uma significação definitiva. Pretender uma exatidão lingüística é cair numa ilusão metafísica. (STRECK, 2000:152-153)

A contribuição de Heidegger, neste contexto, é fundamental. Uma de suas grandes preocupações foi trazer, ao tema da existência, a temporalidade. Para tentar expressar estes dois fatores, criou a idéia de *Dasein* (ser-aí ou aí-do-ser). Nesta idéia, existem dois elementos, o existencial – ser – e o temporal – aí. Desse modo, na reflexão do ser deve estar presente o critério de temporalidade. Além disto, para Heidegger, a “linguagem é a morada do ser”. A fala é a articulação da compreensibilidade. O compreender é prévio à fala. No entanto a fala estrutura e organiza esta capacidade de compreensão. Na verdade, todo raciocínio humano ocorre através da linguagem, que é o modo de descobrir o mundo e o *Dasein* mesmo. O *Dasein*, como ser que se comporta compreendendo, é necessariamente diálogo:

A linguagem é a expressão externa da discursividade, que estrutura o mundo nos seus diversos “membros”, afectando cada um de uma significação e

imprimindo a todos o carácter do “ser-com” do Dasein. O *Dasein* é necessariamente diálogo, porque o seu existir é em si mesmo dialético; está constantemente referido aos “outros” que, no seu conjunto, constituem o mundo do Dasein (JOLIVET, 1957:114)

Desse modo, a linguagem especialmente a partir de Heidegger, abandona seu papel de instrumento passando a ser a compreensão em si, a condição de possibilidade de cada um.

Evidentemente, são muitas as conseqüências desta reflexão sobre a existência e a linguagem no campo jurídico. A partir daqui, não é mais legítimo se admitir interpretações estanques e imutáveis, pois as circunstâncias que determinaram uma interpretação podem mudar completamente ao longo dos anos. Aceitando esta idéia, constata-se que também não há mais uma interpretação “correta” e esta interpretação não pode se manter “correta” ao longo dos anos. A própria linguagem jurídica deveria evoluir ao longo do tempo tornando necessárias reflexões sobre posições passadas. Este, contudo, é um raciocínio que não se encaixa por completo na forma tradicional de interpretar o direito.

Na concepção tradicional, as interpretações, especialmente quando solidificadas em decisões jurisprudenciais, sofrem um processo de “congelamento” que barra toda a possibilidade de compreensão futura. Para se romper com este “congelamento” somente uma alteração legislativa teria força suficiente.

Também é relevante para a interpretação a constatação de que ser e ente não são a mesma coisa. O ente é inalcançável, enquanto o ser exerce o papel de representação deste ente. Assim, ao mesmo tempo em que o ser “materializa” algum aspecto do ente, está ele afastando a totalidade (ou as outras possibilidades) deste mesmo ente. Isto é uma decorrência da própria temporalidade. Se conseguimos ver algo, este algo já não é mais a mesma coisa:

No momento, porém, em que pre-sença “existe”, de tal modo que nela nada mais esteja de forma alguma pendente, ela também não-mais-está-presente. Retirar-lhe o que há de pendente significa aniquilar o seu ser. Enquanto a pre-sença é um ente, ela jamais alcançou sua “totalidade”. Caso chegue a conquistá-la, o ganho se converterá pura e simplesmente em perda do ser-no-mundo. Assim, nunca mais se poderá fazer a sua experiência como um ente. (HEIDEGGER, 1989:16)

No campo do Direito, não é absurdo dizer que um conceito é o ser daquele ente a que se propõe a conceituar.<sup>12</sup> Assim, ao mesmo tempo em que o conceito é útil como aproximação de sentido, ele limita a totalidade do ente a que se propõe a definir. Quando se diz, por exemplo, que a capacidade contributiva preserva o mínimo essencial, estamos excluindo todas as outras possibilidades da capacidade contributiva.

Portanto, da mesma forma como não se consegue imaginar um Direito sem conceitos, não pode este mesmo Direito ser justo e útil se for atrelado aos conceitos, pois

<sup>12</sup> Aliás, dentro do direito, há uma nítida tendência em confundir-se a ordem jurídica com a ordem de gestão ou administração (OST, 2001:89), quando, na realidade, a ordem administrativa é o ser do ente denominado ordem jurídica.

estes conceitos limitam o conteúdo das normas.<sup>13</sup>

Aliás, a ordem jurídica exige que as normas sejam cumpridas, mas não que os conceitos sejam observados. Qualquer conceito, por melhor e mais completo que seja, está limitando o conteúdo da norma.

O fato de o ente ser intangível não significa, porém, que as normas possuem um conteúdo aberto, aceitando qualquer espécie de interpretação. O ser é uma expressão do sentido do ente e, como a norma possui sentido, os conceitos são expressão deste sentido. É importante reforçar, porém, que existem também outras expressões de sentido possíveis, sejam elas mais ou menos limitadas. Nenhuma delas alcançará, porém a totalidade de sentido do ente. Um conceito ou uma decisão judicial jamais conseguirão traduzir, portanto, o preciso conteúdo da norma. Por este motivo, o debate estará sempre aberto a novas visões e a novas interpretações.

Outra contribuição importante de Heidegger para a interpretação do direito é a idéia da pré-compreensão, ou seja, que o texto a ser lido somente apresenta sentido dentro de determinadas expectativas e perspectivas de quem o lê. Segundo Gadamer:

(...) Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido. (2003:356)

Esta idéia de pré-compreensão, aliada à redefinição do papel da linguagem, determina o rompimento com o paradigma do sujeito/objeto, ou seja, com as duas formas dadas pela filosofia em relação à compreensão, o realismo e o idealismo:

(...) O eu e as coisas não podem, pois, distinguir-se e separar-se radicalmente, mas ambos, o eu e as coisas, unidos em síntese de reciprocidade, constituem minha vida. E eu não vivo como independente das coisas, nem as coisas se dão como independentes de mim, antes viver – como diz Heidegger, embora empregando outra terminologia – viver é estar no mundo; e tão necessárias são para minha existência e na minha existência as coisas com que vivo, como eu vivendo com as coisas. Por conseguinte, o subterfúgio que consistiria em cortar a vida em dois – o eu e as coisas – e apresentar o problema ontológico alternativamente sobre o eu e sobre as coisas, conduziria à disputa secular entre idealismo e realismo. Porém foi porque se cortou arbitrariamente a autêntica realidade que é a vida; e a vida não permite esse corte em dois, eu e as coisas, antes a vida é estar no mundo, e tão necessária e essencial é para o ser da vida a existência das coisas como a existência do eu. (GARCÍA MORENTE, 1980:283)

<sup>13</sup> Reginaldo da Costa, por exemplo, afirma que o homem fetichizou de tal maneira suas construções simbólicas “*a tal ponto que – muitas vezes – ele, ao invés de se reconhecer como constituidor de um sentido que, ao mesmo tempo, é constitutivo dele homem e de suas formas de vida, conceba a si mesmo e suas formas de vida apenas como determinadas por um sentido que lhe é exterior, que o condiciona e condiciona as suas formas de vida enquanto algo estranho, ou seja, enquanto algo <transcendente> que o determina vigorosamente, isto é, que o torna, em parte, passivo e, em parte, impotente no que diz respeito às determinações últimas do sentido de seu ser, de seu existir*” (2002:1-2)

Chega-se à conclusão, com isto, que não há sentido no objeto ou no sujeito, mas sim nas expectativas e perspectivas dadas pela pré-compreensão. Transpondo isto para o direito tributário, no mínimo duas constatações são necessárias:

1º) não é possível uma aproximação razoável do direito tributário se este permanecer fundado em conceitos. Evidentemente, os conceitos têm a sua relevância, mas não podem servir como aprisionamento do intérprete ao raciocínio “se-enquadrou-não-no-conceito”. É preciso admitir a possibilidade do direito tributário para além dos conceitos, o que, de certa forma, retoma a crítica de Misabel Derzi ao “modo de pensar tipificante” do direito tributário;

2º) o direito se encontra em um processo de constante transformação. É necessário, portanto, admitir que as expectativas e perspectivas (pré-compreensão) do fenômeno jurídico são mutáveis e que as possibilidades de interpretação no futuro serão diversas das que existem hoje e as de hoje são diferentes das de ontem.

A aproximação de sentido dada pelos conceitos, apesar de sua utilidade, não traduz a totalidade daquilo a que se propõe a definir, sendo, de certo modo, uma limitação de sentido. Se o discurso jurídico tributário não encontrar outros fundamentos e referências, continuará omitindo de sua técnica os elementos valorativos que compõem a tensão da relação tributária, como se verá no item que segue.

## **B) Segunda Tarefa – Permitir que a Constituição Alcance o Direito Tributário**

O direito tributário brasileiro tem sua disciplina abordada exaustivamente no texto da Constituição. Tudo o que é decisivo em matéria de direito tributário está na Constituição. Se, por um lado, isto é considerada garantia aos contribuintes e uma redução das possibilidades de discussão sobre o tema; por outro, faz com que a interpretação do Direito Tributário fique encerrada às linhas do Sistema Tributário Nacional. Assim, a Constituição, a dizer, os princípios constitucionais, os objetivos fundamentais, os direitos e garantias individuais, os princípios da ordem econômica, os princípios da administração pública não têm alcançado a interpretação do direito tributário. Prevalece a idéia de subsistema autônomo do direito constitucional tributário:

Pertencendo ao estrato mesmo da Constituição, da qual se destaca por mero expediente lógico de cunho didático, o subsistema constitucional tributário realiza as funções do todo, dispondo sobre os poderes capitais do Estado, no campo da tributação, ao lado de medidas que asseguram as garantias imprescindíveis à liberdade das pessoas, diante daqueles poderes. Empreende, na trama normativa, uma construção harmoniosa e conciliadora, que visa a atingir o valor supremo da certeza, pela segurança das relações jurídicas que se estabelecem entre Administração e administrados. E, ao fazê-lo, enuncia normas que são verdadeiros princípios, tal o poder aglutinante de que são portadoras, permeando e influenciando um número inominável de outras regras que lhe são subordinadas. (CARVALHO, 2002:139)

Paulo de Barros Carvalho não exclui a aplicação dos princípios constitucionais gerais ao direito tributário. No entanto, quando se trabalha com a idéia de subsistema,

tem-se um afastamento automático dos demais aspectos da Constituição em relação ao direito tributário. Este afastamento leva a uma tradição de interpretação infraconstitucional, fundada em conceitos:

No território da tradição dominam os pré-juízos advindos de uma “baixa constitucionalidade”, a qual, como já se viu, tem seguido os caminhos trilhados pelo direito construído no campo da infra-constitucionalidade, onde a Constituição não tem sido compreendida em seu sentido limitador da “liberdade” de conformação do legislador.

Explicando melhor: a tradição nos mostra que, historicamente, a dogmática jurídica brasileira tem relegado o estudo do instituto da jurisdição constitucional a um plano secundário. Nosso pré-juízo – insisto – estão calçados, pois, em uma cultura liberal-individualista, onde os Códigos Civil (1916), Comercial (1850), Penal (1940), Processual Penal (1943) e Processual Civil (1973) têm-se mantido praticamente intactos (“ilesos”), sem ao menos “sofrer” uma (indispensável e necessária) filtragem hermenêutico-constitucional. São raros os juízes – denuncia Dallari –, que “decidem os conflitos aplicando a Constituição ou lembrando-se da existência dela”... (STRECK, 2000a:113-114)

Roque Antonio Carrazza também admite a abertura em direção à Constituição. Contudo, elege princípios específicos que terão relevância para o direito tributário, preservando uma certa autonomia deste campo do direito:

Muito bem, dentre os princípios constitucionais que terão projeção e pertinência no que se refere ao assunto que faz nossos cuidados, merecem destaque seis: o *republicano*, o *federativo*, o da *autonomia municipal*, o da *anterioridade*, o da *legalidade* e o da *segurança jurídica*. Todos eles incidem de chapa sobre a *competência tributária* e, por isso, receberão um tratamento à parte. A fiel observância dos precipitados princípios é *conditio sine qua non* para a criação de tributos, pelas pessoas políticas, em nosso País. Neste particular, não devemos nos esquecer que *todos os artigos da Lei Maior só encontram sua real dimensão se conjugados com os princípios magnos de nosso sistema constitucional.* (...) (1997:40)

Parte da doutrina tem se posicionado no sentido da utilização da Constituição para se identificar garantias dos contribuintes além das existentes no Sistema Tributário Nacional. Assim, são delineados outros direitos fundamentais dos contribuintes além dos existentes no sistema constitucional tributário, como o acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa (SCAFF, 2003:41 e ss). Ricardo Lobo Torres, por exemplo, demonstra uma identificação entre os direitos fundamentais e as imunidades tributárias (TORRES, 1999:486). Da mesma forma, Alberto Nogueira aponta uma forte relação entre os direitos humanos e a tributação. Contudo, sua análise está focada nos direitos humanos denominados de primeira geração, muito embora sua obra tenha preocupações sociais.

Evidentemente, os direitos fundamentais estão aí para ser preservados, mas a função da Constituição não se pode limitar a isto. Se a Constituição for utilizada apenas no âmbito das garantias, perdem-se todas as outras possibilidades que uma Constituição

social pode fornecer.

Mesmo os princípios constitucionais inscritos no Sistema Tributário Nacional são, via de regra, princípios de defesa do cidadão contra a arbitrariedade do Poder Público. Parte-se então do ponto de vista de uma Constituição liberal, o que é incompatível com a ordem constitucional brasileira, cuja base é uma ordem constitucional social. Desse modo, o horizonte hermenêutico dado pela Constituição vai muito além da simples defesa do cidadão contra o poder arbitrário:

b) Conseqüentemente, a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico*. A Constituição é, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico. Por isto, as Constituições Sociais devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais. O *plus* normativo representado pelo Estado Democrático de Direito resulta como um marco definidor de um constitucionalismo que soma a regulação social com o resgate das promessas da modernidade. (STRECK, 2000:225)

Existe uma alternativa já consolidada no direito de trazer algo novo à interpretação tradicional, que é a interpretação sistemática. Juarez Freitas, por exemplo, afirma que:

(...) o direito legislado afigura-se como uma rede de coordenadas, na qual deve obrar o intérprete, perscrutando caminhos e desvendando riquezas, especialmente aquelas ocultas sob a superfície. Frise-se que qualquer norma singular só se esclarece plenamente na totalidade de normas, dos valores e dos princípios jurídicos. (...) (1995:16)

A interpretação sistemática, porém, por si só, não tem condições de romper com o paradigma tradicional de interpretação. Isto se dá por dois motivos. O primeiro é que, no momento em que não é a Constituição o fundamento da norma, mas sim todo o ordenamento jurídico, há uma abertura nas possibilidades de interpretação demasiadamente ampla. Jamais o profissional do direito conseguirá verificar uma norma em relação à totalidade do sistema. Na prática, o que acontece sempre é a opção por uma determinada característica do sistema em detrimento de outras.

Não se pode negar que toda interpretação razoável deve levar em conta outros fatores além do texto da norma. Isto, porém, não cria a possibilidade de uma interpretação que esteja de acordo com a totalidade do sistema jurídico, pois não existe uma fórmula que possa dar ao intérprete a totalidade do direito.<sup>14</sup> O critério para uma avaliação

<sup>14</sup> Juarez Freitas, por sua vez, parece defender a idéia de uma interpretação correta que seria possível obter através da hierarquização dos princípios e normas: "Com efeito, esta operação hermenêutica que consiste em pretender atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance – e superando as antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos, é reveladora do fato de que o objeto da interpretação não é uma mera coisa destacada do intérprete, tampouco um resultado cego de forças e de processos. Ao interpretar 'objetivamente' dado, o exegeta ordena a sua sistematização e, ao fazê-lo, transcende-o inevitavelmente, porquanto só na sua transcendência o imanente jurídico apresenta sentido, na órbita da valoração" (1995:56).

axiológica da ordem jurídica deve vir da Constituição. A partir do momento em que a Constituição deixa de ter esta posição central, abre-se margem para decisões arbitrárias (STRECK, 2000a:125), pois não existe o horizonte de sentido dado pelo texto constitucional. Paulo Caliendo observa que, dentro de uma interpretação sistemática, é importante sua conformidade com a Constituição:

Dado que o próprio sistema admite soluções absolutamente antinômicas, dependendo do valor a ser protegido, caberá questionar se o sistema como um todo não permite indicar quais são as soluções conforme a Constituição. Dado que não é qualquer solução que pode ser considerada aceitável, dado que não é qualquer solução que será coerente com o sistema, será possível determinar quais as soluções conforme o sistema? (CALIENDO, 2004: 120)

Some-se a isto o fato de que, eventualmente, a própria Constituição fornecerá ao jurista mais de um caminho. Contudo, neste caso, a tomada de posição do intérprete deixa de ter o caráter arbitrário, pois ocorre dentro do discurso jurídico, sendo verificável pelos demais atores da relação.

Outra objeção que pode ser levantada é o fato de que a interpretação sistemática ocorre em dois momentos. Primeiro se observa a norma e, depois, se verifica qual o sentido desta norma dentro do sistema jurídico. Aqui, na realidade, está ocorrendo uma diferenciação entre a compreensão e a aplicação, como mencionado no item anterior. Uma norma somente existe porque existe Constituição e seu propósito é a realização de promessas constitucionais. Não há como se separar um momento de análise da norma isoladamente de um momento de análise de sua constitucionalidade. Estas ações ocorrem simultaneamente.

Falta, portanto, ao direito tributário o horizonte de sentido que é dado à ordem jurídica pela Constituição (STRECK, 2000:224 e ss). Ou seja, falta conceder ao intérprete deste ramo do direito a condição de possibilidade que é dada pelo texto constitucional. Somente através da Constituição é que se torna possível dar ao direito sua função estabelecida pela sociedade.

Assim, quando se interpreta uma norma de direito tributário, não se está interagindo apenas com os princípios constitucionais tributários. Está em questão, também, todo o horizonte dado pelos princípios da ordem econômica, da administração pública, dos direitos e garantias fundamentais, além, é claro, dos princípios constitucionais gerais. Isto não se aplica apenas em relação à obrigação tributária, mas também a isenções, incentivos fiscais e anistias, por exemplo.<sup>15</sup>

A tensão existente entre o fisco e o contribuinte possui o caráter ético, político e, fundamentalmente, econômico. Não se trata de uma simples tensão jurídica. A partir do momento em que a Constituição abre as portas para tais temas, surge a possibilidade de o direito tributário se firmar em um horizonte de sentido em que tal debate se torna viável. Além disto, amplia-se a participação da sociedade neste debate. Também há uma

<sup>15</sup> Um destes exemplos é dado por Marlon Alberto Weichert, segundo o qual uma isenção é sempre uma violação ao princípio da isonomia tributária, somente podendo ser concedida como fruto da ponderação de outros valores constitucionais (WEICHERT, 2001:51).

ampliação do rol dos juridicamente interessados em temas como imunidades, isenções e incentivos fiscais. Tais questões não interessam apenas ao fisco ou ao contribuinte, mas também aos concorrentes, à população pretensamente beneficiada e aos grupos não-beneficiados.

A limitação do debate do direito tributário imposto pela hermenêutica tradicional fez com que fossem afastados do direito tributário temas como a ética, a política e a economia. A intermediação da Constituição provavelmente fará com que tais questões estejam presentes na aplicação do direito tributário, o que representa um aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. Isto possui relação com a própria legitimidade do sistema jurídico. Como afirma Jürgen Habermas, a legalidade pode gerar legitimidade a partir do momento em que os procedimentos jurídicos de decisão possibilitem a discussão sobre valores morais (1992:57).

Retomando os exemplos fornecidos na primeira parte – caráter tributário das contribuições previdenciárias e imunidade das listas telefônicas, observa-se que, com a abertura da interpretação ao texto constitucional, existiriam perspectivas novas para o debate.

Em relação às contribuições previdenciárias, há uma peculiaridade decorrente do fato de ser um tema anterior à Constituição de 1988, sendo que as perspectivas valorativas do texto constitucional anterior eram mais limitadas. Ainda assim, vários enfoques poderiam ser dados. Poder-se-ia dizer, por exemplo, que o texto Constitucional de 1967 tinha, entre seus objetivos, a proteção da propriedade, a promoção do desenvolvimento. Em relação aos tributos, foram delineadas garantias constitucionais para que houvesse uma preservação tanto da propriedade como das possibilidades de desenvolvimento. A partir do momento em que o Estado possui uma exação semelhante aos tributos, deveria ele oferecer as mesmas garantias existentes em relação aos tributos, com o propósito de se preservar a propriedade e possibilitar o desenvolvimento econômico.

Já, com relação à imunidade das listas telefônicas, vários argumentos poderiam ser levantados. Um deles seria o fato de que a Constituição Federal, em nenhum momento, faz qualquer menção de defesa das listas telefônicas. Faz, porém, em relação à liberdade de expressão, ao incentivo à educação e cultura. Assim, a imunidade de publicações não pode ser observada fora do contexto constitucional, o qual simplesmente ignora a existência de listas telefônicas ou algo semelhante às listas telefônicas.

Somado a este fato, outro debate poderia ser aberto em relação à mesma imunidade, o qual diz respeito às publicações eletrônicas. Vários argumentos favoráveis poderiam ser observados, como, evidente, a promoção do conhecimento e a liberdade de expressão, mas também seria possível um critério de razoabilidade. A Constituição, preocupada com o conhecimento e a liberdade de expressão, dá imunidade às publicações. A mesma Constituição também se preocupa com a preservação do meio-ambiente. Assim, se uma publicação eletrônica promove a cultura e o conhecimento e, ao mesmo tempo, evita maiores impactos ao meio ambiente por não utilizar papel, não parece absurdo ser a ela estendida a imunidade.

Isto serve apenas para exemplificar que os debates em torno do direito tributário podem ser ampliados, integrando ao discurso jurídico as aspirações de grupos sociais e dos interesses da sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito tributário convive, em sua interpretação, com a tarefa de lidar com normas constitucionais ao mesmo tempo em que a Constituição é barrada deste processo de interpretação.

A *praxis* tradicional do direito tributário, embasada em conceitos, o leva a situações insolúveis, onde a argumentação jurídica típica de uma ordem democrática é substituída por posições arbitrárias. Este modo de interpretação ainda está preso à filosofia da consciência, ou seja, ainda vê a interpretação como uma relação sujeito/objeto.

As possibilidades do direito tributário tornam-se mais amplas, contudo, a partir do momento em que se admite a superação do paradigma da relação sujeito/objeto e, também, se permite a mediação da Constituição na interpretação do direito. Com isto, o simples embate entre conceitos é substituído por um debate de questões éticas, políticas e econômicas inseridas dentro do contexto constitucional. Isto representa um aumento do horizonte de interpretação do direito tributário, assim como também significa um aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

Isto não significa o abandono e a desconsideração de questões conceituais, pois os conceitos possuem, ao menos, o mérito de situar o intérprete, dando a ele um horizonte de sentido. Da mesma forma, não se quer dizer que qualquer interpretação seja possível, desde que baseada na Constituição. A própria pré-compreensão (perspectivas e expectativas) em relação à norma cumpre este papel de se evitar interpretações irrazoáveis.

Não se quer, por outro lado, dizer que a Constituição dará aos intérpretes uma resposta única ou verdadeira. Será aberto, porém, ao discurso jurídico, um instrumental para o debate sobre visões de Estado e visões de sociedade. A partir disto, cada questão jurídica pode ser pensada tendo em vista o que a sociedade, através da Constituição, pretende que o direito seja e, também, poderão ser reduzidas as arbitrariedades na interpretação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 859 p.

BECKER, Alfredo Augusto. Carnaval Tributário. São Paulo: Saraiva, 1989. 122 p.

\_\_\_\_\_. Teoria Geral do Direito Tributário. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. 686 p.

CALIENDO, Paulo. Imposto sobre a Renda Incidente nos Pagamentos Acumulados e em Atraso de Débitos Previdenciários. Interesse Público, Porto Alegre, n. 24, p. 101-123,

2004.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 576 p.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 544 p.

\_\_\_\_\_. Proposta de Modelo Interpretativo para o Direito Tributário. Revista de Direito Tributário, São Paulo, n. 70. p. 40-50, 1995.

COSTA, Reginaldo da. Ética do Discurso e verdade em Apel. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 446 p.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Direito Tributário, Direito Penal e Tipo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. 302 p.

FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. São Paulo: Malheiros, 1995. 196 p.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. 5. ed. São Paulo: Vozes, 2003. v. 1, 631 p.

GARCÍA MORENTE, Manuel. Fundamentos de Filosofia. 8. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980. 324 p.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Moral. Lisboa: Instituto Piaget, 1992. 121 p.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Parte II. Petrópolis: Vozes, 1989. 262 p.

JOLIVET, Regis. As Doutrinas Existencialistas. Porto: Tavares Martins, 1957. 438 p.

NOGUEIRA, Alberto. A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 457 p.

OST, François. O Tempo do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. 441 p.

SCAFF, Fernando Facury. Garantias fundamentais dos contribuintes à efetividade da Constituição. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 94, p. 38-52, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. A Hermenêutica e o Acontecer (*Ereignen*) da Constituição. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2000a, p. 105-140.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 304 p.

TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 439 p.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 3, 593p.

WEICHERT, Marlon Alberto. Isenções tributárias em face do princípio da isonomia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 145, p. 241-254, 2000.

# NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

(O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)

Luís Roberto Barroso<sup>1 2</sup>

## INTRODUÇÃO

### I. Nota Prévia

*“Chega de ação. Queremos promessas”.*  
Anônimo

Assim protestava o grafite, ainda em tinta fresca, inscrito no muro de uma cidade, no coração do mundo ocidental. A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de idéias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes<sup>3</sup> e a *insegurança* é a característica da nossa era.<sup>4</sup>

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.

O artigo que se segue procura estudar as causas e os efeitos das transformações ocorridas no direito constitucional contemporâneo, lançando sobre elas uma visão positiva e construtiva. Procura-se oferecer consolo e esperança. Alguém dirá que parece um texto de auto-ajuda. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo.

---

<sup>1</sup> Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela *Yale Law School* e Doutor livre-docente pela UERJ.

<sup>2</sup> Este trabalho foi escrito, em sua maior parte, durante minha estada na Universidade de San Francisco (USFCA). Sou grato a Jack Garvey pelo convite e por ter tornado a vida mais fácil durante minha estada por lá. Sou igualmente grato a Nelson Diz, Ana Paula de Barcellos e Cláudio Pereira de Souza Neto por haverem lido os originais e formulado críticas e sugestões valiosas, bem como a Eduardo Mendonça, Teresa Melo e Danielle Lins pela ajuda inestimável na pesquisa e na revisão do texto.

<sup>3</sup> Bertold Brecht, Elogio da dialética. In: *Antologia poética*, 1977.

<sup>4</sup> John Kenneth Galbraith, *A era da incerteza*, 1984.

## II. A Formação do Estado Constitucional de Direito

O Estado de direito se consolida na Europa ao longo do século XIX, com a adoção ampla do modelo tornado universal pela Revolução Francesa: separação de Poderes e proteção dos direitos individuais. Na fase imediatamente anterior, prevalecia a configuração pré-moderna do Estado, fundada em premissas teóricas e em fatores reais diversos. E, na seqüência histórica do Estado de direito tradicional, já na segunda metade do século XX, desenhava-se uma nova formatação estatal, sob o signo das Constituições normativas. É possível identificar, assim, ao longo dos últimos quinhentos anos, três modelos institucionais diversos: o Estado pré-moderno, o Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito. Em cada um desses períodos, reservou-se para o Direito, para a ciência jurídica e para a jurisprudência um papel específico.<sup>5</sup>

O *Estado pré-moderno* caracterizava-se pela pluralidade de fontes normativas, pela tradição romanística de produção jurídica e pela natureza jusnaturalista de sua fundamentação. Doutrina e jurisprudência desempenhavam um papel criativo do Direito e, como conseqüência, também normativo.<sup>6</sup> O *Estado legislativo de direito*, por sua vez, assentou-se sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade.<sup>7</sup> A norma legislada se converte em fator de unidade e estabilidade do Direito, cuja justificação passa a ser de natureza positivista. A partir daí, a doutrina irá desempenhar um papel predominantemente descritivo das normas em vigor. E a jurisprudência se torna, antes e acima de tudo, uma função técnica de conhecimento, e não de produção do Direito.<sup>8</sup>

O *Estado constitucional de direito* desenvolve-se a partir do término da 2ª. Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central

<sup>5</sup> Sobre o tema, funcionando como fio condutor das idéias desse tópico, v. Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003. V. tb. Vital Moreira, *O futuro da Constituição*. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001. Para uma valiosa análise da evolução do Estado sob a ótica fiscal, v. Ricardo Lobo Torres, *A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal*, 1991.

<sup>6</sup> No Estado pré-moderno, a formação do Direito não era legislativa, mas jurisprudencial e doutrinária. Não havia um sistema unitário e formal de fontes, mas uma multiplicidade de ordenamentos, provenientes de instituições concorrentes: o Império, a Igreja, o Príncipe, os feudos, os municípios e as corporações. O direito “comum” era assegurado pelo desenvolvimento e atualização da velha tradição romanística e tinha sua validade fundada na intrínseca racionalidade ou na justiça de seu conteúdo. *Veritas, non auctoritas facit legem* é a fórmula que expressa o fundamento jusnaturalista de validade do direito pré-moderno. V. Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 14-17.

<sup>7</sup> A lei é vista como a expressão da vontade geral, na formulação de Jean-Jacques Rousseau acolhida no art. 6º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. O legislador, assim, é tido como infalível e sua atuação como insuscetível de controle. Na construção do “Estado legal” ou legislativo, é a lei que está no centro do ordenamento jurídico. “Le ‘legicentrisme’ est la doctrine dominante jusqu’après la seconde guerre mondiale, non seulement en France mais aussi en Europe”, como anota Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr), visitado em 26 jul. 2005.

<sup>8</sup> O Estado de direito moderno, assinala ainda Ferrajoli, nasce sob a forma de Estado legislativo de direito. Graças ao princípio da legalidade e às codificações que lhe deram realização, uma norma jurídica não é válida por ser justa, mas por haver sido “posta” por uma autoridade dotada de competência normativa. *Auctoritas, non veritas facit legem*: este é o princípio convencional do positivismo jurídico. Com a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito existente, a ciência jurídica deixa de ser uma ciência imediatamente normativa para converter-se em uma disciplina cognoscitiva, explicativa do Direito positivo, autônomo e separado em relação a ela. A jurisdição, por sua vez, deixa de ser produção jurisprudencial do Direito e se submete à lei como única fonte de legitimação. V. Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 14-17.

a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos e a jurisprudência passa a desempenhar novos papéis, dentre os quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar as normas jurídicas à luz da Constituição.

Nesse ambiente se delinearão as múltiplas categorias do novo direito constitucional e da constitucionalização do Direito.

## PARTE I NEOCONSTITUCIONALISMO E TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Nos três tópicos que se seguem, empreende-se o esforço de reconstituir, de maneira objetiva, a trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. Neles estão contidas as idéias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

### I. Marco Histórico

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A seguir, breve exposição sobre cada um desses processos.

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.<sup>9</sup>

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã<sup>10</sup>), de 1949, e, especialmente, a criação do

<sup>9</sup> Conceda-se ao lugar comum da citação de Shakespeare, *Romeu e Julieta*, 2º ato: “O que há em um nome? Aquilo que chamamos rosa, tivesse qualquer outro nome, teria o mesmo perfume” (Tradução livre do original: “What’s in a name? That which we call a rose, by any other name would smell as sweet”).

<sup>10</sup> A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de “Lei Fundamental”, que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha.

Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por *impeachment* um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso.<sup>11</sup>

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

## II. Marco Filosófico

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto

<sup>11</sup> V. Luis Roberto Barroso, *Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso*. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.<sup>12</sup>

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações.<sup>13</sup> Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX.<sup>14</sup> Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Autores pioneiros nesse debate foram: John Rawls, *A theory of justice*, 1980; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977; Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1993. V. Albert Calsamiglia, *Postpositivismo*, *Doxa* 21:209, 1998, p. 209: "En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política".

<sup>13</sup> Sobre jusnaturalismo, v. Norberto Bobbio, *Locke e o direito natural*, 1998, e *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 1965; Guido Fassò, *Jusnaturalismo*. In: Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, *Dicionário de política*, 1998; Hans Kelsen, *A justiça e o direito natural*, 1963; Ana Paula de Barcellos, *As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais*, *Revista Forense* 351:10, 2000; Viviane Nunes Araújo Lima, *A saga do zangão: uma visão sobre o direito natural*, 1999; Noel Struchiner, *Algumas "proposições fulcrais" acerca do direito: o debate jusnaturalismo vs. juspositivismo*. In: Antônio Cavalcanti et al (orgs.), *Perpectivas atuais da filosofia do direito*, 2005; George Christie e Patrick Martin, *Jurisprudence: Text and readings on the philosophy of law*, 1995, p. 118-390.

<sup>14</sup> Sobre positivismo jurídico, v. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 1979; Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico*, 1995; Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, *Dicionário de política*, 1998; H.L.A. Hart, *The concept of law*, 1988; George Christie e Patrick Martin, *Jurisprudence: Text and readings on the philosophy of law*, 1995, p. 392-724.

<sup>15</sup> V. Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*, 2005, p. 41: "De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de 'virada kantiana' (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas idéias".

### III. Marco Teórico

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas.

#### 1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2<sup>a</sup>. Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Alemanha<sup>16</sup> e, com maior retardo, na Itália<sup>17</sup>. E, bem mais à frente, em Portugal<sup>18</sup> e na Espanha<sup>19</sup>. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências da *status quo*.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis.<sup>20</sup> Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem

<sup>16</sup> Trabalho seminal nessa matéria é o de Konrad Hesse, *La fuerza normativa de la Constitución*. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983. O texto, no original alemão, correspondente à sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg, é de 1959. Há uma versão em língua portuguesa: *A força normativa da Constituição*, 1991, trad. Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>17</sup> Na Itália, em um primeiro momento, a jurisprudência negou caráter preceptivo às normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, considerando-as insuscetíveis de aplicação sem a interposição do legislador. Sobre o tema, v. Thery Di Manno, *Code Civil e Constitution in Italie*. In: Michel Verpeaux (org.), *Code Civil e Constitution(s)*, 2005. V. tb., Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizione di principio*, 1952.

<sup>18</sup> V. J.J.Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 43 e ss..

<sup>19</sup> Sobre a questão em perspectiva geral e sobre o caso específico espanhol, vejam-se, respectivamente, dois trabalhos preciosos de Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991; e *La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, 2003.

<sup>20</sup> Luís Roberto Barroso, *A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?* In: *Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, 1986; e tb. *A força normativa da Constituição: Elementos para a efetividade das normas constitucionais*, 1987, tese de livre-docência apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, publicada sob o título *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 1990 (data da 1<sup>a</sup>. edição). Na década de 60, em outro contexto e movido por preocupações distintas, José Afonso da Silva escreveu sua célebre tese *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968.

jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.

## 2 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição.<sup>21</sup> A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.<sup>22</sup>

Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003).<sup>23</sup> Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*. O caso francês será objeto de menção à parte.

<sup>21</sup> V. Stephen Gardbaum, The new commonwealth model of constitutionalism, *American Journal of Comparative Law* 49:707, 2001, p. 714: “The obvious and catastrophic failure of the legislative supremacy model of constitutionalism to prevent totalitarian takeovers, and the sheer scale of human rights violations before and during World War II, meant that, almost without exceptions, when the occasion arose for a country to make a fresh start and enact a new constitution, the essentials of the polar opposite American model were adopted. (...) These included the three Axis powers, Germany (1949), Italy (1948), and Japan (1947)”. Nesse texto, Gardbaum, professor da Universidade da Califórnia, estuda, precisamente, três experiências que, de acordo com sua análise, ficaram de fora da onda do *judicial review*: Reino Unido, Nova Zelândia e Canadá.

<sup>22</sup> Hans Kelsen foi o introdutor do controle de constitucionalidade na Europa, na Constituição da Áustria, de 1920, aperfeiçoado com a reforma constitucional de 1929. Partindo de uma perspectiva doutrinária diversa da que prevaleceu nos Estados Unidos, concebeu ele o controle como uma função constitucional e não propriamente como uma atividade judicial. Para tanto, previu a criação de um órgão específico – o Tribunal Constitucional – encarregado de exercê-lo de maneira concentrada. V. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004, p. 18.

<sup>23</sup> Sobre o tema, v. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. 2, 1996, p. 383 e ss.; Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2001, p. 39-40; Stephen Gardbaum, The new commonwealth model of constitutionalism, *American Journal of Comparative Law* 49:707, 2001, p. 715-16; e Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004, p. 43.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura.<sup>24</sup> A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade<sup>25</sup> e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.<sup>26</sup>

No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas.<sup>27</sup> De 1988 até abril de 2005 já haviam sido ajuizadas 3.469 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn), 9 ações declaratórias de constitucionalidade e 69 arguições de descumprimento de preceito fundamental. Para conter o número implausível de recursos extraordinários interpostos para o Supremo Tribunal Federal<sup>28</sup>, a Emenda Constitucional nº 45, que procedeu a diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a figura da *repercussão geral* da questão constitucional discutida, como requisito de admissibilidade do recurso.<sup>29</sup>

### 3 A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece

<sup>24</sup> Desde a sua criação até a configuração que lhe foi dada pela Constituição de 1969, o direito de propositura da “representação de inconstitucionalidade” era monopólio do Procurador-Geral da República. A Constituição de 1988 rompeu com esta hegemonia, prevendo um expressivo elenco de legitimados ativos no seu art. 103.

<sup>25</sup> Introduzida pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. V, ainda, Lei nº 9.868, de 10.11.1999.

<sup>26</sup> V. Lei nº 9.882, de 3.12.99. Antes da lei, prevalecia o entendimento de que o mecanismo não era aplicável.

<sup>27</sup> As ações diretas no direito constitucional brasileiro são a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a), a ação declaratória de constitucionalidade (arts. 102, I, a, e 103, § 4º) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). Há, ainda, duas hipóteses especiais de controle concentrado: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) e a ação direta interventiva (art. 36, III). Sobre o tema do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, v. dentre muitos: Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990; Clémerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000; Ronaldo Poletti, *Controle da constitucionalidade das leis*, 2001; Lênio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2002; Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2003; e Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

<sup>28</sup> Apenas entre janeiro e abril de 2005 foram distribuídos 9.924 recursos extraordinários para o Supremo Tribunal Federal. V. o sítio do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (In: <http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/>, visitado em 8 ago 2005).

<sup>29</sup> A EC nº 45/2004 introduziu o § 3º do art. 102, com a seguinte dicção: “§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).

Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais (v. *supra*) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.<sup>30</sup>

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de *nova interpretação constitucional*, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico.<sup>31</sup> Procede-se, a seguir, a uma breve comparação entre os dois modelos.

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao *papel da norma*, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do *juiz*, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como *regras*, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*.<sup>32</sup>

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes,

<sup>30</sup> V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003.

<sup>31</sup> No caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável. Em visão aparentemente diversa, v. Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, 2005.

<sup>32</sup> Identificada a norma aplicável, procede-se ao enquadramento do fato no relato da regra jurídica, pronunciando-se a conclusão. Um raciocínio, portanto, de natureza silogística, no qual a norma é a premissa maior, o fato relevante é a premissa menor e a conclusão é a sentença.

analisados topicamente<sup>33</sup>; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Estas transformações noticiadas acima, tanto em relação à norma quanto ao intérprete, são ilustradas de maneira eloqüente pelas diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação. Dentre elas incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. Abaixo uma breve nota sobre cada uma delas.

As denominadas *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.<sup>34</sup>

O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. *supra*). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato

<sup>33</sup> V. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, 2002, p. 277. Embora o pensamento do autor seja, em princípio, infenso à tópica, reconhece ele que a posituação de normas de textura aberta dá espaço à utilização do referido método, sem perder de vista, contudo, a primazia das conexões sistemáticas que conferem legitimidade à interpretação jurídica. Textualmente: “Não há, assim, uma alternativa rígida entre o pensamento tópico e o sistemático, mas antes uma complementação mútua. Quão longe vai um ou outro determina-se, em termos decisivos, de acordo com a medida das valorações jurídico-positivas existentes – assim se explicando também o facto de a tópica jogar um papel bastante maior em setores fortemente marcados por cláusulas gerais como o Direito constitucional ou em áreas reguladas de modo muito lacunoso como o Direito internacional privado do que, por exemplo, no Direito imobiliário ou no Direito dos títulos de crédito”. Sobre a tópica, especificamente, Theodor Viehweg, *Tópica e jurisprudência*, 1979 (a 1ª edição do original *Topik und Jurisprudenz* é de 1953). V. tb. Paulo Roberto Soares Mendonça, *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*, 2003.

<sup>34</sup> As cláusulas gerais não são uma categoria nova no Direito – de longa data elas integram a técnica legislativa – nem são privativas do direito constitucional – podem ser encontradas no direito civil, no direito administrativo e em outros domínios. Não obstante, elas são um bom exemplo de como o intérprete é co-participante do processo de criação do Direito. Um exemplo real, amplamente divulgado pela imprensa: quando da morte da cantora Cássia Eller, disputaram a posse e guarda do seu filho, à época com cinco anos, o avô materno e a companheira da artista. O critério fornecido pela Constituição e pela legislação ao juiz era o de atender ao “melhor interesse do menor”. Sem o exame dos elementos do caso concreto e sua adequada valoração, não era possível sequer iniciar a solução do problema.

abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.<sup>35</sup>

A existência de *colisões de normas constitucionais*, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais<sup>36</sup>, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais.<sup>37</sup> Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto.

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de *ponderação*.<sup>38</sup> A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (*v. infra*) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da *razoabilidade*.

<sup>35</sup> Tome-se, como exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana e veja-se a divergência quanto à sua interpretação, manifestada por dois juristas da nova geração, criados no mesmo ambiente acadêmico. Ana Paula de Barcellos situa o mínimo existencial no âmbito da dignidade humana e dele extrai os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305). Dessa posição diverge Daniel Sarmiento, por entender inadequada a escolha de algumas prestações sociais, com exclusão de outras que, a seu ver, são igualmente direitos fundamentais, como o direito à “saúde curativa” (*Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 114).

<sup>36</sup> Note-se que há direitos fundamentais que assumem a forma de princípios (liberdade, igualdade) e outros a de regras (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária). Ademais, há princípios que não são direitos fundamentais (livre-iniciativa).

<sup>37</sup> Sobre o tema das restrições aos direitos fundamentais, v. Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, 2004, tese de doutoramento apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

<sup>38</sup> Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997; Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, e Constitutional rights, balancing, and rationality, *Ratio Juris* 16:131 (também disponível em [http://cpdp.uab.es/documents/docencia/casanovas\\_pompeu/alexys3.pdf](http://cpdp.uab.es/documents/docencia/casanovas_pompeu/alexys3.pdf), visitado em 2 ago. 2005); Karl Larenz, *Metodología da ciência do direito*, 1997; Daniel Sarmiento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000; Ricardo Lobo Torres, Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação. In: Urbano Zilles (coord.), *Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos*, 2000, p. 643 e ss.; José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, 2000; Aaron Barak, Foreword: a judge on judging: the role of a Supreme Court in a Democracy, *Harvard Law Review*, 116:01, 2002; Marcos Maselli Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003; Humberto Ávila, *Teoría dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, 2003; Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

Chega-se, por fim, à *argumentação*<sup>39</sup>, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos *casos difíceis*, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.<sup>40</sup>

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

## PARTE II A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

### I. Generalidades

A locução *constitucionalização do Direito* é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse

<sup>39</sup> Sobre o tema, v. Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação: A nova retórica*, 1996 (1a. edição do original *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*, 1958); Stephen E. Toulmin, *The uses of argument*, 1958; Neil Maccormick, *Legal reasoning and legal theory*, 1978; Robert Alexy, *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989 (1a. edição do original *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978); Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002; Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica e argumentação*, 2003; Antônio Carlos Cavalcanti Maia, *Notas sobre direito, argumentação e democracia*. In: Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), *1988-1998: uma década de Constituição*, 1999; Cláudia Servilha Monteiro, *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*, 2003; e Klaus Gunther, *Teoria da argumentação no direito e na moral*, 2004.

<sup>40</sup> Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*, 2005. V. tb. Neil Maccormick, *Legal reasoning and legal theory*, 1978 que sistematiza como requisitos justificadores de uma decisão: a) o requisito da universalidade; b) o requisito da coerência e da consistência; c) o requisito consequencialista, que diz respeito aos efeitos prejudiciais ou benéficos por ela produzidos no mundo. Sobre princípio da coerência, v. Marina Gaensly, *O princípio da coerência: Reflexões de teoria geral do direito contemporânea*, 2005, dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito Público da UERJ, sob minha orientação.

uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988. Embora esta seja uma situação dotada de características próprias<sup>41</sup>, não é dela, tampouco, que se estará cuidando.<sup>42</sup>

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.<sup>43</sup> Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas.

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia

<sup>41</sup> Sobre o tema, v. Pierre Bom, Table ronde: Le cas de Espagne. In: Michel Verpeaux (org.), *Code Civil et Constitution(s)*, 2005, p. 95: "Como se sabe, a Constituição espanhola de 1978 é um perfeito exemplo do traço característico do constitucionalismo contemporâneo, no qual a Constituição não se limita mais, como no passado, a dispor sobre os princípios fundamentais do Estado, a elaborar um catálogo de direitos fundamentais, a definir as competências das instituições públicas mais importantes e a prever o modo de sua revisão. Ela vem reger praticamente todos os aspectos da vida jurídica, dando lugar ao sentimento de que não há fronteiras à extensão do seu domínio: tudo (ou quase) pode ser objeto de normas constitucionais; já não há um conteúdo material (e quase imutável) das Constituições." (tradução livre, texto ligeiramente editado).

<sup>42</sup> Embora não se possa negar que a presença, na Constituição, de normas cujo conteúdo pertence a outros ramos do Direito (civil, administrativo, penal) influencie a interpretação do direito infraconstitucional correspondente. Votar-se-á ao ponto mais à frente.

<sup>43</sup> Alguns autores têm utilizado os termos *impregnar* e *impregnação*, que em português, no entanto, podem assumir uma conotação depreciativa. V. Louis Favoreu – notável divulgador do direito constitucional na França, falecido em 2004 –, *La constitutionnalisation du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 191: "Quer-se designar aqui, principalmente, a constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito, ao mesmo tempo que levam à sua transformação". E, também, Ricardo Guastini, *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 49: "Por 'constitucionalización del ordenamiento jurídico' propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales".

da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

## II. Origem e Evolução do Fenômeno

O estudo que se vem empreendendo até aqui relata a evolução do direito constitucional na Europa e no Brasil ao longo das últimas décadas. Este processo, que passa pelos marcos históricos, filosóficos e teóricos acima expostos, conduz ao momento atual, cujo traço distintivo é a constitucionalização do Direito. A aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional foram ritos de passagem para o modelo atual.<sup>44</sup> O leitor atento já terá se dado conta, no entanto, de que a seqüência histórica percorrida e as referências doutrinárias destacadas não são válidas para três experiências constitucionais marcantes: as do Reino Unido, dos Estados Unidos e da França. O caso francês será analisado um pouco mais à frente. Um breve comentário é pertinente sobre os outros dois.

No tocante ao Reino Unido, os conceitos não se aplicam. Embora tenha sido o Estado precursor do modelo liberal, com limitação do poder absoluto e afirmação do *rule of the law*, falta-lhe uma Constituição escrita e rígida, que é um dos pressupostos, como o nome sugere, da constitucionalização do Direito. Poder-se-ia argumentar, é certo, que há entre os britânicos uma Constituição histórica e que ela é, inclusive, mais rígida que boa parte das Cartas escritas do mundo. Ou reconhecer o fato de que o Parlamento inglês adotou, em 1998, o “Human Rights Act”, incorporando ao direito interno a Convenção Européia de Direitos Humanos.<sup>45</sup> Mas mesmo que se concedesse a esses argumentos, não seria possível superar um outro: a inexistência do controle de constitucionalidade e, mais propriamente, de uma jurisdição constitucional no sistema inglês.<sup>46</sup> No modelo britânico vigora a supremacia do Parlamento, e não da Constituição.

Já quanto aos Estados Unidos, a situação é exatamente oposta. Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição americana – a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora, o caráter de documento jurídico,

<sup>44</sup> Alguns autores procuraram elaborar um catálogo de condições para a constitucionalização do Direito. É o caso de Ricardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 50 e ss., que inclui entre elas: (i) uma Constituição rígida; (ii) a garantia jurisdicional da Constituição; (iii) a força vinculante da Constituição; (iv) a “sobreinterpretação” da Constituição (sua interpretação extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas); (v) a aplicação direta das normas constitucionais; (vi) a interpretação das leis conforme a Constituição; (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

<sup>45</sup> A nova lei somente entrou em vigor em 2000. Com britânico exagero, tal evento foi saudado como “a remarkable new age of constitutionalism in the UK” (Bogdanor, *Devolution: The constitutional aspects*. In: *Constitutional reform in the United Kingdom: Practices and principles*, 1998) e como “a turning point in the UK’s legal history” (Lester, *The impact of the Human Rights Act on Public Law*. In: *Constitutional reform in the United Kingdom: Practices and principles*, 1998). Ambas as citações foram colhidas em Stephen Gardbaum, *The new commonwealth model of constitutionalism*, *American Journal of Comparative Law* 49:707, 2001, pp. 709 e 732. O comentário sobre o exagero é meu.

<sup>46</sup> A propósito, e em desenvolvimento de certo modo surpreendente, deve ser registrada a aprovação do Constitutional Reform Act, de 2005, que previu a criação de uma Suprema Corte (In: [www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm), visitado em 8 ago. 2005). Assinale-se a curiosidade de, não existindo uma Constituição escrita, ter sido aprovado, não obstante, um ato que a reforma.

passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária em *O Federalista* e precedente jurisprudencial firmado desde 1803, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte. Por esta razão, a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea.<sup>47</sup> O grande debate doutrinário nos Estados Unidos é acerca da legitimidade e dos limites da atuação do Judiciário na aplicação de valores substantivos e no reconhecimento de direitos fundamentais que não se encontrem expressos na Constituição (v. infra).

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores.<sup>48</sup> O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso *Lüth*<sup>49</sup>, julgado em

<sup>47</sup> Veja-se, a este propósito, exemplificativamente, a jurisprudência que se produziu em matéria de direito processual penal, pela submissão do *common law* dos Estados aos princípios constitucionais. Em *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961, considerou-se ilegítima a busca e apreensão feita sem mandado, como exigido pela 4a. Emenda. Em *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 1963, entendeu-se que a 6a. emenda assegurava a todos os acusados em processo criminal o direito a um advogado. Em *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966, impôs-se à autoridade policial, na abordagem de um suspeito, que comunique a ele que a) tem o direito de permanecer calado; b) tudo que disser poderá e será usado contra ele; c) tem direito a consultar-se com um advogado antes de depor e que este poderá estar presente ao interrogatório; d) caso não tenha condições financeiras para ter um advogado, um poderá ser-lhe designado. V. Kermit L. Hall, *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 1999; Paul C. Bartholomew e Joseph F. Menez, *Summaries of leading cases on the Constitution*, 1980; Duane Lockard e Walter F. Murphy, *Basic cases in constitutional law*, 1992. Para uma análise objetiva e informativa sobre este e outros aspectos, em língua portuguesa, v. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, *Interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal*. In: José Adércio Leite Sampaio, *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, 2003.

<sup>48</sup> Sobre a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na literatura em língua portuguesa, v. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2001, p. 149: “A idéia de eficácia irradiante das normas constitucionais desenvolveu-se (...) sempre no sentido do alargamento das dimensões objetivas dos direitos fundamentais, isto é, da sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários”; Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 214: “É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica (von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung Art 1-19*, N. 22)”; e, também, Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 371: “Os direitos fundamentais apresentam uma dimensão objetiva, que se liga à compreensão de que consagram os valores mais importantes de uma comunidade política. Esta dimensão objetiva potencializa a irradiação dos direitos fundamentais para todos os campos do Direito, e permite que eles influenciem uma miríade de relações jurídicas que não sofreriam sua incidência, se nós os visualizássemos apenas como direitos públicos subjetivos”.

<sup>49</sup> Os fatos subjacentes eram os seguintes. Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la em violação do § 826 do Código Civil (BGB) (“Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados”). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil.

15 de janeiro de 1958.<sup>50</sup>

A partir daí, baseando-se no catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira “revolução de idéias”<sup>51</sup>, especialmente no direito civil. De fato, ao longo dos anos subseqüentes, a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis. Assim, por exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação.<sup>52</sup> De parte isso, foram proferidos julgamentos interessantes em temas como uniões homossexuais (homoafetivas)<sup>53</sup> e direito dos contratos.<sup>54</sup>

Na Itália, a Constituição entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948. O processo de constitucionalização do Direito, todavia, iniciou-se apenas na década de 60, consumando-se nos anos 70. Relembre-se que a Corte Constitucional italiana somente veio a se instalar em 1956. Antes disso, o controle de constitucionalidade foi exercido, por força da disposição constitucional transitória VII, pela jurisdição ordinária, que não lhe deu vitalidade. Pelo contrário, remonta a esse período a formulação, pela Corte de

<sup>50</sup> *BverfGE* 7, 198. Tradução livre e editada da versão da decisão publicada em Jürgen Schwabe, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003, p. 132-37: “Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. (...) A expressão de uma opinião, que contém um chamado para um boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 do Código Civil. Pode estar justificada constitucionalmente pela liberdade de opinião, ponderadas todas as circunstâncias do caso”.

Esta decisão é comentada por inúmeros autores nacionais, dentre os quais: Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 220-2, onde descreve brevemente outros dois casos: “Blinkfüer” e “Wallraff”; Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 141 e ss.; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 416 e ss.; e Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004, p. 105 e ss..

<sup>51</sup> Sabine Corneloup, *Table ronde: Le cas de l’Allemagne*. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 85.

<sup>52</sup> Sabine Corneloup, *Table ronde: Le cas de l’Allemagne*. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 87-8, com identificação de cada uma das leis. A jurisprudência referida na seqüência do parágrafo foi localizada a partir de referências contidas nesse texto.

<sup>53</sup> Em um primeiro momento, em nome do princípio da igualdade, uma lei de 16 de fevereiro de 2001 disciplinou as uniões homossexuais, pondo fim à discriminação existente. Em um segundo momento, esta lei foi objeto de arguição de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que afrontaria o art. 6º, I da Lei Fundamental, pelo qual “o casamento e a família são colocados sob proteção particular do Estado”, ao legitimar um outro tipo de instituição de direito de família, paralelo ao casamento heterossexual. A Corte não acolheu o argumento, assentando que a nova lei nem impedia o casamento tradicional nem conferia à união homossexual qualquer privilégio em relação à união convencional (1 BvF 1/01, de 17 jul. 2002, com votos dissidentes dos juízes Papier e Hass, v. sítio [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de), visitado em 4 ago. 2005).

<sup>54</sup> Um contrato de fiança prestada pela filha, em favor do pai, tendo por objeto quantia muitas vezes superior à sua capacidade financeira foi considerado nulo por ser contrário à moral (*BverfGE* t. 89, p. 214, *apud* Sabine Corneloup, *Table ronde: Le cas de l’Allemagne*. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 90); um pacto nupcial no qual a mulher, grávida, renunciou a alimentos em nome próprio e em nome da criança foi considerado nulo, por não poder prevalecer a liberdade contratual quando há dominação de uma parte sobre a outra (1 BvR 12/92, de 6 fev 2001, unânime, v. sítio [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de), visitado em 4 ago. 2005); um pacto sucessório que impunha ao filho mais velho do imperador Guilherme II o dever de se casar com uma mulher que preenchesse determinadas condições ali impostas foi considerado nulo por violar a liberdade de casamento (1 BvR 2248/01, de 22 mar 2004, unânime, v. sítio [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de) visitado em 4 ago. 2005).

Cassação, da distinção entre normas *preceptivas*, de caráter vinculante e aplicáveis pelos tribunais, e normas de *princípio* ou *programáticas*, dirigidas apenas ao legislador e não aplicáveis diretamente pelo Judiciário. Assim, pelos nove primeiros anos de vigência, a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos não repercutiram sobre a aplicação do direito ordinário.<sup>55</sup>

Somente com a instalação da Corte Constitucional – e, aliás, desde a sua primeira decisão – as normas constitucionais de direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador. A Corte desenvolveu um conjunto de técnicas de decisão<sup>56</sup>, tendo enfrentado, durante os primeiros anos de sua atuação, a arraigada resistência das instâncias ordinárias e, especialmente, da Corte de Cassação, dando lugar a uma disputa referida, em certa época, como “guerra das cortes”.<sup>57</sup> A exemplo do ocorrido na Alemanha, a influência da constitucionalização do Direito e da própria Corte Constitucional se manifestou em decisões de inconstitucionalidade, em convocações à atuação do legislador e na reinterpretção das normas infraconstitucionais em vigor.

De 1956 a 2003, a Corte Constitucional proferiu 349 decisões em questões constitucionais envolvendo o Código Civil, das quais 54 declararam a inconstitucionalidade de dispositivos seus, em decisões da seguinte natureza: 8 de invalidação, 12 interpretativas e 34 aditivas<sup>58</sup> (sobre as características de cada uma delas, v. nota ao parágrafo anterior). Foram proferidos julgados em temas que incluíram adultério<sup>59</sup>, uso do nome do marido<sup>60</sup> e direitos sucessórios de filhos ilegítimos<sup>61</sup>, em meio a outros. No plano legislativo, sob influência da Corte Constitucional, foram aprovadas, ao longo dos anos, modificações profundas no direito de família, inclusive em relação ao divórcio, no direito à adoção e no direito do trabalho. Estas alterações, levadas a efeito por leis especiais, provocaram a denominada “descodificação” do direito civil.<sup>62</sup>

<sup>55</sup> Sobre o tema, v. Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizione di principio*, 1952; José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968; Ricardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003; e Thierry Di Manno, *Code Civil e Costituzione in Italie*. In: Michel Verpeaux (org.), *Code Civil e Constitution(s)*, 2005.

<sup>56</sup> Além das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, a Corte utiliza diferentes técnicas, que incluem: 1) *decisões interpretativas*, que correspondem à interpretação conforme a Constituição, podendo ser (a) com *recusa* da arguição de inconstitucionalidade, mas afirmação da interpretação compatível ou (b) com *aceitação* da arguição de inconstitucionalidade, com declaração de inconstitucionalidade da interpretação que vinha sendo praticada pela jurisdição ordinária, em ambos os casos permanecendo em vigor a disposição atacada; 2) *decisões manipuladoras*, nas quais se dá a aceitação da arguição de inconstitucionalidade e, além da declaração de invalidade do dispositivo, a Corte vai além, proferindo (a) *sentença aditiva*, estendendo a norma à situação nela não contemplada, quando a omissão importar em violação ao princípio da igualdade; e b) *sentença substitutiva*, pela qual a Corte não apenas declara a inconstitucionalidade de determinada norma, como também introduz no sistema, mediante declaração própria, uma norma nova. Sobre o tema, v. Ricardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 63-7.

<sup>57</sup> Thierry Di Manno, Table ronde: Le cas de l’Italie. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 107.

<sup>58</sup> Thierry Di Manno, Table ronde: Le cas de l’Italie. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 103.

<sup>59</sup> Sentença 127/1968, j. 16 dez 1968, Rel. Bonifácio, v. sítio [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), visitado em 4 ago. 2005. A Corte invalidou o artigo do Código Civil (art. 151, 2) que tratava de maneira diferente o adultério do marido e o da mulher. O da mulher sempre seria causa para separação, ao passo que o do homem somente em caso de “injúria grave à mulher”.

<sup>60</sup> Sentença 128/1970, j. 24 jun 1970, Rel. Mortati, v. sítio [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), visitado em 4 ago. 2005. A Corte proferiu sentença aditiva para permitir à mulher retirar o nome do marido após a separação (ocorrida por culpa do marido), o que não era previsto pelo art. 156 do Código Civil.

<sup>61</sup> Sentença 55/1979, j. 15 jun 1979, Rel. Amadei, v. sítio [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), visitado em 4 ago. 2005. A Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 565 do Código Civil, na parte em que excluía do benefício da sucessão legítima os filhos naturais reconhecidos.

<sup>62</sup> N. Irti, *Letá della decodificazione*, 1989. V., tb., Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 5.

Na França, o processo de constitucionalização do Direito teve início muito mais tarde e ainda vive uma fase de afirmação. A Constituição de 1958, como se sabe, não previu o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no americano, tendo optado por uma fórmula diferenciada: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor.<sup>63</sup> De modo que não há no sistema francês, a rigor técnico, uma verdadeira jurisdição constitucional. Não obstante, alguns avanços significativos e constantes vêm ocorrendo, a começar pela decisão de 16 de julho de 1971.<sup>64</sup> A ela seguiu-se a Reforma de 29 de outubro de 1974, ampliando a legitimidade para suscitar-se a atuação do Conselho Constitucional.<sup>65</sup> Aos poucos, começam a ser incorporados ao debate constitucional francês temas como a *impregnação* da ordem jurídica pela Constituição, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais e o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição.<sup>66</sup> Tal processo de constitucionalização do Direito, cabe advertir, enfrenta a vigorosa resistência da doutrina mais tradicional, que nele vê ameaças diversas, bem como a

<sup>63</sup> Na sua concepção original, o Conselho Constitucional destinava-se, sobretudo, a preservar as competências de um Executivo forte contra as invasões do Parlamento. Suas funções principais eram três: a) o controle dos regimentos de cada uma das câmaras (Assembleia Nacional e Senado), para impedir que se investissem de poderes que a Constituição não lhes atribuiu, como ocorrido na III e na IV Repúblicas; b) o papel de “justiça eleitoral”, relativamente às eleições presidenciais, parlamentares e aos referendos; c) a delimitação do domínio da lei, velando pela adequada repartição entre as competências legislativas e regulamentares. Esta última função se exercia em três situações: a do art. 41, relacionada à invasão pela lei parlamentar de competência própria do governo; a do art. 61, alínea 2, que permitia ao primeiro-ministro provocar o controle acerca da inconstitucionalidade de uma lei, após sua aprovação, mas antes de sua promulgação; e a do art. 37, alínea 2, relativamente à modificabilidade, por via de decreto, de leis que possuíssem caráter regulamentar. Com a reforma constitucional de 1974, o controle de constitucionalidade das leis passou a ser a atividade principal do Conselho, aproximando-o de uma corte constitucional. V. Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr), visitado em 26 jul. 2005; François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, 3 vs., 1997; John Bell, *French constitutional law*, 1992.

<sup>64</sup> Objetivamente, a decisão nº 71-44 DC, de 16.07.71 (In: [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm), visitado em 26 jul. 2005), considerou que a exigência de autorização prévia, administrativa ou judicial, para a constituição de uma associação violava a liberdade de associação. Sua importância, todavia, foi o reconhecimento de que os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no preâmbulo da Constituição de 1946, incorporavam-se à Constituição de 1958, por força de referência constante do preâmbulo desta, figurando, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Esta decisão reforçou o prestígio do Conselho Constitucional, que passou a desempenhar o papel de protetor dos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, consagrou o “valor positivo e constitucional” do preâmbulo da Constituição e firmou a idéia de “bloco de constitucionalidade”. Essa expressão significa que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem do seu texto, mas inclui outros textos normativos, que no caso eram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como os princípios fundamentais das leis da República, aos quais o referido preâmbulo fazia referência. Sobre a importância dessa decisão, v. Léo Hamon, *Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels*, *Dalloz*, 1974, p. 83-90; G. Haimbowgh, *Was it France's Marbury v. Madison?*, *Ohio State Law Journal* 35:910, 1974; J.E. Beardsley, *The Constitutional council and Constitutional liberties in France*, *American Journal of Comparative Law*, 1972, p. 431-52. Para um comentário detalhado da decisão, v. L. Favoreu e L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 2003. Especificamente sobre bloco de constitucionalidade, v. Michel de Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 2001; e Olivier Duhamel e Yves Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, 1992.

<sup>65</sup> A partir daí, o direito de provocar a atuação do Conselho Constitucional, que antes recaía apenas sobre o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembleia Nacional e o Presidente do Senado estendeu-se, também, a sessenta Deputados ou sessenta Senadores. O controle de constitucionalidade tornou-se um importante instrumento de atuação da oposição parlamentar. Entre 1959 e 1974, foram proferidas apenas 9 (nove) decisões acerca de leis ordinárias (por iniciativa do Primeiro-Ministro e do Presidente do Senado) e 20 (vinte) acerca de leis orgânicas (pronunciamento obrigatório). De 1974 até 1998 houve 328 provocações (*saisine*) ao Conselho Constitucional. Os dados constam de Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr), visitado em 26 jul.2005.

<sup>66</sup> V. Louis Favoreu, *La constitutionnalisation du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 190-2.

usurpação dos poderes do Conselho de Estado e da Corte de Cassação.<sup>67</sup>

### III. A Constitucionalização do Direito no Brasil

#### 1 O DIREITO INFRACONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Mas não se trata, por suposto, da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levaram a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa.<sup>68</sup>

Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo<sup>69</sup>, civil<sup>70</sup>, penal<sup>71</sup>, do trabalho<sup>72</sup>, processual civil e penal<sup>73</sup>, financeiro e orçamentário<sup>74</sup>,

<sup>67</sup> Veja-se a discussão do tema em Guillaume Drago, Bastien François e Nicolas Molfessis (org.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, 1999. Na conclusão do livro, que documenta o Colóquio de Rennes, de setembro de 1996, François Terré, ao apresentar o que corresponderia à conclusão do evento, formulou crítica áspera à ascensão da influência do Conselho Constitucional: “Les perpétuelles incantations que suscitent l’État de droit, la soumission de l’État à des juges, sous l’influence conjuguée du kelsenisme, de la mauvaise conscience de l’Allemagne Fédérale et de l’américanisme planétaire sont lassantes. Des contrepoids s’imposent. Puisque le Conseil constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction et le droit d’appel sont devenues paroles d’évangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, le cas échéant, un terme aux errances du Conseil constitutionnel” (p. 409).

<sup>68</sup> Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *Doze anos da Constituição brasileira de 1988*. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

<sup>69</sup> No âmbito do direito administrativo há, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, normas sobre desapropriação e requisição. Há, também, um imenso capítulo sobre a Administração Pública, que cuida de temas como concurso público, licitação, regime jurídico dos servidores, aposentadoria, responsabilidade civil do Estado etc., além de outras normas ao longo do texto.

<sup>70</sup> Em tema de direito civil, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, existem normas sobre propriedade e sua função social, propriedade industrial e intelectual, direito de sucessões e defesa do consumidor. Ao longo do texto são encontradas normas diversas sobre a caracterização da função social da propriedade, sobre direito de família, aí incluídos temas como filiação, adoção, união estável e divórcio, sobre proteção da criança e do adolescente, dentre outros.

<sup>71</sup> Quanto ao direito penal a Constituição consagra, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, normas sobre o princípio da legalidade penal, não-retroação das normas penais, criminalização do racismo, enunciação de crimes inafiançáveis. No final da Carta (art. 228), há uma norma sobre a inimputabilidade dos menores de dezoito anos.

<sup>72</sup> Em matéria trabalhista a Constituição prevê um capítulo inteiro, no título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, para os temas mais diversos, aí incluídos salário-mínimo, jornada de trabalho, direito de repouso, direito de férias, aviso prévio, licenças (paternidade e às gestantes), bem como greve e relações sindicais.

<sup>73</sup> Relativamente ao direito processual enuncia, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, regras comuns ao processo penal e civil, como devido processo legal, publicidade dos atos processuais, assistência judiciária, ações constitucionais, duração razoável dos processos. Especificamente no tocante ao direito processual penal, há normas sobre juiz natural, presunção de inocência, individualização da pena, prisão, direitos dos presos etc.

<sup>74</sup> Também para o direito financeiro e orçamentário foi criada uma longa seção dedicada à fiscalização contábil, financeira e orçamentária e sobre a atuação dos tribunais de contas, além de normas voltadas para as finanças públicas e orçamento, em título específico sobre tributação e orçamento.

tributário<sup>75</sup>, internacional<sup>76</sup> e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social, dividido em numerosos capítulos e seções, que vão da saúde até os índios.

Embora o fenômeno da constitucionalização do Direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas. Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável<sup>77</sup>, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.

## 2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas

<sup>75</sup> Ao direito tributário a Constituição dedica um capítulo longo e detalhado, com a definição das competências impositivas de cada ente estatal, da repartição de receitas tributárias e o estabelecimento das limitações ao poder de tributar. Trata-se de um dos mais longos capítulos do texto, que, nada obstante, tem se mostrado incapaz de conter a voracidade tributária e fiscal do Estado brasileiro.

<sup>76</sup> A propósito do direito internacional público, o título dedicado aos princípios fundamentais contém um longo elenco de princípios a serem observados pelo Brasil nas suas relações internacionais. Ao longo do texto há inúmeras normas sobre tratados internacionais, com referências a seu conteúdo – tratados de direitos humanos, tratado sobre jurisdição penal internacional – e ao mecanismo para sua aprovação pelo Congresso. No plano do direito internacional privado, há regras sobre homologação de sentença estrangeira e efeitos de decisões estrangeiras no Brasil, bem como sucessão de bens de estrangeiro aqui situados.

<sup>77</sup> Tanto a doutrina como a jurisprudência, no plano do direito penal, têm condenado, por exemplo, a constitucionalização da figura dos “crimes hediondos” (art. 5º, XLIII). V., por todos, João José Leal, *Crimes hediondos – A Lei 8.072 como expressão do direito penal da severidade*, 2003.

foram editadas, passando a formar microsistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a “descodificação” do direito civil<sup>78</sup>, fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002, com vigência a partir de 2003.<sup>79</sup>

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.<sup>80</sup>

À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição:

a) *Diretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI);

b) *Indiretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

(i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;

(ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

<sup>78</sup> Sobre o caso italiano, v. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 6: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”. Sobre o caso brasileiro, vejam-se, dentre outros: Maria Celina B. M. Tepedino, A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:21; e Gustavo Tepedino, *O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: Premissas para uma reforma legislativa*. In: Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil-constitucional*, 2001.

<sup>79</sup> O novo Código Civil, com início de vigência em 2003, foi duramente criticado por setores importantes da doutrina civilista. Gustavo Tepedino referiu-se a ele como “retrogrado e demagógico” acrescentando: “Do Presidente da República, espera-se o veto; do Judiciário que tempere o desastre” (*Revista trimestral de direito civil* 7, 2001, Editorial). Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, consideraram inconstitucional o projeto de Código Civil, em parecer publicado sob o título Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, *Revista trimestral de direito civil* 4:243, 2000, por não traduzir a supremacia da dignidade humana sobre os aspectos patrimoniais e por violar o princípio da vedação do retrocesso. Em sentido contrário, v. Judith Martins Costa, *O direito privado como um “sistema em construção”*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005; e Miguel Reale, *Visão geral do novo Código Civil*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005 e *O novo Código Civil e seus críticos*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005.

<sup>80</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 45: “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo”. V. também, Paulo Ricardo Schier, *Filtragem constitucional*, 1999.

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

### 3. A Constitucionalização do Direito e Seus Mecanismos de Atuação Prática

A constitucionalização do Direito, como já antecipado, repercute sobre os diferentes Poderes estatais. Ao legislador e ao administrador, impõe deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição. A constitucionalização, no entanto, é obra precípua da jurisdição constitucional, que no Brasil pode ser exercida, difusamente, por juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando o paradigma for a Constituição Federal. Esta realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem:

- a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;
- b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;
- c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente convocação à atuação do legislador<sup>81</sup>;
- d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:

- (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;
- (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição.<sup>82</sup>

Aprofunde-se um pouco mais o argumento, especialmente em relação à interpretação conforme a Constituição. O controle de constitucionalidade é uma modalidade de interpretação e aplicação da Constituição. Independentemente de outras especulações, há consenso de que cabe ao Judiciário pronunciar a invalidade dos enunciados normativos incompatíveis com o texto constitucional, paralisando-lhes a eficácia. De outra parte, na linha do conhecimento convencional, a ele não caberia inovar na ordem jurídica, criando comando até então inexistente. Em outras palavras: o Judiciário estaria autorizado a invalidar

<sup>81</sup> Isso quando não prefira o Supremo Tribunal produzir uma decisão integrativa, a exemplo da sentença aditiva do direito italiano. Esta atuação envolve a sempre controversa questão da atuação como legislador positivo (v. *infra*).

<sup>82</sup> Relativamente a esta segunda possibilidade, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 189: “É possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou a outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal”.

um ato do Legislativo, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria.<sup>83</sup>

Pois bem. As modernas técnicas de interpretação constitucional – como é o caso da interpretação conforme a Constituição – continuam vinculadas a esse pressuposto, ao qual agregam um elemento inexorável. A interpretação jurídica dificilmente é unívoca, seja porque um mesmo enunciado, ao incidir sobre diferentes circunstâncias de fato, pode produzir normas diversas<sup>84</sup>, seja porque, mesmo em tese, um enunciado pode admitir várias interpretações, em razão da polissemia de seus termos. A interpretação conforme a Constituição, portanto, pode envolver (i) uma singela determinação de sentido da norma, (ii) sua não incidência a uma determinada situação de fato ou (iii) a exclusão, por inconstitucional, de uma das normas que podem ser extraídas do texto. Em qualquer dos casos, não há declaração de inconstitucionalidade do enunciado normativo, permanecendo a norma no ordenamento. Por esse mecanismo se reconciliam o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade. Naturalmente, o limite de tal interpretação está nas possibilidades semânticas do texto normativo.<sup>85</sup>

## IV. Alguns Aspectos da Constitucionalização do Direito

### 1 DIREITO CIVIL<sup>86</sup>

As relações entre o direito constitucional e o direito civil atravessaram, nos últimos

<sup>83</sup> Nesse sentido, v. STF, *DJU* 15 abr. 1988, Rp 1.417-DF, Rel. Min. Moreira Alves: “Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo”. Passa-se ao largo, nesta instância, da discussão mais minuciosa do tema, que abriga inúmeras complexidades, inclusive e notadamente em razão do reconhecimento de que juízes e tribunais, em múltiplas situações, desempenham uma atividade de co-participação na criação da norma.

<sup>84</sup> A doutrina mais moderna tem traçado uma distinção entre enunciado normativo e norma, baseada na premissa de que não há interpretação em abstrato. *Enunciado normativo* é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. *Norma*, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação, isto é, a concretização do enunciado. De um mesmo enunciado é possível extrair diversas normas. Por exemplo: do enunciado do art. 5º, LXIII da Constituição – o preso tem direito de permanecer calado – extraem-se normas diversas, inclusive as que asseguram o direito à não auto-incriminação ao *interrogado* em geral (STF, *DJU* 14 dez. 2001, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e até ao *depoente em CPI* (STF, *DJU* 16 fev. 2001, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello). Sobre o tema, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1969, p. 270 e ss.; Friedrich Müller, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, 1999, p. 45 e ss.; Riccardo Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, 1996, p. 82-3; e Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 13.

<sup>85</sup> Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: “Ao juiz não é permitido mediante ‘interpretação conforme a Constituição’ dar um significado diferente a uma lei cujo teor e sentido resulta evidente” (1 BvL 149/52-33, 11 jun. 1958); na do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo” (STF, *DJU* 15 abr. 1988, Rp 1.417-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves).

<sup>86</sup> Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*, 1997; Maria Celina Bodin de Moraes: A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993; A constitucionalização do direito civil, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:76, 1999; Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais, 2003; Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Gustavo Tepedino: *Temas de direito civil*, 2004; *Problemas de direito civil constitucional* (coord.), 2000; O direito civil e a legalidade constitucional. In: *Revista Del Rey Jurídica* 13:23, 2004; Luiz Edson Fachin: *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo* (coord.), 1998; *Teoria crítica do direito civil*, 2000; Heloísa Helena Barboza, Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século, *Revista da Faculdade de Direito, UERJ*, 1998-99; Teresa Negreiros: *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998; *Teoria do contrato: Novos paradigmas*, 2002; Judith Martins Costa (org.), *A reconstrução do direito privado*, 2002; Paulo Luiz Neto Lobo, Constitucionalização do direito civil, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:56, 1999; Renan Lotufo, *Direito civil constitucional*, cad. 3, 2002; Michel Verpeaux (org.), *Code Civil et Constitution(s)*, 2005.

dois séculos, três fases distintas, que vão da indiferença à convivência intensa. O marco inicial dessa trajetória é a Revolução Francesa, que deu a cada um deles o seu objeto de trabalho: ao direito constitucional, uma Constituição escrita, promulgada em 1791; ao direito civil, o Código Civil napoleônico, de 1804. Apesar da contemporaneidade dos dois documentos, direito constitucional e direito civil não se integravam nem se comunicavam entre si. Veja-se cada uma das etapas desse processo de aproximação lenta e progressiva:

### 1ª. fase: *Mundos Apartados*

No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta *Política*, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento *jurídico* que regia as relações entre particulares, freqüentemente mencionado como a “Constituição do direito privado”.

Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. Já o direito civil era herdeiro da tradição milenar do direito romano. O Código napoleônico realizava adequadamente o ideal burguês de proteção da propriedade e da liberdade de contratar, dando segurança jurídica aos protagonistas do novo regime liberal: o contratante e o proprietário. Esse modelo inicial de incomunicabilidade foi sendo progressivamente superado.

### 2ª. fase: *Publicização do Direito Privado*

O Código napoleônico e os modelos que ele inspirou – inclusive o brasileiro – baseavam-se na liberdade individual, na igualdade formal entre as pessoas e na garantia absoluta do direito de propriedade. Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da *autonomia da vontade*. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de *normas de ordem pública*. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do *dirigismo contratual*, que consolida a publicização do direito privado.<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> V. Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, 1999, p. 26: “A característica do Direito Privado é a predominância das normas dispositivas, de maneira que a grande maioria delas, principalmente no terreno das obrigações, só incide se a convenção das partes não dispuser de modo diverso. No entanto, sempre existiu dentro do Direito Civil certas regras que, mesmo se destinando a reger relações privadas, não entram na esfera de livre disponibilidade dos sujeitos das relações jurídicas civis. São as normas cogentes, cujo conteúdo é considerado de ordem pública. Com a evolução do moderno Estado Social de Direito nota-se um grande incremento desse tipo de normas, por meio das quais se realiza a intervenção estatal no domínio econômico, praticando o dirigismo contratual, tal como se dá, por exemplo, com a legislação bancária, com o inquilinato, com o estatuto da terra, com os loteamentos e incorporações etc.”. V. tb. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. I, 2004, p. 18.

### 3ª. fase: *Constitucionalização do Direito Civil*

“Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma”.<sup>88</sup> A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. Há regras específicas na Constituição, impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade. Não é o caso de se percorrerem as múltiplas situações de impacto dos valores constitucionais sobre o direito civil, especificamente, e sobre o direito privado em geral.<sup>89</sup> Mas há dois desenvolvimentos que merecem destaque, pela dimensão das transformações que acarretam.

O primeiro deles diz respeito ao *princípio da dignidade da pessoa humana* na nova dogmática jurídica. Ao término da 2ª. Guerra Mundial, tem início a *reconstrução dos direitos humanos*<sup>90</sup>, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana<sup>91</sup>, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas<sup>92</sup>, tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos *fundamentos da República* (art. 1º, III). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas<sup>93</sup>, expressando-se em diferentes

<sup>88</sup> A primeira parte da frase (“Ontem os Códigos; hoje as Constituições”) foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB: “Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer”.

<sup>89</sup> Para este fim, v. Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil constitucional*, 2000, obra coletiva na qual se discute a constitucionalização do direito civil em domínios diversos, incluindo o direito das obrigações, as relações de consumo, o direito de propriedade e o direito de família. Sobre o tema específico da boa-fé objetiva, vejam-se Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, 1999; e Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998.

<sup>90</sup> Este é o título do celebrado trabalho de Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*, 1988. Sobre o tema, v. tb. Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, 1991.

<sup>91</sup> O conteúdo jurídico da dignidade humana se relaciona com a realização dos direitos fundamentais ou humanos, nas suas três dimensões: individuais, políticos e sociais. Sobre o tema, vejam-se Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002; Ingo Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2004; José Afonso da Silva, *Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, *Revista de Direito Administrativo* 212:89, 1998; Carmen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, *Revista Interesse Público* 4:2, 1999. Vejam-se dois excertos representativos do entendimento dominante: José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*, 1998, p. 102: “[O] princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”; e Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição brasileira*, 2000, p. 59-60, “O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado”.

<sup>92</sup> Como, e.g., na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na Constituição italiana de 1947, na Constituição alemã de 1949, na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição espanhola de 1978.

<sup>93</sup> Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305: “O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça”.

dimensões.<sup>94</sup> No tema específico aqui versado, o princípio promove uma *despatrimonialização*<sup>95</sup> e uma *repersonalização*<sup>96</sup> do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica.

O segundo desenvolvimento doutrinário que comporta uma nota especial é a *aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas*.<sup>97</sup> O debate remonta à decisão do caso *Lüth* (v. *supra*), que superou a rigidez da dualidade público-privado ao admitir a aplicação da Constituição às relações particulares, inicialmente regidas pelo Código Civil. O tema envolve complexidades e não será aprofundado aqui. As múltiplas situações suscetíveis de ocorrerem no mundo real não comportam solução unívoca.<sup>98</sup> Nada obstante, com exceção da jurisprudência norte-americana (e, mesmo assim, com atenuações), há razoável consenso de que as normas constitucionais se aplicam, em alguma medida, às relações entre particulares. A divergência nessa matéria reside, precisamente, na determinação do modo e da intensidade dessa incidência. Doutrina e jurisprudência dividem-se em duas correntes principais:

- a) a da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas;
- b) a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado.

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito

<sup>94</sup> Em denso estudo, Maria Celina Bodin de Moraes, Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003, decompõe o conteúdo jurídico da dignidade humana em quatro princípios: igualdade, integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade.

<sup>95</sup> O termo foi colhido em Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 33. Aparentemente, o primeiro a utilizá-lo foi Carmine Donisi, Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato. In: *Rassegna di diritto civile* 80, 1980 (conforme pesquisa noticiada em Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 115).

<sup>96</sup> Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, *Revista trimestral de direito civil* 4:243, 2000: "(A) aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da *repersonalização* imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da proteção da dignidade humana em relação às relações jurídicas patrimoniais". A respeito da *repersonalização* do direito civil, v. também Adriano de Cupis, *Diritti della personalità*, 1982.

<sup>97</sup> Sobre este tema, v. duas teses de doutorado desenvolvidas no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito Público da UERJ, ambas aprovadas com distinção e louvor e publicadas em edição comercial: Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005. Aliás, trabalhos de excelente qualidade têm sido produzidos sobre a matéria, dentre os quais Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004; Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Rodrigo Kaufmann, *Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, 2003 (dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Brasília); Luís Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 2004, mimeografado, tese de livre-docência apresentada na Universidade de São Paulo – USP; André Rufino do Vale, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, 2004; e Thiago Luís Santos Sombra, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas jurídico-privadas*, 2004.

<sup>98</sup> Vejam-se, exemplificativamente, algumas delas: a) pode um clube de futebol impedir o ingresso em seu estádio de jornalistas de um determinado veículo de comunicação que tenha feito críticas ao time (liberdade de trabalho e de imprensa)?; b) pode uma escola judaica impedir o ingresso de crianças não judias (discriminação em razão da religião)?; c) pode o empregador prever no contrato de trabalho da empregada a demissão por justa causa em caso de gravidez (proteção da mulher e da procriação)?; d) pode o locador recusar-se a firmar o contrato de locação porque o pretendente locatário é muçulmano (de novo, liberdade de religião)?; e) pode um jornalista ser demitido por ter emitido opinião contrária à do dono do jornal (liberdade de opinião)?

fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (e.g., ninguém pode se sujeitar a sanções corporais).<sup>99</sup>

O processo de constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista. Aliás, coube a esta, em grande medida, o próprio fomento da aproximação inevitável.<sup>100</sup> Ainda se levantam, aqui e ali, objeções de naturezas diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão mais tradicionalista do direito civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado.<sup>101</sup> A sinergia com o direito constitucional potencializa e eleva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista.

## 2 DIREITO ADMINISTRATIVO<sup>102</sup>

O direito constitucional e o direito administrativo têm origem e objetivos comuns:

<sup>99</sup> Para um aprofundamento do tema, v. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005.

<sup>100</sup> No caso da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, esta é uma das principais linhas do Programa de Pós-graduação em Direito Civil, onde foram pioneiros doutrinadores como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barbosa. Na Universidade Federal do Paraná, destacam-se os trabalhos do Professor Luiz Edson Fachin. Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da Professora Judith Martins Costa. Na PUC de São Paulo, do Professor Renan Lotufo. Na Universidade Federal de Alagoas, Paulo Netto Lôbo.

<sup>101</sup> Gustavo Tepedino, O direito civil e a legalidade constitucional, *Revista Del Rey Jurídica* 13:23, 2004: “Ao contrário do cenário dos anos 80, não há hoje civilista que negue abertamente a eficácia normativa da Constituição e sua serventia para, ao menos de modo indireto, auxiliar na interpretação construtiva da norma infraconstitucional”. Em seguida, em preciosa síntese, identifica o autor as quatro objeções mais frequentes à aplicação da Constituição às relações de direito civil: a) não cabe ao constituinte, mas ao legislador, que constitui uma instância mais próxima da realidade dos negócios, a regulação da autonomia privada; b) a baixa densidade normativa dos princípios constitucionais propiciaria excessiva discricionariedade aos magistrados; c) a estabilidade milenar do direito civil restaria abalada pela instabilidade do jogo político-constitucional; d) o controle axiológico das relações de direito civil, para além dos limites claros do lícito e do ilícito, significaria desmesurada ingerência na vida privada.

<sup>102</sup> Sobre as transformações do direito administrativo na quadra atual, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *Sociedade, Estado e administração pública*, 1996; *Mutações do direito administrativo*, 2000; e *Direito regulatório*, 2003; Caio Tácito, O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro, *Revista de direito administrativo* 202:1, 1995; Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 1990; Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 1998; Maria Sylvia di Pietro, *Parcerias na Administração Pública, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 1999; Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador*, 2003; Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003; Marcos Juruena, *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, 2000; Paulo Modesto, A reforma da previdência e a definição de limites de remuneração e subsídio dos agentes públicos no Brasil. In: *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, 2004; Humberto Ávila, Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *O direito público em tempos de crise – Estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel*, 1999; Alexandre Aragão, *Agências Reguladoras*, 2002; Gustavo Binbenojim, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de direito administrativo* 239:1, 2005. V. tb. Luís Roberto Barroso: Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002; A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003; Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. In: Idem; *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. In: Idem; Para a formação da doutrina administrativista no Brasil, preste-se a homenagem devida e merecida a Miguel Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1ª edição de 1957, e Hely Lopes Meirelles, *Curso de direito administrativo brasileiro*, 1ª edição de 1964. Caio Tácito, além de escritos e inúmeros pareceres, dirige desde 1993 a *Revista de Direito Administrativo*, a mais antiga e prestigiosa publicação na matéria. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de direito administrativo*, 1ª edição de 1980, e, depois, *Curso de direito administrativo*, teve influência decisiva no desenvolvimento de um direito administrativo na perspectiva da cidadania e não da Administração.

o advento do liberalismo e a necessidade de limitação do poder do Estado. Nada obstante, percorreram ambos trajetórias bem diversas, sob influência do paradigma francês. De fato, o direito constitucional passou o século XIX e a primeira metade do século XX associado às categorias da política, destituído de força normativa e aplicabilidade direta e mediata (v. *supra*). O direito administrativo, por sua vez, desenvolveu-se como ramo jurídico autônomo e arrebata a disciplina da Administração Pública. A existência de uma jurisdição administrativa dissociada da atuação judicial e o prestígio do Conselho de Estado francês deram ao direito administrativo uma posição destacada no âmbito do direito público<sup>103</sup>, associando-o à continuidade e à estabilidade das instituições.<sup>104</sup> Somente após a 2ª. Guerra Mundial, com o movimento de constitucionalização, esta situação de preeminência iria se modificar.

Não se vai reconstituir o histórico da relação entre o direito constitucional e o direito administrativo, que é feito pelos administrativistas em geral<sup>105</sup> e desviaria o foco da análise que aqui se quer empreender. Na quadra presente, três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados.

A presença de dispositivos sobre a Administração Pública nas Constituições modernas tem início com as Cartas italiana e alemã, em precedentes que foram ampliados pelos Textos português e espanhol. A Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública (v. *supra*), com censurável grau de detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos. Nada obstante, contém algumas virtudes, como a dissociação da função administrativa da atividade de governo<sup>106</sup> e a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo, que na redação original eram os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A Emenda Constitucional nº 19, de 4.06.98, acrescentou ao elenco o princípio da eficiência.<sup>107</sup> A propósito, a tensão entre a eficiência, de um lado, e a legitimidade democrática, de outro, é uma das marcas da Administração Pública na atualidade.<sup>108</sup>

<sup>103</sup> Sobre o tema, v. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 36-7.

<sup>104</sup> A propósito, v. o célebre artigo de Georges Vedel, *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif*. In: *Mélanges Waline*, 1974. Sobre o tema, v. também Louis Favoreu, *La constitutionnalisation du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 182.

<sup>105</sup> V. por todos, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 1993, p. 31. Para uma visão severamente crítica da origem e evolução do direito administrativo, v. Gustavo Binenbojm, *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*, *Revista de Direito Administrativo* 239:1, 2005.

<sup>106</sup> V. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 74.

<sup>107</sup> A Lei nº 9.784, de 29.01.99, que regula o processo administrativo no plano federal, enuncia como princípios da Administração Pública, dentre outros, os da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

<sup>108</sup> V. Luís Roberto Barroso, *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003: “O Estado moderno, o direito constitucional e o direito administrativo passaram nas últimas décadas por transformações profundas, que superaram idéias tradicionais, introduziram conceitos novos e suscitaram perplexidades ainda não inteiramente equacionadas. Nesse contexto, surgem questões que desafiam a criatividade dos autores, dos legisladores e dos tribunais, dentre as quais se incluem, em meio a diversas outras: a) a definição do regime jurídico e das interações entre duas situações simétricas: o desempenho de atividades econômicas privadas pelos entes públicos e, especialmente, a realização por pessoas privadas de atividades que deixaram de ser estatais, mas continuaram públicas ou de relevante interesse público; b) o difícil equilíbrio entre diferentes demandas por parte da sociedade, envolvendo valores que se contrapõem ou, no mínimo, guardam entre si uma relação de tensão, como: (i) eficiência administrativa, (ii) participação dos administrados e (iii) controle da Administração Pública e suas agências pelos outros órgãos de Poder e pela sociedade; (...)”.

De parte isso, deve-se assinalar que o perfil constitucional do Estado brasileiro, nos domínios administrativo e econômico, foi alterado por um conjunto amplo de reformas econômicas, levadas a efeito por emendas e por legislação infraconstitucional, e que podem ser agrupadas em três categorias: a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a desestatização. Tais transformações modificaram as bases sobre as quais se dava a atuação do Poder Público, tanto no que diz respeito à prestação de serviços públicos como à exploração de atividades econômicas. A diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado transferiu sua responsabilidade principal para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que exigem regime especial. Foi nesse contexto que surgiram as agências reguladoras, via institucional pela qual se consumou a mutação do papel do Estado em relação à ordem econômica.<sup>109</sup>

Por fim, mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.<sup>110</sup> Dentre eles é possível destacar:

a) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Em relação a este tema, deve-se fazer, em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (i) *primário* – isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social – e (ii) *secundário*, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário.<sup>111</sup> Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto.<sup>112</sup>

b) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária.

<sup>109</sup> As agências reguladoras, como categoria abstrata, não receberam disciplina constitucional. O texto da Constituição, todavia, faz menção a duas delas: a de telecomunicações (art. 21, XI) e a de petróleo (art. 177, § 2º, III).

<sup>110</sup> Sobre este tema específico, v. os projetos de doutoramento de Gustavo Binenbojm, *Direitos fundamentais, democracia e Administração Pública*, 2003, e de Arícia Corrêa Fernandes, *Por uma releitura do princípio da legalidade administrativa e da reserva de Administração*, 2003, ambos apresentados ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob minha orientação. V. tb. V. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003; e Gustavo Binenbojm, *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*, *Revista de Direito Administrativo* 239:1, 2005.

<sup>111</sup> Esta classificação, de origem italiana, é pouco disseminada na doutrina e na jurisprudência brasileiras. V. Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960, p. 197, *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 57. Depois de Celso Antônio, outros autores utilizaram esta distinção. V. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 1997, p. 429 e ss..

<sup>112</sup> Para um aprofundamento dessa discussão, v. meu prefácio ao livro de Daniel Sarmiento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, 2005. V. tb., naturalmente, o próprio livro, do qual constam textos de grande valia sobre o tema, escritos por Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier, Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmiento e Alexandre Aragão. O texto de Humberto Ávila foi pioneiro na discussão da matéria. Sob outro enfoque, merece referência o trabalho de Fábio Medina Osório, *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito brasileiro?*, *Revista de Direito Administrativo* 220:107, 2000.

Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo.

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz).<sup>113</sup>

Um último comentário se impõe nesse passo. Há autores que se referem à mudança de alguns paradigmas tradicionais do direito administrativo como caracterizadores de uma *privatização do direito público*, que passa a estar submetido, por exemplo, a algumas categorias do direito das obrigações. Seria, de certa forma, a mão inversa da *publicização do direito privado*. Na verdade, é a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de direito privado para o direito público. O fenômeno em questão, portanto, não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta uma diluição do rigor da dualidade direito público-direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa.<sup>114</sup>

### 3 DIREITO PENAL

A repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das

<sup>113</sup> Sobre princípios constitucionais da Administração Pública, v. Carmen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios constitucionais da Administração Pública*, 1994; Romeu Bacellar, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, 1998; Juarez Freitas, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 1999; Ruy Samuel Espíndola, *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: Anotações em torno de questões contemporâneas*, *Interesse Público* 21:57, 2003.

<sup>114</sup> Não é possível aprofundar o tema, que é rico e intrincado, sem um desvio que seria inevitavelmente longo e descabido nas circunstâncias. Vejam-se, sobre a questão: Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*, 1997, p. 17; Maria Celina Bodin de Moraes, *A caminho de um direito civil constitucional*, *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993, p. 25; e Gustavo Tepedino, *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: *Temas de direito civil*, 2004, p. 19: “Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores”.

penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada. A Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria. Em primeiro lugar, pela previsão de um amplo catálogo de garantias, inserido no art. 5º (v. *supra*). Além disso, o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas<sup>115</sup>, assim como impede a criminalização de outras.<sup>116</sup> Adicione-se a circunstância de que algumas tipificações previamente existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes<sup>117</sup>, assim como podem ser excepcionadas em algumas de suas incidências concretas, se provocarem resultado constitucionalmente indesejável.<sup>118</sup>

A constitucionalização do direito penal suscita um conjunto instigante e controvertido de idéias, a serem submetidas ao debate doutrinário e à consideração da jurisprudência. Boa parte do pensamento jurídico descrê das potencialidades das penas privativas de liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes.<sup>119</sup> Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica.<sup>120</sup> A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena

<sup>115</sup> Como, por exemplo, nos casos de racismo, tortura, ação de grupos armados contra a ordem constitucional, crimes ambientais e violência contra a criança, dentre outras referências expressas. V. arts. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV, 7º, X, 225, § 3º e 227, § 4º.

<sup>116</sup> Como por exemplo: “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”; “Art. 5º. (...) XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização (...); XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

<sup>117</sup> É o caso de tipos previstos no Código Penal (CP), como os de sedução (art. 217), adultério (art. 240) ou de escrito obsceno, assim descrito: “Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa”.

<sup>118</sup> Duas decisões do Supremo Tribunal Federal exemplificam o argumento. Na primeira, concedeu-se *habeas corpus* em favor de um jovem acusado de estupro, por haver mantido relação sexual com uma menina de 12 anos. Por maioria, decidiu a Corte que a presunção de violência do art. 224 do CP é relativa e que o crime não se configurava, à vista de elementos do caso concreto – consentimento da vítima e sua aparência de ter mais de 14 anos – que tornariam extremamente injusta a aplicação literal do dispositivo do Código Penal (STF, *DJU* 20 set. 1996, HC 73662-MG, Rel. Min. Marco Aurélio). Num outro caso, a Corte trancou a ação penal promovida contra ex-Prefeita Municipal, pela contratação de boa-fé, mas sem concurso público, de um único gari. O fundamento utilizado foi a *insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, gerando falta de justa causa para a ação penal* (STF, *DJU* 11 set. 1998, HC 77003-4, Rel. Min. Marco Aurélio). Sobre o tema da interpretação conforme a equidade, de modo a evitar a incidência iníqua de determinada regra, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

<sup>119</sup> O presente parágrafo beneficia-se da discussão de idéias trazidas por Valéria Caldi de Magalhães, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: Algumas considerações*, mimeografado, 2005, trabalho de final de curso apresentado na disciplina *Interpretação Constitucional*, do Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Averbou a autora: “Ao mesmo tempo em que o funda e autoriza, a Constituição reduz e limita o direito penal, na medida em que só autoriza a criminalização de condutas que atinjam de modo sensível um bem jurídico essencial para a vida em comunidade. Este é o papel do direito penal: atuar como última *ratio*, quando seja absolutamente necessário e não haja outros mecanismos de controle social aptos a impedir ou punir aquelas lesões”.

<sup>120</sup> Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens, *Crime e Constituição*, 2003, p. 44-5: “No campo do Direito Penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição (erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio-ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente, etc.), os delitos que devem ser penalizados com (maior) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/dificultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático. Entendemos ser possível, assim, afirmar que os crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e corrupção (para citar apenas alguns) merecem do legislador um tratamento mais severo que os crimes que dizem respeito às relações meramente interindividuais (desde que cometidos sem violência ou grave ameaça)”.

aplicável não deve *ir além* nem tampouco *ficar aquém* do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de razoabilidade ou proporcionalidade<sup>121</sup>; no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição.<sup>122</sup>

Uma hipótese específica de constitucionalização do direito penal suscitou candente debate na sociedade e no Supremo Tribunal Federal: a da legitimidade ou não da interrupção da gestação nas hipóteses de feto anencefálico. Na ação constitucional ajuizada pediu-se a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Código Penal que tipificam o crime de aborto, para declarar sua não incidência naquela situação de inviabilidade fetal. A grande questão teórica em discussão era a de saber se, ao declarar a não incidência do Código Penal a uma determinada situação, porque isso provocaria um resultado inconstitucional, estaria o STF interpretando a Constituição – que é o seu papel – ou criando uma nova hipótese de não punibilidade do aborto, em invasão da competência do legislador.<sup>123</sup>

#### 4 DIREITO PROCESSUAL E DEMAIS RAMOS

Não é propósito desse estudo, voltado para uma análise panorâmica, percorrer caso a caso o impacto da Constituição sobre os diferentes segmentos do Direito. A constitucionalização, como já observado, manifesta-se de maneira difusa pelos diferentes domínios, ainda que em graus variados. As idéias gerais apresentadas são válidas, portanto, para todos os ramos, aí incluídos o direito do trabalho, o direito comercial, o direito ambiental e assim por diante. Faz-se, em desfecho, uma última referência, relacionada aos diferentes sub-ramos do direito processual.

No *direito processual*, a repercussão da constitucionalização tem se manifestado no plano do processo penal, do processo civil e do processo administrativo, implicando

<sup>121</sup> É o caso da disciplina penal dada pela Lei nº 9.677/98 (Lei dos Remédios) à adulteração de cosméticos. O delito é equiparado à adulteração de medicamentos que, por sua vez, prevê penas mínimas superiores à do crime de homicídio para a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (CP, art. 273 e § 1º, a). Sobre o tema, v. Miguel Reale Júnior, A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios, *Revista dos Tribunais* 763:415, 1999. Outro exemplo é o da Lei nº 9.437/97, que em seu art. 10 pune com penas idênticas o porte de arma de fogo e o porte de arma de brinquedo. Sobre a proporcionalidade no âmbito do direito penal, v. Ingo Sarlet, Constituição e proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, *Revista de Estudos Criminais* 12:86, 2003.

<sup>122</sup> Valéria Caldi de Magalhães, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações*, mimeografado, 2005, p. 15, considera de “duvidosa constitucionalidade” a previsão legal de extinção da punibilidade de crimes contra a ordem tributária, em razão do pagamento do tributo antes e, até mesmo, após o recebimento da denúncia. A matéria é disciplinada pelo art. 34 da Lei nº 9.249/95 e pelo art. 9º da Lei nº 10.684/2003.

<sup>123</sup> STF; ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Por 7 votos a 4, o STF decidiu conhecer da ação e apreciar-lhe o mérito. Alguns dos argumentos apresentados pela autora da ação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde foram os seguintes: (i) atipicidade do fato: pelo direito positivo brasileiro, a vida se extingue pela morte encefálica; o feto anencefálico não chega sequer a ter vida cerebral (princípio da legalidade); (ii) exclusão da punibilidade: o Código Penal determina a não punição nos casos de risco de morte para a mãe e de estupro; tais situações, por envolverem feto com potencialidade de vida, são mais drásticas do que a da anencefalia, que só não foi prevista expressamente por inexistirem recursos tecnológicos de diagnóstico, quando da elaboração do Código Penal, em 1940 (interpretação evolutiva); (iii) violação do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na versão da integridade física quanto psíquica, pela imposição de sofrimento imenso e inútil à mulher, obrigando-a a levar a termo uma gestação inviável.

a reinterpretação<sup>124</sup>, a revogação<sup>125</sup> ou a inconstitucionalidade de normas e o fomento à produção de novas leis.<sup>126</sup> Também em relação a cada um desses sub-sistemas tem ocorrido uma releitura de interpretações tradicionais, sobretudo à luz do princípio do devido processo legal<sup>127</sup>, em temas variados, que vão desde o reconhecimento da figura do promotor natural até a abrangência do direito ao contraditório, inclusive em questões administrativas.<sup>128</sup>

## V. Constitucionalização e Judicialização das Relações Sociais

A constitucionalização, na linha do argumento aqui desenvolvido, expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Esta difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional.<sup>129</sup>

Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da

<sup>124</sup> Por aplicação do princípio constitucional da igualdade, a jurisprudência do STJ e os demais juízos passaram a aplicar para os crimes de competência dos juzizados especiais estaduais o conceito de infração de menor potencial ofensivo trazido pela Lei n° 10.259/01, que dispõe sobre os juzizados especiais federais. V, por exemplo, o recente REsp 65733-0 (DJU 11 abr. 2005, Rel. Min. Laurita Vaz).

<sup>125</sup> Exemplo recente envolvendo a revogação de normas de direito processual penal consiste na edição na Lei n° 10.792/03, que trata do interrogatório como meio de defesa (e não mais como meio de prova). Eugênio Pacelli de Oliveira, *Curso de processo penal*, 2005, p. 19: “Assim, a anterior redação do art. 186 do CPP, que já dávamos como revogada pelo texto constitucional de 1988, foi expressamente afastada da ordem jurídica, com a substituição de seu conteúdo pela citada Lei n. 10.792/03), a nova redação do art. 186 *revoga definitivamente* o contido no art. 198, CPP, por absoluta e manifesta incompatibilidade”.

<sup>126</sup> De que é bom exemplo a Lei n° 9.784, de 29.01.99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal.

<sup>127</sup> O devido processo legal passou a ter previsão expressa no texto constitucional, a partir da Constituição de 1988, e garantias a ele inerentes aplicam-se tanto ao processo judicial como administrativo. É a previsão dos incisos a seguir transcritos do art. 5° da Constituição Federal: “LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>128</sup> No plano do processo penal tem sido invocado, ilustrativamente, para: considerar inválido o oferecimento de denúncia por outro membro do Ministério Público, após anterior arquivamento do inquérito policial (STJ, RT 755:569); reconhecer haver constrangimento ilegal no uso de algemas, quando as condições do réu não ofereciam perigo (TJRS, RT 785:692); para negar extradição à vista da perspectiva de inobservância do devido processo legal no país requerente (STF, DJU 6 abr. 2001, p. 67). No âmbito do processo civil, por exemplo, para determinar fosse ouvida a parte contrária na hipótese de embargos de declaração opostos com pedido de efeitos modificativos, a despeito de não haver previsão nesse sentido na legislação (STF, DJU 19 dez. 2001, p. 9). E por fim, na esfera do processo administrativo, para entender ilegítima a sua anulação, em caso de repercussão sobre interesses individuais, sem observância do contraditório (STF, DJU 14 ago. 1997).

<sup>129</sup> A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle *por via incidental e difuso* (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle *por via principal e concentrado*, implantado com a EC n° 16/65 (sistema continental europeu). V. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduziu a um último desenvolvimento de natureza política, que é considerado no parágrafo abaixo.

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.<sup>130</sup> Vejam-se abaixo, ilustrativamente, alguns dos temas e casos que foram objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de outros tribunais, em período recente:

(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça);

(ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal;

(iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal;

(iv) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde.

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, *jurídicos*, mas a natureza de sua função é inegavelmente *política*, aspecto que é reforçado pela exemplificação acima. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais,

<sup>130</sup> O tema é ainda pouco explorado na doutrina. V., no entanto, o trabalho-pesquisa elaborado por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice de Carvalho, Manuel Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999. E também, para duas visões diversas, Luiz Werneck Vianna (org.), *A democracia e os três Poderes no Brasil*, 2002, e Rogério Bastos Arantes, *Ministério Público e política no Brasil*, 2002. Para uma análise crítica desses dois trabalhos, v. Débora Alves Maciel e Andrei Koerner, Sentidos da judicialização da política: Duas análises, *Lua Nova* 57:113, 2002.

como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.

Nesse ponto se coloca uma questão que só mais recentemente vem despertando o interesse da doutrina no Brasil, que é a da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites. Relativamente ao controle de constitucionalidade das normas, já há alguma literatura recente.<sup>131</sup> No tocante ao controle de constitucionalidade de políticas públicas, o tema só agora começa a ser desbravado.<sup>132</sup> Vale a pena investir uma energia final nessa matéria.

Em sentido amplo, a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. No Brasil, esta possibilidade vem desde a primeira Constituição republicana (controle incidental e difuso), tendo sido ampliada após a Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 16/65 (controle principal e concentrado). A existência de fundamento normativo expresso, aliada a outras circunstâncias, adiou o debate no país acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como *contra-majoritário*:<sup>133</sup> órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular.

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica<sup>134</sup>, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação.<sup>135</sup>

<sup>131</sup> No direito comparado, no qual o tema é discutido de longa data, v., exemplificativamente: Hamilton, Madison e Jay, *The federalist papers*, 1981 (a publicação original foi entre 1787 e 1788), especialmente *O Federalista n<sup>o</sup> 78*; John Marshall, voto em *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch)], 1803; Hans Kelsen, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, 1931; Carl Schmitt, *La defensa de la constitución*, 1931; John Hart Ely, *Democracy and distrust*, 1980; Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986; Ronald Dworkin, *A matter of principle*, 1985; John Rawls, *A theory of justice*, 1999; Jürgen Habermas, *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*, 1989; Bruce Ackerman, *We the people: Foundations*, 1993; Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, 1997. Na literatura nacional mais recente, vejam-se: Bianca Stamato Fernandes, *Jurisdição constitucional*, 2005; Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2004; Cláudio de Souza Pereira Neto, *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, 2002; José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002.

<sup>132</sup> V. Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de direito administrativo* 240, 2005; e Marcos Maselli Pinheiro Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003. Abordagens iniciais da questão podem ser encontradas em Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2003; e Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2004.

<sup>133</sup> A expressão “dificuldade contra-majoritária” (*the counter-majoritarian difficulty*) foi cunhada por Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986, p. 16, cuja 1<sup>a</sup>. edição é de 1962.

<sup>134</sup> Relembre-se que no atual estágio da dogmática jurídica reconhece-se que, em múltiplas situações, o juiz não é apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei”, na expressão de Montesquieu. Hipóteses há em que o intérprete é co-participante do processo de criação do Direito, integrando o conteúdo da norma com valorações próprias e escolhas fundamentadas, notadamente quando se trate da aplicação de cláusulas gerais e princípios. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, *Revista Forense* 371:175.

<sup>135</sup> Sobre o tema, vejam-se Cláudio Pereira de Souza Neto, *Jurisdição, democracia e racionalidade prática*, 2002; José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002; Bianca Stamato, *Jurisdição constitucional*, 2005.

A questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas.<sup>136</sup>

O papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição, é o combustível de um debate permanente na teoria/filosofia<sup>137</sup> constitucional contemporânea, pelo mundo afora. Como as nuvens, o tema tem percorrido trajetórias variáveis, em função de ventos circunstanciais, e tem assumido formas as mais diversas: ativismo *versus* contenção judiciais; interpretativismo *versus* não-interpretativismo; constitucionalismo popular *versus* supremacia judicial. A terminologia acima deixa traçar a origem do debate: a discussão existente sobre a matéria nos Estados Unidos, desde os primórdios do constitucionalismo naquele país. A seguir uma palavra sobre a experiência americana.

A atuação pró-ativa da Suprema Corte, no início da experiência constitucional americana, foi uma bandeira do pensamento conservador. Não há surpresa nisso: ali se encontrou apoio para a política da segregação racial<sup>138</sup> e para a invalidação das leis sociais em geral<sup>139</sup>, culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte.<sup>140</sup> A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte,

<sup>136</sup> V., especialmente, Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de direito administrativo* 240, 2005. Em duas passagens, sintetiza a autora, de maneira feliz, os dois pólos da questão: “Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral”. Porém de outra parte: “Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo” (grifos no original).

<sup>137</sup> Os conceitos de teoria e de filosofia constitucional não se confundem, mas vêm se aproximando, como notou Cláudio Pereira de Souza Neto, A teoria constitucional e seus lugares específicos: Notas sobre o aporte reconstrutivo. In: *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, 2005, p. 87 e ss.: “Tradicionalmente, a teoria da constituição se destinava à identificação, análise e descrição do que ‘é’ uma constituição. Hoje, contudo, abrange também o campo das indagações que versem sobre o que a constituição ‘deve ser’, i. e., incorpora dimensões racional-normativas, as quais se situam na seara do que se vem denominando ‘filosofia constitucional’”.

<sup>138</sup> Em *Dred Scott vs. Sandford* [60 U.S. (10 How.) 393], julgado em 1857, a Suprema Corte considerou serem inconstitucionais tanto as leis estaduais como as federais que pretendessem conferir cidadania aos negros, que eram vistos como seres inferiores e não tinham proteção constitucional. Na mais condenada decisão do constitucionalismo americano, a Suprema Corte alinhinou-se com a defesa da escravidão. Muitos anos se passaram até que o Tribunal recuperasse sua autoridade moral e política. V. Nowack, Rotunda e Young, *Constitutional law*, 2000, p. 687.

<sup>139</sup> A partir do final do século XIX, a Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do *laissez faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público. A decisão que melhor simbolizou esse período foi proferida em 1905 no caso *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45), na qual, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras leis. Esse período ficou conhecido como era *Lochner*.

<sup>140</sup> Eleito em 1932, após a crise de 1929, Franklin Roosevelt deflagrou o *New Deal*, programa econômico e social caracterizado pela intervenção do Estado no domínio econômico e pela edição de ampla legislação social. Com base na doutrina desenhada na era *Lochner*, a Suprema Corte passou a declarar inconstitucionais tais leis, gerando um confronto com o Executivo. Roosevelt chegou a enviar um projeto de lei ao Congresso, ampliando a composição da Corte – *Court-packing plan* –, que não foi aprovado. A Suprema Corte, no entanto, veio a mudar sua orientação e abdicou do exame do mérito das normas de cunho econômico e social, tendo por marco a decisão proferida em *West Coast vs. Parrish* (300 U.S. 379), datada de 1937.

nas presidências Warren e Burger, produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais<sup>141</sup>, incluindo negros, presos e mulheres, bem como questões relativas a privacidade e aborto.<sup>142</sup>

Pelos anos seguintes, o debate central na teoria constitucional norte-americana contrapôs, de um lado, liberais (ou progressistas), favoráveis ao *judicial review* e a algum grau de ativismo judicial, e, de outro, conservadores, favoráveis à auto-contenção judicial e a teorias como originalismo e não-interpretativismo.<sup>143</sup> De algum tempo para cá, em razão do amplo predomínio republicano e conservador, com reflexos na jurisprudência da Suprema Corte, alguns juristas liberais vêm questionando o que denominam “supremacia judicial” e defendendo um ainda impreciso constitucionalismo popular, com a “retirada da Constituição dos tribunais”.<sup>144</sup>

O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a idéia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado.<sup>145</sup> No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para

<sup>141</sup> Veja-se o registro dessa mudança em Larry D. Kramer, *Popular constitutionalism*, circa 2004, *California Law Review* 92:959, 2004, p. 964-5: “(The Warren Court), for the first time in American history, gave progressives a reason to see the judiciary as a friend rather than a foe. This had never been a problem for conservatives. Going all the way back to the Federalist era, conservatives had always embraced an idea of broad judicial authority, including judicial supremacy, and they continued to do so after Chief Justice Warren took over. For them, the problem with the Warren Court was simply that its decisions were wrong. (...) Beginning with Robert Bork’s 1968 attack on the Court in *Fortune Magazine*, many conservatives started to assail the Court using the traditionally liberal rhetoric of countermajoritarianism”.

<sup>142</sup> Earl Warren presidiu a Suprema Corte de 1953 a 1969; Warren Burger, de 1969 a 1986. Algumas decisões emblemáticas desses períodos foram: *Brown vs. Board of Education* (1954), que considerou inconstitucional a política de segregação racial nas escolas públicas; *Griswold vs. Connecticut* (1965), que invalidou lei estadual que incriminava o uso de pílula anticoncepcional, reconhecendo um direito implícito à privacidade; e *Roe vs. Wade* (1973), que considerou inconstitucional lei estadual que criminalizava o aborto, mesmo que antes do terceiro mês de gestação. No domínio do processo penal, foram proferidas as decisões marcantes já mencionadas (v. *supra*), em casos como *Gideon vs. Wainwright* (1963) e *Miranda vs. Arizona* (1966).

<sup>143</sup> A crítica de viés conservador, estimulada por longo período de governos republicanos, veio embalada por uma corrente doutrinária denominada de *originalismo*, defensora da idéia pouco consistente de que a interpretação constitucional deveria ater-se à intenção original dos criadores da Constituição. Sobre o tema, v. Robert Bork, *The temptation of America*, 1990, e William Rehnquist, *The notion of a living Constitution*, *Texas Law Review* 54:693, 1976. Em sentido oposto, v. Morton J. Horwitz, *Foreword: the Constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism*, *Harvard Law Review* 107:30, 1993, e Laurence Tribe, *American constitutional law*, 2000, p. 302 e s. Para uma análise ampla dessa temática em língua portuguesa, v. Bianca Stamatou, *Jurisdição constitucional*, 2005.

<sup>144</sup> Vejam-se alguns textos escritos nos últimos anos. Em favor do “popular constitutionalism”, v.: Larry D. Kramer, *The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review*, 2004; Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 1999; Jeremy Waldron, *The dignity of legislation*, 1999; Richard D. Parker, “Here the people rule”: *A popular constitutionalist manifest*, 1994. Em defesa do “judicial review”, v.: Christopher L. Eisgruber’s, *Constitutional self-government*, 2001; Erwin Chemerinsky, *In defense of judicial review: A reply to professor Kramer*, *California Law Review* 92:1013, 2004; Frederick Schauer, *Judicial supremacy and the modest Constitution*, *California Law Review* 92: 1045.

<sup>145</sup> Christopher L. Eisgruber, *Constitutional self-government and judicial review: A reply to five critics*, *University of San Francisco Law Review* 37:115, 2002, p. 119-31: “Constitutional theorists... have not paid much attention to the possibility of a conceptual distinction between ‘the electorate’ and ‘the people’ (...). ‘Government by the electorate’ and ‘government by the legislature’ are both unsatisfactory interpretations of ‘government by the people’. (...) Both legislators and voters have incentives to make political decisions on the basis of self-interest. In the case of legislators, the incentive is simple: legislators must worry about keeping their jobs. (...) (As to voters), I emphasize two consequences that flow from these incentives. First, it is thought legitimate, and perhaps desirable, for voters to cast their ballots on the basis of their self-interest (voters may, for example, permissibly choose whatever candidate will minimize their tax burden). Second, voters have no institutional incentives to take moral responsibility for their decisions: unlike judges, they act in large groups, and they need give no account of the reasons for their decision. (...) I defend judicial review on the ground that it is a reasonable, pro-democratic (though also imperfect) corrective to the imperfections of electorates and legislatures”.

preservá-los.<sup>146</sup> O *deficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contra-majoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação.<sup>147</sup>

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais.<sup>148</sup> Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

No Brasil, só mais recentemente se começam a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário. O texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tornam a tarefa complexa. Os diversos outros ingredientes da vivência brasileira espantam os riscos de tédio ou marasmo, embora provoquem sustos paralisantes. A difícil tarefa de construir as instituições de um país que se atrasou na história exige energia, idealismo e imunização contra a amargura. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo.

<sup>146</sup> A jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas idéias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (i.e., poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria). O papel da corte constitucional é assegurar que todos estes elementos convivam em harmonia, cabendo-lhe, ademais, a atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quando atropela o procedimento democrático ou vulnere direitos fundamentais da minoria. Um bom exemplo do que se vem de afirmar foi a decisão do STF reconhecendo o direito público subjetivo, assegurado às minorias legislativas, de ver instaurada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI dos Bingos). Diante da inércia dos líderes partidários em indicar representantes de suas agremiações, a Corte concedeu mandado de segurança para que o próprio Presidente do Senado designasse os nomes faltantes. *V. Inf. STF 393*, MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22 jun. 2005.

<sup>147</sup> V. Vital Moreira, O futuro da Constituição. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001, p. 323: “Na fórmula constitucional primordial, ‘todo poder reside no povo’. Mas a verdade é que, na reformulação de Sternberger, ‘nem todo o poder vem do povo’. Há o poder econômico, o poder mediático, o poder das corporações sectoriais. E por vezes estes poderes sobrepõem-se ao poder do povo”.

<sup>148</sup> Luís Roberto Barroso, Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário. In: *Temas de direito constitucional*, t. III, 2005, p. 314-5: “Como já referido, porém, a Constituição não ocupa, nem pode pretender ocupar todos os espaços jurídicos dentro do Estado, sob pena de asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico. Respeitadas as regras constitucionais e dentro do espaço de sentido possível dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu.

A disputa política entre diferentes visões alternativas e plausíveis acerca de como dar desenvolvimento concreto a um princípio constitucional é própria do pluralismo democrático. A absorção institucional dos conflitos pelas diversas instâncias de mediação, com a conseqüente superação da força bruta, dá o toque de civilidade ao modelo. Mas não é possível pretender derrotar a vontade majoritária, em espaço no qual ela deva prevalecer, pela via oblíqua de uma interpretação jurídica sem lastro constitucional. Ao agir assim, o intérprete estaria usurpando tanto o papel do constituinte quanto do legislador”.

## CONCLUSÃO

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional.



# FEDERALISMO: ORIGEM E FUNDAMENTOS

Paulo Rogério Silva dos Santos\*

1 - Introdução. 2 - Evolução Histórica. 3 - Aspectos Teóricos. 3.1 - Classificação e Conceito das Formas mais Comuns de Estado. 3.2 - Teorias da Natureza Jurídica do Estado Federal. 3.2.1 - Teoria da Dupla Soberania. 3.2.2 - Teoria do Direito dos Estados Membros. 3.2.3 - Teoria de Le Fur (da Participação). 3.2.4 - Teoria da Escola de Viena. 3.2.5 - Teoria dos Estados não Soberanos. 3.2.6 - Hipóteses de Surgimento do Estado Federal. 4 - Caracteres Fundamentais do Estado Federado. 5 - Federação Norte Americana. 5.1 - "Publius". 5.2 - Fundamentos para o Federalismo Americano Segundo o *Federalista*. 5.3 - Características da Federação Norte Americana. 6 - Federação Brasileira. 7 - Conclusões. 8 - Bibliografia.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo sobre formas de estado adquire especial relevo quando se perquire da distribuição espacial do poder político. Concebido com inspiração liberal *-Laissez Faire-*, o estado federal é fixado por Hans Kelsen<sup>1</sup> entre a forma unitária e a confederada quando se examina a amplitude da centralização ou descentralização do exercício desse poder. Sobre esse aspecto, apesar da constatação de nuances de descentralização política dos estados antigos e medievais, merecedoras de estudos científicos, foi no Século XVIII que treze colônias independentes da metrópole inglesa, organizada por dez anos como confederação, *ergueram aquele maravilhoso edifício jurídico – a Constituição de Filadélfia – sob cujo teto suas instituições florescem e prosperam a mais de duzentos anos*<sup>2</sup>, repousam a maiores indagações científicas para defini-lo. À sua imagem, construíram-se inúmeros outros estados.

Portanto, esse trabalho busca, sinteticamente, revelar os principais caracteres dessa forma de estado, sua contextualização histórica, as teorias que concorreram para a sua conceituação.

A doutrina tem sido relutante em definir um conceito de federalismo em razão das diversidades de concepções constitucionais. Segundo Baracho<sup>3</sup>, a proliferação de Constituições que se auto definem como federais obstaculiza uma teorização que se possam extrair princípios básicos para a formação de uma Teoria Geral do Federalismo. No rigor científico do renomado autor, apesar do interesse que o tema despertou aos estudiosos, não foi possível a determinação sólida de um conceito de federalismo, nem de suas características básicas.

Porém, para o desenvolvimento deste estudo, irá se partir de um conceito

---

\* Procurador do Estado, Especialista em Direito do Estado pela Uniritter e Mestrando em Direito do Estado pela PUCRS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, Ciências Contábeis e Administração de Empresas.

<sup>1</sup> Alfredo de Oliveira Baracho, *Teoria Geral do Federalismo*, 1986, pág. 24, Apud Hans Kelsen, *Teoria General Del Derecho del Estado*, Imprensa Universitária, México, 1949, trad. De Eduardo Garcia Maynes, pág. 333.

<sup>2</sup> Paulo Bonavides, *A Constituição Aberta*, 2ª edição, pág. 420.

<sup>3</sup> Alfredo de Oliveira Baracho, *Teoria Geral do Federalismo*, 1986, pág. 7

corajosamente construído, onde se buscará o exame das expressões usadas, investigando a sua origem e o alcance dos seus significados. Pela amplitude que encerra, optou-se pela seguinte definição para federação: *é uma modalidade de Estado composto, onde se verifica a superposição de duas ordens jurídicas – federal, representada pela União e federada, representada pelos Estados membros –, coordenadas por um processo de repartição de competências determinada pela Constituição Federal, em que a União titulariza a soberania e os Estados-membros detêm autonomia, participando, por um critério de representação, na formação da vontade federal.*<sup>4</sup>

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O federalismo surgiu motivado por questões de ordem sociológicas, e deve ser examinado no contexto histórico e social em que foi idealizado. É tão fundamental esse contexto que Jellinek chega a exagerar quando diz que a formação do Estado federal é um fato insuscetível de receber uma qualificação jurídica, por ser resultado de um fenômeno histórico-social.<sup>5</sup>

A maioria da doutrina aponta que o estado federal, como conceito e forma de organização, tenha surgido na Constituição Americana de 1787, porém a idéia federal é identificada por alguns autores<sup>6</sup> como já existente na Grécia Antiga.

Péricles teria ensaiado a criação de uma união de todas as cidades gregas: a liga lacedemônica, com proposição militar – defesa comum das cidades, porém, não é possível identificar traços de uma federação, nem de uma confederação, pois as cidades estavam sob a hegemonia de Esparta. Por outro lado, existem autores<sup>7</sup> que sustentam que a Grécia é a terra clássica das confederações, pois eram associações políticas permanentes das *polis* e teriam órgãos comuns, na forma de um pacto firmado, ainda assim, conservavam a independência absoluta.

Também na Itália Antiga admitem-se caracteres federativos na denominada Confederação Etrusca. A forma federativa teria sido abandonada pelos romanos por ocasião da invasão dos bárbaros.

Há grande controvérsia na doutrina sobre identificação de fundamentos federativos entre os estados antigos e o Estado Moderno, porém o importante doutrinador francês<sup>8</sup> identifica naqueles, o princípio essencial do federalismo, que é a participação dos estados na formação da vontade geral.

Das concepções antigas de estado, cidades-estados ou *polis*, saltando o período medieval em que se registram apenas resquícios de federalismo na Itália e na Suíça, na forma de confederações, chega-se ao chamado Estado Moderno, surgindo, no final do século XVIII, um novo tipo de estado: o Estado Federal. A doutrina é uníssona em

<sup>4</sup> Luís Roberto Barroso, *Direito Constitucional Brasileiro: O problema da Federação*. 1982. pág. 27

<sup>5</sup> Luís Roberto Barroso, *op. cit.* Pág. 11.

<sup>6</sup> Alfredo de Oliveira Baracho, *Teoria Geral do Federalismo*, 1986, pág. 11. *Apud* Stefan Schepers, *O Federalismo da Grécia Antiga aux Provinces Unies des Pays-Bas*. Res Publica, Institut Belge de Science Politique, n° 2, 1976, pp176.

<sup>7</sup> Alfredo de Oliveira Baracho, *Teoria Geral do Federalismo*, 1986, pág. 12. *Apud* Louis Le Fur, *Etat Fédéral et Confederation D'États*, 1896, p. 18.

<sup>8</sup> *Idem, idem*. Pág. 13.

identificar a Constituição Americana de 1787, como marco da verdadeira vigência da forma de Estado Federal.

Segundo doutrinador argentino, C. Herman Prichett<sup>9</sup>, os delegados da Convenção de Filadélfia tinham conhecimento das aplicações históricas da forma das idéias federais praticadas na Grécia e vigentes na Suíça. Porém, o federalismo americano foi produto da prática colonial que permitia ampla autonomia aos governos locais e os compromissos políticos assumidos naquela Assembléia. Tem-se que os diversos interesses locais e as variedades regionais foram os elementos essenciais à concepção no novo modelo.

Importante destacar que essa Constituição Americana foi precedida pela proclamação da independência das 13 colônias inglesas – 1776 –, consagrando-se estados independentes - soberanos.

Com constantes ameaças dos ingleses, os estados firmaram tratado denominado “Artigos da Confederação”, com a finalidade de mútua proteção. Nesse pacto confederativo, era permitido o direito de retirada a qualquer momento – Direito de Secessão. Mantinha-se, portanto, a soberania de cada estado.

O modelo confederado mostrou-se insuficiente para aspiração dos estados soberanos, mantendo-os ainda vulneráveis, pois a preservação do direito de secessão era uma ameaça permanente. Os delegados dos estados independentes reuniram-se na Filadélfia, exceto o Estado de Rhode Island, onde foram estruturadas as bases da Federação Norte-americana.

Era suprimido então o direito de secessão, assim, cada estado cedia parcela da soberania para um órgão central, formando-se o pacto federativo, cujo resultado foi a criação de um novo e único país, os Estados Unidos da América. Assim, o Estado Federal Americano passa a ser o paradigma para dessa forma de estado.

### 3 ASPECTOS TEÓRICOS

Antes de adentrar as formas de estado e suas teorias é mister que se fixe alguns conceitos de elementos fundamentais da federação para o adequado entendimento dessa.

A soberania é talvez o mais importante elemento, pois diz com a própria identidade de qualquer estado. Nem por isso o seu alcance é menos sacrificado, por vezes confundido com autonomia ou independência.

José Afonso da Silva<sup>10</sup> e Alexandre de Moraes<sup>11</sup> recorrem às palavras de Marcelo Caetano para definir a soberania como *um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos de outros povos.*

Não menos fundamental à federação é autonomia que deve ser outorgada aos

<sup>9</sup> Alfredo de Oliveira Baracho, *Teoria Geral do Federalismo*, 1986, pág. 152, *Apud La Constituição Americana*, Tipografia Editora Argentina S. A., Buenos Aires, 1965, pág. 84.

<sup>10</sup> Silva, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16ª Edição, Malheiros Editores, pág. 108.

<sup>11</sup> Moraes, Alexandre de, *Direito Constitucional*, Nona Edição, Editora Atlas S. A., 2001, pág. 48.

entes que a compõe. Essa autonomia segundo Amílcar Falcão<sup>12</sup> deve conferir ao ente federado personalidade jurídica própria com poderes de auto-organização, autogoverno e auto-administração, bem como, auto-suficiência econômico-financeira, onde:

- Auto-organização implica no alcance ao ente federado o poder de elaborar sua própria constituição. Mais tarde denominado Poder constituinte decorrente. É limitado aos princípios estabelecidos na Constituição Federal.

- Autogoverno caracteriza-se como garantia ao povo do poder de escolha dos dirigentes e editar leis de sua competência;

- Auto-administração é a possibilidade do ente em executar as leis vigentes, ter a sua própria administração; e

- Auto-suficiência econômico-financeira é a condição material que viabiliza a autonomia. Poder de tributar, obtendo os meios para realização da função do próprio estado, que é a efetivação do bem comum.

Igualmente se faz necessário o exame do alcance da expressão “descentralização”, pela importância que encerra no estudo do federalismo. A idéia de descentralização é ínsita ao próprio conceito de federalismo, que não se dá somente no plano administrativo, mas, e principalmente, na área política. A descentralização que ora se examina acontece no plano vertical – união, estados-membros –, diferentemente do que ocorre na horizontal, que diz com a clássica teoria da separação dos poderes de Montesquieu – executivo, legislativo e judiciário –.

A descentralização vertical, típica do estado federado, implica na transferência de atribuições administrativas e políticas do poder central – união –, ao estado-membro, fixadas na própria constituição federal. Decorre disso que, em razão das competências próprias do estado-membro, não há subordinação deste ao poder central.

A doutrina amplamente majoritária entende que no estado federado, há necessidade de adoção do regime de constituição escrita, haja vista que há uma repartição de competências e devem ser respeitadas as respectivas autonomias concedidas a cada ente federado. Essa é a função de uma ordem jurídica superior, que também funciona como limitador dos poderes concedidos, que não podem ser invadidos nem por um, nem por outro. Apesar disso, o ilustre doutrinador Pontes de Miranda não entendia que um texto formal constitucional era imprescindível para esta forma de estado.<sup>13</sup>

### 3.1 Classificação e Conceito das Formas mais Comuns de Estado

A doutrina examinada classifica os estados, quanto a sua forma, em simples e compostos. Para essa separação consideram-se os mecanismos de centralização e descentralização do poder político e do exercício de sua soberania. Os simples são os estados unitários, já os compostos hoje mais destacados são a federação e a confederação. Segue esquema com o desdobramento dessa classificação.

<sup>12</sup> Luís Roberto Barroso, *Direito Constitucional Brasileiro: O problema da Federação*. 1982, *Apud*, Amílcar Falcão, *Introdução ao Direito Tributário*. Editora Rio de Janeiro, 1976, pág. 107

<sup>13</sup> Luís Roberto Barroso, *Direito Constitucional Brasileiro: O problema da Federação*. 1982, pág 30

### – Estado Simples (Unitário)

- **Puro:** Absoluta centralização do poder. Não se encontra exemplo na história.
- **Descentralizado Administrativamente.** Delegações apenas para a execução das decisões do poder central. Ex. Brasil - Império e Territórios Brasileiros.
- **Descentralizado Administrativamente e politicamente.** Forma de estado mais comum, especialmente na Europa. É mantida a supremacia da vontade política do poder central. A autonomia alcançada caracteriza-se apenas para decidir no caso concreto como melhor executar as disposições do comando central. Exemplos: Portugal, Itália, Chile, Uruguai, Paraguai. Há muita variação entre as formas adotadas, umas com mais concentrações, outras menos, mas o que caracteriza é a primazia da vontade política do poder central.

### – Estado Composto (Confederação e Federação)

- **Confederação:** é a união permanente e contratual de estados que se ligam para fins de defesa, paz interna, etc. Conservam a soberania e do direito de secessão – retirada. Exemplos de confederação: EUA (de 1776 a 1787), Suíça (transformaram-se em estados federados) e a CEI – Comunidade dos Estados Independentes, que resultou da dissolução da antiga URSS.
- **Federação:** união permanente dos estados para formação de um novo estado, cuja base jurídica é uma constituição. A soberania é transferida ao estado federal e os estados-membros mantêm autonomia política. Sem possibilidade de secessão. Exemplos: EUA, Brasil, Argentina e México.

## 3.2 Teorias da Natureza Jurídica do Estado Federal

### 3.2.1 - Teoria da Dupla Soberania

Preconiza a existência do exercício concorrente da soberania entre Poder Central – União e os Estados-Membros. Na federação haveria apenas justaposição de duas ordens jurídicas, permanecendo ambos com poderes soberanos. É a proposição dos federalistas americanos<sup>14</sup> Hamilton, Madson e Jay. Não vingou, pois a soberania é indivisível.

### 3.2.2 – Teoria do Direito dos Estados-membros

Essa teoria propõe que os estados-membros cedam apenas parcelas da soberania a favor do poder central podendo renunciar a qualquer tempo, pois a competência deste decorreria de mera delegação daqueles. As leis originárias do poder central deveriam ser ratificadas e promulgadas pelas unidades federadas. A importância dessa teoria está no suporte jurídico à guerra da secessão nos Estados Unidos. Seu idealizador foi Calhoun que admitiu que a soberania não pudesse ser compartilhada, portanto o estado federal não poderia existir, admitindo somente as formas unitária ou confederada.

<sup>14</sup> Gama, Ricardo Rodrigues, *O Federalista/Alexander Hamilton; John Jay, James Madison*, 2ª Edição, Campinas Russel Editores, 2005.

Não prosperou, pois a noção de soberania para estado-membro é traço característico de confederação.

### **3.2.3 – Teoria de Le Fur (da Participação)**

Essa teoria prega que a soberania é exercida unicamente pelo poder central, porém os estados-membros participam da formação e da execução desta vontade. O expoente é Louis Le Fur, doutrinador francês, em sua obra: *Etat Fédéral et Confédération D'États*, de 1896.

### **3.2.4 – Teoria da Escola de Viena**

Sustenta que num estado federal existem três ordens jurídicas: duas parciais, a federal – união – e a federada – estados-membros – com competências próprias e uma total que seria a constituição federal. Seu defensor foi Hans Kelsen.

### **3.2.5 – Teoria dos Estados-membros não soberanos**

Teoria de Laband e de Jellinek propõe que compete ao estado federal exercer a soberania, sendo os estados membros detentores de autonomia. Surge então a doutrina da autonomia.

### **3.2.6 – Hipóteses de Surgimento do Estado Federal**

Aglutinando-se a teoria da participação, de um, da autonomia, de outro, amparados pela teoria kelseniana da existência de três ordens jurídicas, temos os elementos que fundamentam o estado federal moderno.

Por essa conclusão, tem-se que são duas as hipóteses de surgimento de estado Federal<sup>15</sup>, quais sejam:

- a) a reunião de estados soberanos, mediante acordo internacional, com o objetivo de transformar-se num único estado federal. (EUA)
- b) a transformação de um estado unitário mediante outorga de autonomia política e administrativa às diversas frações territoriais. (Brasil).

## **4 CARACTERES FUNDAMENTAIS DO ESTADO FEDERADO MODERNO**

Partindo-se da evolução histórica do federalismo, conjugando-se as acepções teóricas desenvolvidas, podem-se extrair as seguintes características dessa forma de estado.

- Descentralização política – autonomia dos entes federados fixada em constituição formal escrita;
- Constituição rígida com estabilidade institucional garantindo as competências

---

<sup>15</sup> Luís Roberto Barroso, *Direito Constitucional Brasileiro: O problema da Federação*.

dos entes autônomos;

- Vedação do direito de secessão que é o direito de retirada, de exclusão de um ente federado da federação;
- Soberania exercida pelo estado federal – união.
- Auto-organização dos estados-membros. Constituições estaduais;
- Órgão legislativo representativo dos estados-membros;
- Tribunal constitucional. Guardião da constituição – Órgão independente com a função precípua de zelar pela preservação da ordem jurídica superior.

## 5 FEDERAÇÃO NORTE AMERICANA

### 5.1 “Publius”

Era o designativo coletivo de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, na publicação de 85 artigos em defesa da nova Constituição em jornal independente de *New York*. Esse trabalho, que mais tarde foi consolidado em forma de livro sob o título de “O Federalista”, influenciou na ratificação pelos estados independentes, a nova Constituição Americana. A obra é de tal importância que a Suprema Corte Americana ainda hoje usa como fonte para interpretação da Lei Constitucional.

Por oportuno, destaca-se que Hamilton, advogado, 30 anos e Madison, formado em história e política, 36 anos, em 14 de maio de 1787, faziam parte da Convenção Nacional Constituinte da Filadélfia que configurou o novo texto constitucional. John Jay, advogado, com 42 anos, não participou dessa Convenção, era diplomata. Todos ocuparam postos destacados no novo Estado Criado.<sup>16</sup>

### 5.2 Fundamentos para o Federalismo Americano Segundo o *Federalista*.

- Teoria de governo representativo (a conciliação dos interesses conflitantes poderia ser efetuada por um governo republicano com base no princípio representativo – presença da representação legislativa dos estados membros - senado);
- O governo americano é um governo federal. (Apesar de que os federalistas e a maioria dos membros da Convenção de Filadélfia preferiam o governo nacional a um governo federal – com poderes preponderantes em razão da União);
- Utilidade da União para prosperidade política;
- Insuficiência da Confederação para preservar a União;
- Governo nacional forte suficiente para preservar a União;
- Conformação da Constituição a “verdadeiros princípios de governo republicano”;
- Simetria de disposições entre a nova Constituição e a Constituição do Estado de New York; (O objetivo dos federalistas era promover a aceitação e ratificação da nova Constituição pela população desse Estado);

<sup>16</sup> Hamilton, Madison, Jay, *O Federalista* (Trad. Ricardo Rodrigues Gama)

- No novo estado eram garantidos os direitos de liberdade e de propriedade dos indivíduos;
- Desconfiança sobre a democracia como elemento de conservação da unidade federativa, que só chegou no meio século XIX, apesar da eleição direta dos Senadores.<sup>17</sup>
- Teoria da dupla soberania: Tanto a União quanto os estados federados detêm soberania. O exercício da soberania seria concorrentemente exercido;

### 5.3 Características da Federação Norte Americana

É inquestionável que a Constituição Americana de 1787 é o marco do federalismo como forma de Estado nos tempos modernos, porém muitos doutrinadores entendem que ela foi edificada com bastante ambigüidade no tocante às relações entre o poder central e os estados-membros e, estes, entre si. Destaque fundamental adquiriu a Suprema Corte como preservador da unidade constitucional em face das controvérsias havidas entre os entes federados.

Os conflitos, especialmente entre o Poder Central e os estados-membros, eram tamanho que chegaram a ameaçar o pacto federativo. Não havia leis, nem precedentes para justificativas das primeiras decisões da Suprema Corte. De regra, foram buscadas fundamentações no Direito Internacional e nos textos de autoridades conhecidas.

Essas decisões tinham tendência ao fortalecimento do poder central, bem como a Emenda XV favorecia isso, porém é creditado esse recuo do federalismo liberal ao próprio desenvolvimento do Estado Americano, especialmente com ênfase nas relações exteriores, no comércio internacional e na instituição de impostos federais para dar guarida às necessidades da União frente às suas atribuições cada vez maiores.

Curiosidade é que essa Constituição não emprega a palavra federalismo. A prática colonial é que pautou a forma original da federação americana, notadamente na autonomia das partes em relação ao todo. Também ficaram amplamente comprovadas que as soluções preconizadas pela Suprema Corte viabilizaram um aperfeiçoamento ao modelo federativo original.

Outra característica fundamental à concepção de federação criada pela Constituição da Filadélfia é a discriminação do exercício de atribuições em dois níveis, o chamado *dual federalism*. Essas atribuições, também chamada de “poderes”, admitem a seguinte classificação:<sup>18</sup>

- Poderes exclusivamente nacionais. Ex.: relações exteriores, declaração de guerra, tratados de paz, sistema monetário, etc.;
- Poderes exclusivamente estaduais. Não havia designação expressa, porém a 10ª Emenda fixou para os estados os poderes não delegados à União, nem os vedados àqueles pela Constituição Federal. Ex.: educação pública, matrimônio, divórcio, etc.;

<sup>17</sup> Alexander Hamilton, *O federalista n° 9*.: Para se chegar a “um governo popular”, Hamilton apresenta como catálogo as seguintes proposições: separação de poderes, o sistema de freios e contra-pesos, a vitaliciedade para juizes, rigidez ao processo de emendas a Constituição, eleição indireta e mandado longo para senadores, representação paritária dos estados no senado; eleição indireta para Presidente, veto presidencial e de revisão judicial de atos do Legislativo e Executivo.

<sup>18</sup> Alfredo de Oliveira Baracho, *Teoria Geral do Federalismo*, pág. 152, Apud Pritchett, C. Heman, *La Constitución Americana*. Tipografía Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1965, pág. 84.

- Poderes concorrentes: Defere poderes relativos aos impostos e o comércio, mas não proíbem aos estados-membros que o façam dentro dos seus territórios;
  - Poderes proibidos aos estados: Art. I, Seção 10;
  - Poderes impeditivos tanto à nação como aos estados-membros. Art. I, seção 10.
- Pelo enunciado do primeiro “poder”, é interpretado que os poderes residuais ou remanescentes são reservados aos estados-membros.

Mas o exemplo clássico do início do federalismo, quanto à repartição de competências, não é mais tão estanque quanto a sua concepção original. Na primeira metade do século XX, já se falava em “Novo Federalismo”. Isso se deve ao abandono da política do *laissez-faire*, com a regulamentação intensa da atividade econômica – adotada pelo New Deal de Roosevelt –, fruto das conseqüências dramáticas advindas da crise econômica de 1930, acarretando intervenção federal nos negócios internos da federação.

Esse “Novo Federalismo” é chamado de “Federalismo Cooperativo”, caracteriza-se pela intervenção do Poder Central na forma de subvenções aos estados, de programas nacionais de discriminação racial, educação, luta contra a pobreza, renovação urbana, desemprego, assistência social e médica. A conseqüência disso é mais concentração de competências nas “mãos” do Poder Central, que continuou a crescer. Permanecendo assim até os dias de hoje.

## 6 FEDERAÇÃO BRASILEIRA

Nas palavras do ilustre constitucionalista nacional, Professor Paulo Bonavides, o *estudo histórico de nossas origens federativas é o primeiro requisito para uma compreensiva análise às mudanças por que há passado a forma de organização do Estado brasileiro desde a Constituição Imperial até os dias em curso*.<sup>19</sup>

Em nossa fase imperial já havia reclamos regionais por adoção de uma forma de estado com mais autonomia às províncias. Traços de uma federação para o País já eram esboçados por monarquistas como Joaquim Nabuco e Rui Barbosa em face das sucessivas crises que estavam combalindo a própria Monarquia.

É inquestionável que o Brasil, no Período Imperial, foi um estado unitário, com pequenas permissividades aos poderes legislativos provinciais. Essa precária autonomia legislativa concedida quando da criação das Assembléias Legislativas Provinciais pelo Ato Adicional de 1834, foi a maior manifestação de descentralização institucional da Monarquia. Essas assembléias detinham ampla autonomia para produzir normas de interesses locais, inclusive em matéria tributária. Também tinham o poder de rejeição de leis vetadas pelo Presidente da Província, porém, caso isso ocorresse, a matéria seria levada ao Governo Central e a Assembléia Geral, para decisão sobre a sua sanção. Portanto, prevalecia a vontade desta última.

A doutrina<sup>20</sup> distingue, apropriadamente, a história federalista brasileira em três fases. A primeira inicia-se formalmente com o Decreto n° 1 de 15.11.1889, período onde preponderavam mais as questões políticas, vigeu até a Revolução de 1930.

<sup>19</sup> Paulo Bonavides, *A Constituição Aberta*, 2ª edição, pág. 390

<sup>20</sup> Paulo Bonavides, *A Constituição Aberta*, 2ª edição, pág. 422.

Texto do Decreto nº 1, com redação atribuída a Rui Barbosa:

“O Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil decreta:  
Art. 1º Fica proclamada provisoriamente e decretada como forma de governo da nação brasileira – a República Federativa.

Art. 2º As províncias do Brasil, reunidas pelo laço de federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil.

Art. 3º Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais”.

Diferentemente da Federação Americana, que teve origem numa Confederação, a Federação Brasileira teve antecedentes no estado unitário. A autonomia daquela é bem maior do que desta. Isso se credita formação da federação de ambas. A Americana surgiu de um movimento **centrípeto**, de fora para dentro – aglutinação de estados soberanos num novo estado –, enquanto que a Brasileira decorreu do movimento **centrífugo**, do centro para fora – estado unitário foi descentralizado.

Dada a concepção teórica em que Rui Barbosa cunhou o início da federação brasileira, ao elaborar o Decreto nº 1, inspirado na Constituição de Filadélfia, a tendência era de que a forma unitária imperial não interferiria na inovação.

Mas a inspiração liberal do Decreto não se confirmou. Constata-se o dissenso entre essa norma e a realidade. Saiu-se de um autoritarismo monárquico para uma república presidencialista, fundada numa ditadura de Floriano Peixoto violenta, autoritária, que preservava o unitarismo do império. O suporte político era fornecido pelas oligarquias mesmo contra a forma federalista preconizada pela Constituição Federal de 1891.

Havia então verdadeira intervenção centralizadora do poder central nos estados, cuja versão oficial era por razões de desordem pública, convulsão política e debilidade dos governos estaduais. O instituto da intervenção federal foi muito usado pelo presidencialismo brasileiro no início da chamada “primeira fase” da proposta federalista. Ultrapassado esse arbitrário começo, o poder central começou a debilitar-se frente aos estados-membros que se insurgiram contra essa hegemonia. Com o propósito de se manter a unidade nacional sob controle, no início do Século XX, institui-se a “política dos estados”, que mais tarde, transfigurou-se em “política dos governadores”. Disso sobressaíram-se aqueles com maior força política – São Paulo e Minas Gerais –, e transformaram-se em verdadeiras oligarquias regionais. Essa prática resultou na conhecida política do “café com leite”.<sup>21</sup>

A “segunda fase” despertou mais para as questões econômicas do federalismo nacional. A intervenção federal entrou em desuso em razão do convencimento geral dos deveres constitucionais dos estados-membros. Esse novo momento caracteriza-se pelo assédio dos Estados ao poder central em busca de investimentos, subsídios, incentivos. É a derrocada autonomista dos estados-membros, comprometendo profundamente o sistema federativo com a hegemonia quase absoluta do Poder Executivo Federal. Essa fase reina absoluta até os dias de hoje.

<sup>21</sup> Luis Roberto Barroso, *Op. Cit.*, Pág. 37

Constitucionalistas apontam que o ingresso do município como ente federado de terceiro grau – peculiaridade da federação brasileira – ocorreu nessa fase, especificamente na Constituição Federal de 1946, pois ali teriam sido alcançados os requisitos para tal, como: a autonomia administrativa e política.

O constitucionalista Cezar Saldanha Júnior entende que o município é ente federado brasileiro desde a Constituição Federal de 1891, pois ali já tinha sido concedida certa autonomia. Sustenta, também, que toda a federação é dotada de três entes, não seria uma peculiaridade Pátria.<sup>22</sup>

A terceira fase é uma proposição para saídas dessa crise federativa, cujos traços já estariam se formando com o denominado “federalismo cooperativo” onde as esferas de competências não devem ser exercidas de maneira excludentes por cada ente federado, mas em regime de colaboração. O Professor Cezar Saldanha Junior<sup>23</sup> denominou isso de “dever de subsidiariedade”, entre os entes federados, notadamente da maior unidade para a menor vinculada territorialmente. Na Constituição Brasileira de 1946 já se encontravam traços de federalismo cooperativo em razão da técnica de transferência de recursos federais para estados e municípios. Posteriormente criaram-se outros mecanismos no âmbito federal para incremento e desenvolvimento de atividades regionais, tais como a SUDENE, SUDAM, instituições financeiras para fomento regionais, etc. apontando para envolvimento amplo dos entes federais.

Oportuno lembrar que, nesse aspecto, o Estado Federal Alemão está adiantado, pois o ente federal quase não detém atribuições administrativas, mas apenas de coordenação, sendo aquelas executadas pelos estados-membros, com o devido aporte financeiro. P.ex.: não há justiça federal, cabendo aos estados-membros o exercício da jurisdição em todos os níveis – salvo o Tribunal Constitucional.

Destaca-se aqui, a proposição do doutrinador Paulo Bonavides, crítico ferrenho do modelo federado Pátrio, quando sugere a criação de um quarto ente federado: as regiões.<sup>24</sup> Propõe o “federalismo tetradimensional” como solução a crise federativa brasileira em razão de uma agregação espontânea de interesses comuns e na viabilidade de uma planificação regional. Nesse mesmo ritmo, critica duramente até o federalismo cooperativo, dizendo ser apenas uma *expressão confortável, mas ingênua e nem sempre bem arrazoada, com que se busca dissimular a verdade rude da morte do federalismo das autonomias estaduais*.

De toda a forma, há consenso sobre a existência de desequilíbrio e de ameaça da sobrevivência da proposta federal brasileira. Por motivos políticos identifica-se que já nas Constituições de 1937, 1967, e durante a vigência da Emenda Constitucional nº 1/69, a federação foi só “letra fria” da lei, pois a autonomia dos entes federados era bastante reduzida.

Hoje não existem maiores reclamos quanto à autonomia política dos entes federados. A Constituição Federal de 1988, democrática, foi festejada nesse sentido. No entanto, volta-se a questionar a forma federada com mais veemência, pois a autonomia

<sup>22</sup> Palestra proferida no Mestrado em Direito do Estado da PUCRS, em 2005.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Paulo Bonavides, *Op. Cit.*, Pág. 423.

dos entes regionais e locais está ameaçada, agora por outra razão: há um flagrante desequilíbrio entre repartição de receitas públicas e as atribuições dos entes federados.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que se viu, depreende-se que a federação não foi um modelo concebido teoricamente *a priori*. Foi resultante de experiências que buscavam acomodações entre uma proposta liberal, onde a autonomia dos entes federados beirava a soberania, tal o nível de descentralização, e outra forma, mais centralizada. O que pode se observar também é que essa formação de estado encontra-se intimamente ligado ao regime político adotado em cada país, quanto mais democrático, há tendência de maior descentralização. Outro fator que repercute no grau de descentralização são as dimensões territoriais, pois um país extenso tende a optar por uma maior descentralização. A Europa Continental, exceto a Alemanha e a França, tem tradição pela forma unitária. Já no Continente Americano, ao menos os países com dimensões territoriais maiores – Brasil, EUA, México e Argentina –, optaram pela forma federada. Salvo essas tendências, e a identificação da presença dos elementos básicos para a existência de uma federação, pela variedade de modalidades, é difícil conceituá-lo.

Veja-se no conceito inicial concebido: admitia-se a presença de duas ordens jurídicas. No desenvolvimento do presente estudo, como sugere Hans Kelsen, identifica-se a necessidade de três ordens jurídica para a constituição do estado federado.

O Constitucionalista Professor Cezar Saldanha Junior tem o entendimento que é impossível conceituar a federação, pois haveriam estados formalmente concebidos como unitários, cuja descentralização administrativa e política ultrapassam em muito os países ditos federados e vice-versa. Exemplificou a Espanha, constituída sob a forma unitária, porém a autonomia Basca beira as características de um estado soberano.

Certo, porém, é que qualquer estudo dessa forma de estado, além de identificarem-se os caracteres de autonomia, participação, ordem jurídica superior, etc., deve se examinar a história do país, a cultura política e social e o seu contexto regional. A Comunidade Européia, recentemente formada, será palco para novos estudos, e certamente marcará um novo momento na organização dos estados.

Apesar das dificuldades na conceituação teórica do federalismo, o certo que o Brasil é uma federação, porém criticada por muitos em face do desequilíbrio que norteia a repartição das atribuições da União, dos estados e municípios e suas fontes de custeio.

O seguinte destaque do texto de M. Seabra Fagundes, de 1981, que prefaciou a obra de Luis Roberto Barroso, pesquisada para este trabalho, fornece bem a idéia da fragilidade do federalismo Pátrio:

*Estigmatiza a concentração do poder econômico da União, desfigurante do regime federativo porque retira dos estados a sua capacidade financeira, que é a base material de sua autonomia. O "novo federalismo, dito cooperativo", vale então como um pretexto para assegurar "à União, pela concentração de recursos, total controle da economia nacional".*

## 8 BIBLIOGRAFIA

- Baracho, Alfredo de Oliveira, Teoria do Federalismo, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1986.
- Barroso, Luis Roberto, Direito Constitucional Brasileiro: O Problema da Federação, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1982.
- Bonavides, Paulo, A Constituição Aberta: Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões, 2ª Edição, Malheiros Editores, 2004.
- Gama, Ricardo Rodrigues, O Federalista/Alexander Hamilton; John Jay, James Madison, 2ª Edição, Campinas Russel Editores, 2005.
- Moraes, Alexandre de, Direito Constitucional, Nona Edição, Editora Atlas S. A., 2001.
- Silva, José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª Edição, Malheiros Editores.



# IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES ASSISTENCIAIS: É NECESSÁRIA LEI COMPLEMENTAR?

Edmar Viane Marques Daudt<sup>1</sup>

Introdução. 1. As imunidades tributárias. 2. Distinção entre imunidades e princípios tributários. 3. Espécies de imunidades. 4. Fundamento da imunidade tributária das entidades de assistência social. 5. Condições previstas no CTN. 6. Imunidade condicionada e imunidade condicionável. 7. Crítica às Leis n. 9.532/97 e n. 9.732/98. Conclusão. Bibliografia.

## INTRODUÇÃO

O presente tem por objeto o estudo da necessidade ou não de edição de lei complementar para o estabelecimento de condições para o gozo da imunidade tributária pelas instituições de assistência social. Para tanto, de início se apresentam, de forma sucinta, o conceito, a distinção em relação aos princípios tributários, as espécies de imunidade tributária e o fundamento da imunidade concedida às instituições de assistência social.

De forma mais aprofundada, apreciam-se aspectos da lei complementar em matéria tributária e a possibilidade ou não de serem fixadas – mediante lei ordinária – outras condições além das previstas no Código Tributário Nacional, em face do disposto na alínea “c” do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal, segundo a qual para o gozo da imunidade devem ser “atendidos os requisitos da lei”. Da mesma forma, como previsto no § 7º do artigo 195 da Constituição Federal, apenas estão imunes à contribuição para a seguridade social entidades beneficentes “que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

Destaque-se como sendo o ponto de maior interesse e contribuição do estudo a análise quanto à imprescindibilidade ou não da existência de lei complementar para que possam os entes assistenciais, efetivamente, usufruir da imunidade, levando-se em conta a eficácia das normas constitucionais e o fundamento da imunidade das referidas entidades.

Ao final, critica-se a fixação de requisitos suplementares mediante lei ordinária, tal como ocorreu através das Leis n. 9.532/97 e n. 9.732/98.

O assunto, cabe salientar, é de grande importância no contexto atual, pois, se, de um lado, o artigo 6º do texto constitucional elenca a assistência aos desamparados dentre os direitos sociais, de outro – através da imunidade tributária – o constituinte buscou salvaguardar valores tidos como essenciais para a sociedade. E, ainda, somente se justifica a não-tributação quando efetivamente houver a contrapartida pelo ente amparado pela imunidade.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor na Pós-Graduação e na Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

## 1 AS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

A Constituição Federal atribui aos entes públicos competência tributária para a criação de tributos. Os impostos, as taxas e a contribuição de melhoria podem vir a ser criados tanto pela União como pelo Distrito Federal, pelos Estados e pelos Municípios. De outra parte, compete exclusivamente à União a criação de empréstimos compulsórios. Como regra, compete ainda unicamente à União instituir as denominadas contribuições especiais, ressalvada aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a criação de contribuição para o custeio dos seus regimes previdenciários. Aos Municípios e ao Distrito Federal foi atribuída, ainda, competência para gerar a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública.

Na maioria das vezes, os tributos são criados através de lei ordinária. Excepcionalmente, os impostos residuais, as contribuições sociais residuais, ou seja, aquelas geradas com supedâneo no § 4º do artigo 195 da Constituição Federal, e os empréstimos compulsórios exigem lei complementar para sua instituição.

Não obstante tenha sido atribuída competência constitucional aos entes públicos para a criação dos tributos, também em decorrência da Constituição Federal determinadas situações, pessoas ou bens ficam ressaltados da incidência tributária. Esse fenômeno da não-competência tributária é denominado de imunidade tributária. É curioso ressaltar, entretanto, que em nenhuma passagem do Texto Maior utilizou-se a expressão “imunidade tributária”.

O vocábulo “imunidade” tem sua origem no latim (*immunitate*) com o sentido de não-sujeição a algum ônus ou encargo. O prefixo *in* significa negação, ao passo que *munus* representa encargo, ou as funções que um indivíduo tem de exercer; assim, o imune está livre de encargos. Sérgio Pinto Martins esclarece que se atribuía aos tributos, no tempo do Império Romano, a designação de *munera*, em vista de seu caráter de *múnus* público, surgindo a expressão *immunitas* para os casos em que havia dispensa do pagamento.<sup>2</sup>

Em havendo norma imunizante no texto constitucional, as pessoas políticas de direito público não podem instituir tributo a ser cobrado do ente ou sobre a situação ou o objeto beneficiado pela imunidade. No dizer de Alcides Jorge Costa, “é unânime a opinião da doutrina no sentido de o Estado estar privado de qualquer poder, inclusive o de editar leis que criem tributos, se há imunidade”.<sup>3</sup>

De acordo com Luciano Amaro, imunidade é “a qualidade da situação que não pode ser atingida pelo tributo, em razão de norma constitucional que, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre que é autorizada a instituição do tributo”. Mais adiante, o autor conclui seu pensamento: “Não se trata de uma amputação ou supressão do poder de tributar, pela boa razão de que, nas situações imunes, não existe (*nem preexiste*) poder de tributar”.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 135.

<sup>3</sup> COSTA, Alcides Jorge. ICMS - Imunidade - direito ao crédito - insumos. **Revista de Estudos Tributários**, Porto Alegre, n. 13, maio/jun. 2000. p. 23.

<sup>4</sup> AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 145-146.

Concluindo, entende-se que a norma imunizante deve estar prevista na Constituição Federal e que a imunidade antecede a concessão de competência aos entes tributantes; logo, não é apropriado dizer que se trata de limitação, exclusão ou supressão da competência tributária.

Em suma, em havendo, no texto constitucional, negação da competência tributária, independentemente da denominação de que tenha se valido o constituinte, estar-se-á diante de uma imunidade. Assim, mesmo que, ao se referir a determinadas situações ou operações, o constituinte tenha lançado na Constituição Federal vocábulos tais como: “isentas” (inc. LXXIII<sup>5</sup> do art. 5º, par. 5º<sup>6</sup> do art. 184 e par. 7º<sup>7</sup> do art. 195 da CF), “não-incide” (inc. III<sup>8</sup> do par. 3º do art. 153, inc. X<sup>9</sup> do par. 2º do art. 155, inc. I<sup>10</sup> do par. 2º do art. 156, todos da CF) e “gratuitas” (inc. LXXIV,<sup>11</sup> LXXVI<sup>12</sup> e LXXVII<sup>13</sup> do art. 5º e par. 1º<sup>14</sup> do art. 226, ambos da CF), trata-se de norma imunizante.<sup>15</sup> Nesse sentido, ensina Denise Lucena Rodrigues: “Apesar de a Constituição não se referir à imunidade, mas, sim, à não-incidência, não há como qualificar os casos [...] como não sendo imunidade”.<sup>16</sup>

Ao apreciar o tratamento tributário aplicável na exportação de produtos industrializados (inc. X do par. 2º do art. 155 da CF), o Supremo Tribunal Federal deixou evidenciado que a norma trata de imunidade, não obstante se refira à “não-incidência”:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS: PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS DESTINADOS AO EXTERIOR. IMUNIDADE. OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS. DISTINÇÃO. [...] II – A Constituição Federal, ao conceder imunidade tributária, relativamente ao ICMS, aos produtos industrializados destinados ao exterior, situou-se, apenas, numa das hipóteses de incidência do citado imposto [...].<sup>17</sup>

<sup>5</sup> “LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

<sup>6</sup> “§ 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.”

<sup>7</sup> “§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”

<sup>8</sup> “§ 3º - O imposto previsto no inciso IV: [...] III – não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior.”

<sup>9</sup> “§ 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [...] X – não incidirá: a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior [...]”

<sup>10</sup> “§ 2º - O imposto previsto no inciso II: I – não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;”

<sup>11</sup> “LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

<sup>12</sup> “LXXVI – são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito;”

<sup>13</sup> “LXXVII – são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.”

<sup>14</sup> “§ 1º - O casamento é civil e gratuita a sua celebração.”

<sup>15</sup> Encontra-se, ainda, no inciso XXXIV do artigo 5º da CF a seguinte expressão: “independentemente do pagamento de taxas”.

<sup>16</sup> RODRIGUES, Denise Lucena. **A imunidade como limitação à competência impositiva**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 49.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 212.637-MG. Relator: Ministro Carlos Velloso. 25 de maio de 1999. DJ 17-09-99, p. 59. Ementário v. 1963-3, p. 519. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

## 2 DISTINÇÃO ENTRE IMUNIDADES E PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS

Necessário consignar, de outra parte, que as normas de imunidade não se confundem com os diversos princípios de Direito Constitucional Tributário que asseguram garantias aos contribuintes em geral.

O constituinte criou diversas seções no capítulo do Sistema Tributário Nacional. E, não obstante tenha atribuído à primeira delas a denominação “Dos Princípios Gerais”, é na segunda seção, intitulada “Das Limitações do Poder de Tributar”, que se encontram arrolados, além dos casos de imunidades gerais aos impostos, os diversos princípios constitucionais que tratam de matéria tributária, tais como estrita legalidade, isonomia, irretroatividade, anterioridade e não-confisco. De acordo com Luciano Amaro, tais limitações “integram o conjunto de traços que demarcam o *campo, o modo, a forma e a intensidade de atuação do poder de tributar* (ou seja, do poder, que emana da Constituição, de os entes políticos criarem tributos)”.<sup>18</sup> (grifo do autor).

Partindo da diferenciação entre normas jurídicas imunizantes em sentido amplo e normas imunizantes em sentido estrito, Márcio Pestana arrola dentre aquelas os seguintes princípios: da estrita legalidade, do não-confisco, da vedação aos tributos de barreira e da uniformidade geográfica, dentre outros.<sup>19</sup>

José Wilson Ferreira Sobrinho, após explanar que o inciso VI<sup>20</sup> do artigo 150 da Constituição vigente é restrito aos impostos, assevera que também há imunidade de outros tributos, justificando seu raciocínio através da menção aos princípios da irretroatividade, da anterioridade, do não-confisco, da não-limitação ao tráfego de pessoas ou bens e da uniformidade geográfica. E conclui: “O artigo 150, incisos III, IV e V, CF, cuida da *imunidade tributária* aplicável ao tributo e não apenas aos impostos; o inciso VI, artigo 150, CF, diz somente com os impostos; o inciso I, artigo 151, CF, relaciona-se com a imunidade que abrange tributos e não apenas impostos”.<sup>21</sup> (grifo nosso). Discorda-se, porém, de tal assertiva.

É acertada, sim, a lição de Sacha Calmon Navarro Coêlho ao ensinar que princípios constitucionais tributários e imunidades tributárias são institutos diversos. E prossegue: “Os princípios constitucionais dizem como devem ser feitas as leis tributárias, condicionando o legislador”. Quanto às imunidades, “dizem o que não pode ser tributado, *proibindo ao legislador o exercício da sua competência tributária* sobre certos fatos, pessoas ou situações, por expressa determinação da Constituição”.<sup>22</sup> (grifo do autor).

Conforme ensinamento de Misabel Abreu Machado Derzi, “princípio não é imunidade”, muito embora as imunidades decorram dos valores e princípios fundamentais. Para a doutrinadora, os princípios dizem respeito “aos requisitos a serem observados para o exercício válido da competência tributária”, ao passo que “as

<sup>18</sup> AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. p. 105.

<sup>19</sup> PESTANA, Márcio. **O princípio da imunidade tributária**. p. 70, 103.

<sup>20</sup> “Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI – instituir impostos sobre: [...] c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;”

<sup>21</sup> FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Imunidade tributária**. Porto Alegre: Fabris, 1996. p. 109-110.

<sup>22</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 157.

imunidades não norteiam o bom exercício da competência tributária, mas denegam o poder tributário, limitando-o relativamente a certos fatos”.<sup>23</sup> Em outra obra, a autora apresenta a seguinte conclusão: “Os princípios e as imunidades geram os mesmos efeitos: limitam o poder de tributar. Mas os princípios são normas e diretrizes gerais, que não estabelecem a incompetência tributária sobre certos fatos ou situações determinados [...]”.<sup>24</sup>

Entende-se que não se pode dizer da identidade entre princípios e imunidades. Os princípios traçam parâmetros sobre como deve o legislador atuar ao criar e dispor sobre os tributos em geral, ao passo que as imunidades tratam do que não pode ser tributado. Seria a distinção entre as regras e os limites a serem observados no exercício do poder tributário (“como tributar”) e as situações sujeitas a tal poder (“o que tributar”).

### 3 ESPÉCIES DE IMUNIDADES

As imunidades são tradicionalmente classificadas como subjetivas (em favor das instituições de educação, por exemplo), objetivas (tal como no caso dos livros, jornais e periódicos) e mistas. É aqui oportuna a ressalva de Roque Antonio Carrazza no sentido de que mesmo as imunidades tributárias objetivas resultam em benefício de pessoas.<sup>25</sup>

Para Clélio Chiesa, as imunidades podem ser classificadas quanto à fruição (condicionada e incondicionada), quanto à possibilidade de supressão (pétrea e suprimível) e quanto à competência para sua instituição (nacional e estadual, pois, para o autor, também o constituinte estadual, com base no que se denominou “poder constituinte decorrente”, em oposição ao poder originário, pode estabelecer situações não sujeitas à tributação, respeitando-se o âmbito de competência tributária do ente).<sup>26</sup>

Por sua vez, Regina Helena Costa leva em conta os mais diversos aspectos. Além de considerar o modo de incidência, a autora classifica as imunidades também quanto à amplitude, à abrangência, à explicitude, à contenção de sua eficácia e, ainda, quanto a sua origem em relação aos princípios constitucionais<sup>27</sup>.

No que tange ao modo de incidência, a imunidade é dita subjetiva quando considera as pessoas beneficiadas (imunidade recíproca e das entidades educacionais), sendo sempre genérica (ou seja, abarca qualquer imposto); já a objetiva é concedida em razão de determinados fatos, bens ou situações (como no caso dos livros, jornais e periódicos e do papel destinado a sua impressão). Assim se explica o pagamento de Imposto sobre a Renda pela livraria ao passo que a operação de venda do livro não está sujeita ao ICMS, pois a imunidade objetiva favorece o livro, não a livraria. Conforme lição de José Wilson Sobrinho Ferreira, quando os pressupostos para o gozo da imunidade

<sup>23</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. A imunidade recíproca, o princípio federal e a Emenda Constitucional n. 3, de 1993. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 62. out./dez. 1992. p. 78-81.

<sup>24</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Direito tributário aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 221.

<sup>25</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. p. 634.

<sup>26</sup> CHIESA, Clélio. **A competência tributária do Estado brasileiro**: desonerações nacionais e imunidades condicionadas. p. 136-142.

<sup>27</sup> COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 125-134.

“apresentam o mesmo grau de importância, não sendo possível precisar qual deles tem fator preponderante”, tem-se a imunidade mista, como na hipótese da pequena gleba rural, quando explorada por proprietário de um único imóvel, não estando, então, sujeita ao pagamento do ITR.<sup>28</sup>

Levando em consideração a amplitude, Regina Helena Costa identifica a imunidade como geral ou genérica quando se estende a todos os impostos (partidos políticos, entidades sindicais dos trabalhadores, instituições educacionais e assistenciais, por exemplo), ao passo que a imunidade específica, tópica ou especial diz respeito apenas a um imposto, como a imunidade do IPI, no caso de exportações de produtos industrializados, e do ICMS, nas operações de remessa interestadual de petróleo, de lubrificantes, de combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e de energia elétrica.<sup>29</sup> A propósito, Zelmo Denari denomina a segunda espécie como “extravagante”.<sup>30</sup>

Concernente à abrangência, a imunidade é excludente quando admitida a tributação por um único imposto, como no caso do ouro quando utilizado como ativo financeiro, incidindo o IOF com exclusão do ICMS. Já a imunidade incisiva ocorre quando “certa situação só possa ser tributada por alguns impostos, excluindo os demais”, tal como a tributação sobre operações relativas ao fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações, por exemplo, que estão sujeitas apenas ao ICMS e aos impostos aduaneiros.<sup>31</sup>

Segundo, ainda, a classificação oferecida por Regina Helena Costa, a imunidade é explícita quando prevista literalmente no texto, tal como a imunidade do papel destinado à impressão de livros e implícita quando, independentemente de previsão expressa, decorre dos princípios constitucionais.<sup>32</sup> Misabel Abreu Machado Derzi enquadra como implícita as imunidades recíprocas e das instituições de assistência social.<sup>33</sup> Por sua vez, Ricardo Lobo Torres qualifica como implícitas as imunidades dos agentes consulares e as relacionadas ao mínimo existencial, referindo “que apenas se explicitarão nos tratados internacionais e nas leis infraconstitucionais através dos mecanismos da isenção ou dos descontos do imposto de renda”.<sup>34</sup>

A partir da possibilidade de contenção da eficácia da norma imunizante, a imunidade pode ser identificada como incondicionada, quando possa ser usufruída independentemente do atendimento a qualquer requisito, e condicionada ou condicionável, na expressão preferida por Regina Helena Costa, quando sua fruição exige que sejam atendidas determinadas exigências previstas no texto da Constituição, tal como a ausência de finalidade lucrativa, ou na lei complementar, tal como a escrituração regular de receitas e despesas, no caso das entidades assistenciais.<sup>35</sup>

<sup>28</sup> FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Imunidade tributária**. p. 135.

<sup>29</sup> COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. p. 126.

<sup>30</sup> DENARI, Zelmo. **Curso de direito tributário**: de acordo com a Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 151.

<sup>31</sup> COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. p. 127.

<sup>32</sup> COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. p. 132.

<sup>33</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. A imunidade recíproca, o princípio federal e a Emenda Constitucional n. 3, de 1993. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 62, out./dez. 1992. p. 77.

<sup>34</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, v. III - Os direitos humanos e a tributação, imunidades e isonomia. p. 89.

<sup>35</sup> COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. p. 133.

Deixa-se para o final a classificação apresentada por Regina Helena Costa levando em conta a origem da imunidade em relação aos princípios constitucionais. Para a autora, a imunidade é dita “política” quando busca proteger princípios constitucionais tais como o da liberdade de culto e do livre pensamento, “sem constituírem consequência necessária de um princípio”.<sup>36</sup> Ainda assim, uma vez lançadas no texto constitucional e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal que os direitos e garantias dos contribuintes se incluem entre as cláusulas pétreas, entende-se que as imunidades políticas não podem ser excluídas pelo poder constituinte derivado.

Imunidade ontológica, por sua vez, no escólio de Regina Helena Costa, é aquela diretamente associada aos princípios dedutíveis da Carta, ainda que não consignados de forma expressa, tida como “consequência necessária de um princípio constitucional”, como no caso da imunidade recíproca.

Assim, a imunidade dos entes públicos, que deriva diretamente do princípio do federalismo e da autonomia, persistiria mesmo que fosse suprimido o dispositivo imunizante do texto fundamental.<sup>37</sup> Para Misabel Abreu Machado Derzi, também é o caso da imunidade em favor das entidades assistenciais.<sup>38</sup> A propósito, referindo-se à imunidade recíproca, Aliomar Baleeiro deixa anotado: “É consequência remota e indireta da teoria dos ‘poderes implícitos’, inseparável do nome de Hamilton”.<sup>39</sup> Prosseguindo nessa linha de raciocínio, Paulo de Barros Carvalho ensina que, mesmo não havendo disposição manifesta nesse sentido, persistiria a imunidade recíproca, de forma implícita, “com o mesmo vigor que a formulação expressa lhe outorgou”.<sup>40</sup>

Não querendo tirar a razão de doutrinadores de tal escol, é de ter cautela quanto a essa certeza. Se, nos Estados Unidos, existe a imunidade recíproca sem que tenha constado expressamente no texto maior, é de lembrar que a situação americana é distinta da brasileira, pois, nos termos da classificação apresentada por Paulo Bonavides, a Constituição brasileira é prolixa.<sup>41</sup> E tornou-se costume aplicar o direito em consonância com tal realidade. Vale assinalar, com José Souto Maior Borges, que ao tempo da vigência da Constituição de 1946 a doutrina e a jurisprudência dividiam-se quanto à possibilidade de a União conceder isenções dos tributos estaduais e municipais.<sup>42</sup> O constituinte, em 1988, após ter suprimido a possibilidade de concessão de isenções heterônomas,<sup>43</sup> fez questão de deixar consignada na Carta, de forma clara, tal vedação.

<sup>36</sup> COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. p. 131.

<sup>37</sup> COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. p. 130.

<sup>38</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. A imunidade recíproca, o princípio federal e a Emenda Constitucional n. 3, de 1993. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 62, out./dez. 1992. p. 77.

<sup>39</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 235.

<sup>40</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. p. 182.

<sup>41</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 73-74.

<sup>42</sup> BORGES, José Souto Maior. Interpretação das normas sobre isenções e imunidades. In: ATALIBA, Geraldo (Coord.). **Interpretação no direito tributário**. São Paulo: Saraiva; Educ, 1975. p. 411.

<sup>43</sup> Isenção heterônoma é aquela concedida por ente distinto do que detém a competência tributária para criar o tributo, tal qual estava previsto no parágrafo 2º do artigo 20 da Constituição de 1967 (“§ 2º - A União, mediante lei complementar, atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, poderá conceder isenções de impostos federais, estaduais e municipais”) e atualmente é expressamente vedada, de acordo com o inciso III do artigo 151 da CF de 1988 (“Art. 151 - É vedado à União: [...] III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.”).

Dessa forma, à medida que o constituinte detalha ou explicita as normas, surgem os apregoadores de que deva ser rejeitado tudo aquilo que não constou explicitamente na Constituição, argumentando que a ausência significaria patente rejeição de tal matéria pelo constituinte. Entende-se, então, que o mesmo se aplica às imunidades implícitas, ou seja, em não havendo previsão categórica, estaria aberta a porta para as dissensões, com provável prejuízo ao contribuinte.

#### 4 FUNDAMENTO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS INSTITUIÇÕES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

Quanto à imunidade das entidades assistenciais, é oportuno lembrar que, na busca de correção das desigualdades sociais, têm sido atribuída maior eficácia e aplicabilidade às normas constitucionais que reconhecem os direitos sociais, tidos como de segunda geração. Como demonstra Paulo Bonavides, esses direitos também englobam “os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que animam a Lei Maior, projetando-lhe a unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras”. É importante lembrar, nas palavras do autor, que “os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, concretizam-se”.<sup>44</sup> Carlos Valder do Nascimento, por sua vez, afirma que através da imunidade busca-se a “persecução dos objetivos sociais do Estado”.<sup>45</sup>

Para a consecução dos direitos sociais, José Afonso da Silva lembra que a Constituição estabelece fontes de recursos para prover a seguridade social e a destinação de verbas para determinadas atividades.<sup>46</sup> Aos exemplos colacionados pelo autor acrescenta-se a imunidade tributária concedida às entidades assistenciais, como meio de facilitar a concretização do direito à assistência assegurada aos cidadãos pelo constituinte.

É Betina Treiger Grupenmacher quem ensina que a imunidade das instituições assistenciais “existe face aos nobres e elevados fins de tais entidades, que tomam para si certas atribuições que, em princípio, seriam de responsabilidade do Estado”.<sup>47</sup>

Relevante também é o ensinamento de Aires F. Barreto e de Paulo Ayres Barreto ao referirem que “não há pessoas físicas ou jurídicas privilegiadas; há, isto sim, valores protegidos ou promovidos, em razão de sua significação social”.<sup>48</sup> Clélio Chiesa, por sua vez, assevera que “as imunidades visam a afastar a possibilidade de tributação com o objetivo de garantir e dar efetividade a direito, garantia fundamental ou outro valor prestigiado pelo sistema jurídico”.<sup>49</sup> No mesmo sentido, Ricardo Lobo Torres registra que a imunidade “é a exteriorização ou a forma de validade dos direitos fundamentais

<sup>44</sup> BONAVIDES, Paulo. Os direitos fundamentais e a globalização. **Revista da PGE – Procuradoria-Geral do Estado RS**. Porto Alegre, v. 56, dez. 2002. p. 66, 69.

<sup>45</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 70.

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 401.

<sup>47</sup> GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Eficácia e aplicabilidade das limitações constitucionais ao poder de tributar**. São Paulo: Resenha Tributária, 1997. p. 136.

<sup>48</sup> BARRETO, Aires F.; BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**. p. 38.

<sup>49</sup> CHIESA, Clélio. **A competência tributária do Estado brasileiro: desonerações nacionais e imunidades condicionadas**. p. 203.

diante do poder tributário”.<sup>50</sup>

A relevância social como fundamento da imunidade das entidades assistenciais, em vista da colaboração por elas prestada no atendimento dos problemas enfrentados por parte significativa da população, ficou insculpida na seguinte decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO PÚBLICO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. PROCEDÊNCIA DA “RES IN IUDICIO DEDUCTA”. RECURSO DE APELAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. PRECLUSÃO.

[...] Imunidade como heterolimitação do direito de tributar. Vontade proibitiva do tributar consignada na “grundnorm”. Matéria estritamente constitucional. Atividade desempenhada pela apelada de contorno nitidamente estatal, indicando produção e prestação de serviços de cunho público, substitutivamente ao Estado. Mundo do “dever-ser”.

O que informa as bases constitucionais à concessão da imunidade é o fim público – a instituição realiza obra ou serviço que, se ela não existisse seria suprido pelo poder público ou que assim deveria ser. Mundo do “dever-ser”. Desenvolvimento, pela recorrida, de atividades objetivando construir bem-estar social com nítido cunho assistencial social. [...]

Remessa necessária em que se mantém a sentença.<sup>51</sup>

Segundo se entende, a imunidade das entidades assistenciais decorre do dever que tem o Estado de assegurar aos indivíduos o gozo dos seus direitos sociais, dentre os quais se inclui a assistência social, independentemente de contribuição, nos termos do artigo 203 da Constituição Federal. Como o aparato oficial não tem sido suficiente para atender às necessidades da população, o constituinte proibiu que fossem tributadas as entidades que atuam suprindo as deficiências do setor público, tal como ocorre na área assistencial, prevendo-lhes a imunidade tributária. Assim, com o intuito de tornar efetivo um dos direitos arrolados no artigo 6º da Carta, qual seja o direito fundamental do indivíduo à assistência social, justifica-se a concessão de imunidade aos entes particulares que atuam em paralelo aos órgãos do setor público, de forma que o patrimônio, a renda e os serviços das entidades de assistência social não estão sujeitos à cobrança de impostos como também não se cogita da instituição de contribuições sociais sobre tais entes.

Além da ausência de finalidade lucrativa, para desfrute da vantagem fiscal, as entidades devem também atender ao disposto na legislação infraconstitucional, conforme consta ao final da alínea “c” do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal, pois o gozo da imunidade pelas entidades assistenciais está condicionado ao atendimento dos “requisitos da lei”.

## 5 CONDIÇÕES PREVISTAS NO CTN

Muito já se escreveu quanto à espécie de lei que deve veicular as condições para

<sup>50</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, v. III - Os direitos humanos e a tributação, imunidades e isonomia. p. 95.

<sup>51</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Reexame Necessário n. 70001607282. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. 22 de novembro de 2000. **Revista Ajuris**, n. 81, t. II, mar. 2001. p. 623-24.

o gozo da imunidade tributária, centrando-se a discussão na necessidade ou não de lei complementar. A Emenda Constitucional n. 18, de 1º de dezembro de 1965, determinava que para o gozo da imunidade fossem “observados os requisitos fixados em lei complementar”,<sup>52</sup> ao passo que a Constituição de 1967 simplesmente referiu “observados os requisitos fixados em lei”,<sup>53</sup> tal qual a redação dada pela Emenda n. 1, de 1969, “observados os requisitos da lei”,<sup>54</sup> sem a especificação.

De forma breve, é oportuno lembrar que o artigo 22 da Emenda Constitucional n. 4/61, ato adicional que instituiu o sistema parlamentar de governo no país, assim dispunha: “Poder-se-á complementar a organização do sistema parlamentarista de governo ora instituído, mediante leis votadas nas duas casas do Congresso Nacional, pela maioria absoluta dos seus membros”. Conforme ensinamento de José Afonso da Silva, com base nesse dispositivo, foram promulgadas a Lei Complementar n. 1, em 17 de julho de 1962, e a Lei Complementar n. 2, de 15 de setembro de 1962.<sup>55</sup>

De qualquer forma, a Constituição de 1824 já previa a existência de lei regulamentar, de forma genérica, no sentido de lei complementar.<sup>56</sup>

Conforme Vitor Nunes Leal, desde há muito a doutrina faz referência às leis complementares como sendo aquelas “sem as quais determinados dispositivos constitucionais não podem ser aplicados”.<sup>57</sup> Mas, segundo Celso Ribeiro Bastos, em 1965 é que, pela primeira vez, a expressão foi empregada no texto constitucional de forma explícita.<sup>58</sup> O parágrafo 8º do artigo 6º da Emenda Constitucional n. 17, de 26 de novembro de 1965, apresentava a seguinte redação: “Os projetos de leis complementares da Constituição e os de Código ou de reforma de Código receberão emendas perante as comissões, e sua tramitação obedecerá aos prazos que forem estabelecidos nos regimes internos ou em resoluções especiais”.

Tal espécie legislativa veio novamente a ser citada, de forma expressa, e por diversas vezes, na Emenda Constitucional n. 18/65, como forma de regulamentação do sistema tributário nacional. Mas, não obstante tenha sido referido em duas emendas, José Cretella Jr. refere que “o instituto deixou de ser disciplinado”.<sup>59</sup>

Na Constituição de 1967, quando listadas as leis que compunham o processo legislativo (art. 49), a espécie recebeu a designação de “Lei Complementar da Constituição”. No entanto, em diversos dispositivos do sistema tributário foi utilizada tão-somente a expressão “lei complementar”.<sup>60</sup> Com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, a partir de 1969 foi denominada de “Lei Complementar à

<sup>52</sup> Alínea “c” do inciso IV do artigo 2º.

<sup>53</sup> Alínea “c” do inciso III do artigo 20.

<sup>54</sup> Alínea “c” do inciso III do artigo 19.

<sup>55</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. p. 234, nota 3.

<sup>56</sup> Por exemplo: “Art. 97 – Uma Lei regulamentar marcará o modo prático das Eleições, e o número dos Deputados relativamente à população do Império.”

<sup>57</sup> LEAL, Vitor Nunes. Leis complementares na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. VII, jan./mar. 1947. p. 381.

<sup>58</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Lei complementar: teoria e comentários**. p. 34-38.

<sup>59</sup> CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v. VII – arts. 145 a 169. p. 3503.

<sup>60</sup> Como, por exemplo, ao dispor sobre o sistema tributário, no artigo 18, nos parágrafos 1º e 4º do artigo 19 e no parágrafo 2º do artigo 20.

Constituição”. Hoje vigora o artigo 59 da Constituição de 1988, o qual menciona as “Leis Complementares” ao dispor sobre o processo legislativo.

Do ponto de vista formal, nos termos do artigo 69 da Constituição Federal, a lei complementar deve ser votada por maioria absoluta dos congressistas, ao passo que, do ponto de vista material, tem por conteúdo, em se tratando de matéria tributária, conforme disposto no artigo 146<sup>61</sup> da Carta, dispor sobre conflitos de competência tributária, regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária.<sup>62</sup>

A Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, englobando as novas disposições constitucionais tributárias decorrentes da Emenda Constitucional n. 18/65, foi aprovada como lei ordinária e ganhou força de lei complementar com a Carta de 1967, tendo sido recepcionada<sup>63</sup> pela Constituição de 1988 com a eficácia de lei complementar, em vista do teor do seu artigo 146; só pode, assim, ser modificada ou revogada por diploma desta natureza. A referida lei passou a designar-se Código Tributário Nacional em razão do disposto no artigo 7º do Ato Complementar n. 36, de 13 de março de 1967.

O texto constitucional, em inúmeras passagens ao longo do ordenamento estabelecido para o sistema tributário nacional, faz referência expressa à lei complementar, tal como no aludido artigo 146; da mesma forma, ao tratar da criação de empréstimo compulsório, de imposto residual e de outras contribuições sociais não elencadas nos incisos I, II e III do artigo 195 (art. 148, 154 e par. 4º do art. 195), bem como ao dispor sobre o ITBI (inc. III do par. 1º do art. 155), o ICMS (inc. XII e inc. XIII, ambos do par. 2º do art. 155) e sobre o ISS (inc. III e par. 3º, ambos do art. 156).

A doutrina discute se a omissão no final da alínea “c” do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal (“atendidos os requisitos da lei”) ensejaria concluir que o constituinte estaria admitindo, no caso, o estabelecimento dos requisitos através de lei ordinária, uma vez que a Carta, por tantas vezes, faz alusão expressa à espécie de lei. Reinaldo Pizolio Jr. leciona somente ser admissível o uso de lei complementar quando o legislador constituinte exigiu-a de forma expressa. O autor refere que as expressões “nos termos da lei”, “atendidos os requisitos da lei”, “através de lei” e “nos termos e limites fixados em lei” foram utilizadas nos casos em que o constituinte entendeu desnecessária a adoção de lei complementar.<sup>64</sup>

Ricardo Lobo Torres admite que, tanto no caso da imunidade das entidades educacionais e assistenciais, como com referência à imunidade dos idosos e da pequena gleba rural, os limites e parâmetros podem ser fixados em lei ordinária.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> “Art. 146 – Cabe à lei complementar: I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária [...]”

<sup>62</sup> Não é desconhecida a celeuma quanto à função dicotômica ou tricotômica da lei complementar, porém a discussão não afasta a necessidade de as limitações constitucionais ao poder de tributar serem reguladas por tal espécie de lei.

<sup>63</sup> O CTN foi recepcionado, de forma explícita, em vista do disposto no parágrafo 5º do artigo 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos seguintes termos: “§ 5º - Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 3º e 4º.”

<sup>64</sup> PIZOLIO Jr. Reinaldo. Considerações acerca da lei complementar em matéria tributária. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 14, jan./mar. 1996. p. 182-183.

<sup>65</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, v. III - Os direitos humanos e a tributação, imunidades e isonomia. p. 79.

Também Aurélio Pitanga Seixas Filho aceita o uso da lei ordinária ao emitir a seguinte opinião: “Desde que se limite a interpretar ou explicitar as regras constitucionais, não me parece necessário uma norma de nível de lei complementar para dizer o que significa – rendas relacionadas às finalidades essenciais – como está enunciado no parágrafo 4º do artigo 150 da Constituição Federal”.<sup>66</sup>

No mesmo sentido, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho<sup>67</sup> e Wolgran Junqueira Ferreira<sup>68</sup> recomendam que os requisitos a serem satisfeitos para o gozo da imunidade sejam estabelecidos através de lei ordinária, uma vez que não há previsão expressa de que a matéria seja disciplinada por lei complementar. Ercias Rodrigues de Sousa também defende que a lei a que se refere a alínea “c” é a ordinária e conclui: “Nos parece ser da atribuição dos entes políticos editar, na lei do tributo, e em cada caso, os requisitos a serem atendidos”.<sup>69</sup>

Aliomar Baleeiro, comentando o tratamento dispensado pela Emenda n. 1/69, neste aspecto muito semelhante ao texto em vigor, assevera que “a lei que fixará os requisitos é a ordinária”.<sup>70</sup> Em outra obra, o autor refere: “A Emenda n. 18/1965 mandava que a imunidade em favor dos Partidos e das instituições de educação ou de assistência social obedecesse a ‘requisitos fixados em lei complementar’. Esta disposição foi alterada pelo art. 19, III, c, da Emenda n. 1, de 1969, que exige apenas ‘os requisitos de lei’, isto é, em lei ordinária de iniciativa do Presidente da República [...]”.<sup>71</sup>

Ao apreciar o disposto no parágrafo 1º<sup>72</sup> do artigo 153 da Carta de 1988, que apresenta em seu texto o vocábulo “lei” também sem qualquer complemento, o Supremo Tribunal Federal deixou consignado que “a lei complementar somente será exigida quando a Constituição expressamente assim determinar”, como se vê a seguir:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. ALÍQUOTAS: MAJORAÇÃO POR ATO DO EXECUTIVO. MOTIVAÇÃO. ATO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO: FATO GERADOR. C.F., art. 150, III, “a” e art. 153, § 1º. I - Imposto de Importação: alteração das alíquotas, por ato do Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei: C.F., art. 153, § 1º. A lei de condições e de limites é lei ordinária, dado que a *lei complementar somente será exigida se a Constituição, expressamente, assim determinar*. No ponto, a Constituição excepcionou a regra inscrita no art. 146, II. [...] V - R. E. conhecido e provido.<sup>73</sup> (grifo nosso).

<sup>66</sup> SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. A imunidade tributária e a não sujeição constitucional ao dever tributário. In: **Justiça tributária**: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. p. 56.

<sup>67</sup> SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Imunidade tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária; RT, 1998. (Pesquisas Tributárias, 4). p. 353.

<sup>68</sup> FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Julex, 1989. v. 2, p. 866.

<sup>69</sup> SOUSA, Ercias Rodrigues de. **Imunidades tributárias na Constituição Federal**: uma análise a partir dos conceitos estruturais da ciência do Direito. Curitiba: Juruá, 2003. p. 141.

<sup>70</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. p. 313.

<sup>71</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**, p. 107-108.

<sup>72</sup> “§ 1º - É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.”

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 225.602-CE. Relator: Ministro Carlos Velloso. 25 de novembro de 1998. DJ 06-04-01, p. 101. Ementário v. 2026-6, p. 1306. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

A posição foi mantida em outros julgamentos a respeito das condições e limites permitidos quanto às alterações das alíquotas do Imposto sobre a Importação, tal como no seguinte julgamento também da Corte:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. DECRETO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO E INADEQUAÇÃO DA VIA LEGISLATIVA. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR.

A lei de condições e de limites para a majoração da alíquota do imposto de importação a que se refere o artigo 153, § 1º, da Constituição Federal, é a ordinária, visto que lei complementar somente será exigida quando a Norma Constitucional expressamente assim o determinar. [...] Recurso Extraordinário conhecido e provido.<sup>74</sup>

Por meio da interpretação avaliam-se as diversas acepções que determinado signo pode expressar, buscando fixar o mais apropriado para o caso concreto. A interpretação antecede a aplicação, posto que cada caso a ser solucionado apresenta-se com distintas peculiaridades, a serem sopesadas pelo aplicador da norma. Não há norma sem que seja interpretada.

Para os dogmáticos, o direito resume-se ao teor da lei, não cabendo questionar as condições do caso concreto por ocasião da aplicação da lei, o que inibe a atividade interpretativa. Hoje está superada a idéia de que a lei é completa, não havendo espaço para qualquer manifestação do intérprete. Assim, não obstante o aspecto literal, entende-se que, mesmo não havendo menção expressa de que os requisitos para o gozo da imunidade devem ser fixados mediante lei complementar, é esta a única espécie admissível.

Destarte, Ives Gandra da Silva Martins ensina que “mesmo quando apenas estiver escrito ‘lei’ será ‘lei complementar’ sempre que o tema houver sido referido no artigo 146”.<sup>75</sup> Sacha Calmon Navarro Coêlho afirma que os requisitos a serem observados devem ser fixados por lei complementar, concluindo: “Não é nem poderia ser lei ordinária”.<sup>76</sup> Na mesma direção, José Afonso da Silva anota que, muito embora apareça no texto sem a qualificação, a lei exigida na alínea “c” do inciso VI do artigo 150 da Carta é do tipo complementar.<sup>77</sup>

Em reforço à tese de que a regulamentação das imunidades somente é cabível através de lei complementar, Roque Antonio Carrazza assim se manifesta:

Ao argumento de que a Carta Suprema não empregou a expressão “lei complementar” contrapomos o de que ela também não empregou a expressão “lei ordinária”. Antes, limitou-se a fazer uma referência genérica a lei, deixando aos doutrinadores a tarefa de dilucidar que tipo de lei é esta. Em suma, a interpretação sistemática nos revela que tal lei só pode ser uma *lei complementar nacional* (editada, pois, pelo Congresso Nacional). Ademais,

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 224.285-CE. Relator: Ministro Maurício Correa. 17 de março de 1999. DJ 28-05-99, p. 26. Ementário v. 1952-9, p. 1795. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

<sup>75</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 6. t. 1. p. 72.

<sup>76</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**: sistema tributário. p. 349.

<sup>77</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. p. 240.

sendo a imunidade uma *limitação constitucional ao poder de tributar*, deve, nos termos do art. 146, II, da CF, ser regulada por meio de lei complementar.<sup>78</sup> (grifo do autor).

Com ênfase, e de forma precisa, Betina Treiger Grupenmacher destaca as razões pelas quais a fixação dos requisitos deve ser veiculada através de lei complementar: “Em primeiro lugar, por tratar-se, a regra imunitória, de limitação constitucional ao poder de tributar, em segundo lugar, porque se assim não fosse, estar-se-ia transferindo ao legislador ordinário poder permanente de emenda à Constituição e, em terceiro lugar, surgiria uma antinomia entre os artigos 146, II e 150, VI, c da Constituição”.<sup>79</sup>

Enfim, sabendo-se que é à lei complementar que cabe regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e, ainda, que as imunidades genéricas estão inseridas na seção denominada “Das Limitações do Poder de Tributar”, a interpretação mais adequada leva à conclusão de que somente por intermédio de lei complementar é que podem ser fixados os requisitos para o gozo da imunidade pelas entidades assistenciais, em face do disposto no inciso II do artigo 146 combinado com o exposto teor da alínea “c” do inciso VI do artigo 150, ambos da Constituição Federal.

Para o gozo da imunidade, as entidades assistenciais não podem distribuir qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; devem aplicar os seus recursos integralmente no Brasil, na manutenção dos seus objetivos institucionais; estando obrigadas, ainda, a manter escrituração de suas receitas e despesas.<sup>80</sup> O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que os requisitos a serem atendidos pelas entidades imunes são os elencados no citado artigo do Código Tributário Nacional:

#### IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - ENTIDADES VOLTADAS À ASSISTÊNCIA SOCIAL.

A norma inserta na alínea “c” do inciso VI do artigo 150 da Carta de 1988 repete o que previa a pretérita - alínea “c” do inciso III do artigo 19. Assim, foi recepcionado o preceito do artigo 14 do Código Tributário Nacional, no que cogita dos requisitos a serem atendidos para o exercício do direito a imunidade.<sup>81</sup>

Ademais, é necessário que a entidade também cumpra com as denominadas obrigações acessórias, observando o disposto na legislação tributária.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. p. 834.

<sup>79</sup> GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Eficácia e aplicabilidade das limitações constitucionais ao poder de tributar**. p. 136.

<sup>80</sup> A propósito, cumpre salientar a alteração introduzida, através da Lei Complementar n. 104/01, modificando o texto do inciso I do artigo 14 do CTN, que apresentava a seguinte redação: “I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado;”

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 420-RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. 31 de agosto de 1994. DJ 23-09-94. Ementário v. 1759-1. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

<sup>82</sup> O parágrafo 1º do artigo 14 do CTN estabelece: “§ 1º - Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do art. 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.” O referido parágrafo 1º do artigo 9º, por sua vez, tem a seguinte redação: “§ 1º - O disposto no inciso IV não exclui a atribuição, por lei, às entidades nele referidas, da condição de responsáveis pelos tributos que lhes caiba reter na fonte, e não as dispensa da prática de atos, previstos em lei, assecuratórios do cumprimento de obrigações tributárias por terceiros.”

## 6 IMUNIDADE CONDICIONADA E IMUNIDADE CONDICIONÁVEL

Há que se distinguir entre a imunidade religiosa ou em favor dos livros, por exemplo, uma vez que não exigem o atendimento a condições previstas na legislação infraconstitucional e a imunidade das entidades assistenciais, cujo gozo depende do atendimento aos requisitos legais. Nada obstante o disposto no inciso II do artigo 146 da Carta de 1988, Sacha Calmon Navarro Coêlho afirma, com razão, que nem todas as limitações constitucionais exigem complementação, tal como ocorre com a imunidade em favor dos livros, jornais, periódicos e do papel destinado a sua impressão.<sup>83</sup> De outra parte, perscrutando a imunidade concedida às entidades assistenciais, o autor assevera que “o dispositivo constitucional vedatório exige complementação quanto aos requisitos sem os quais não é possível a fruição da imunidade”.<sup>84</sup> Para Sacha, enquanto não forem estabelecidos os requisitos através de lei complementar, a imunidade das entidades assistenciais é inaplicável.<sup>85</sup>

Por sua vez, Luiz Emygdio F. da Rosa Jr. assevera que a imunidade “é auto-executável nas hipóteses previstas nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘d’ do inciso VI do artigo 150 e não é auto-executável na hipótese da alínea ‘c’”.<sup>86</sup> Aires F. Barreto também entende que a alínea “c” expressa norma de eficácia limitada, a exigir a integração para a produção de efeitos. Mais adiante, porém, ao tratar da imunidade prevista no parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição Federal, Barreto conclui:

[...] haverá imunidade quando a disciplina for constitucional, é dizer, quando a exoneração for versada pela própria Constituição, ainda que requisitos ou condições possam ser postos por lei complementar. No caso das imunidades condicionadas há um conteúdo mínimo na própria Constituição. É dizer: a *imunidade produzirá eficácia, mesmo na ausência dos requisitos postos pela lei complementar*; esta, por sua vez, poderá fixar requisitos, mas jamais poderá fazê-lo em tais termos que aniquile ou reduza a desoneração prevista na Carta Magna.<sup>87</sup> (grifo nosso).

Realmente, consta, no final da alínea “c” do inciso VI do artigo 150 da Carta, que a imunidade em prol das instituições assistenciais depende do atendimento aos requisitos da lei, tratando-se, portanto, de imunidade sujeita a determinadas condições. Entenda-se, porém, que tal referência não tem o condão de impedir a aplicação da norma imunizante enquanto não houver lei que estabeleça as condições a serem observadas pelas entidades. Sucede que, na ausência de norma complementar que estabeleça os requisitos a serem atendidos para o gozo da imunidade, deve incidir o

<sup>83</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**: sistema tributário. p. 126.

<sup>84</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. p.106.

<sup>85</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. A lei complementar como agente normativo ordenador do sistema tributário e da repartição das competências tributárias. **Grandes temas tributários da atualidade**. São Paulo: IOB Informações Objetivas, 1999. p. 140.

<sup>86</sup> ROSA JR. Luiz Emygdio F. da. **Novo manual de direito financeiro e direito tributário**: à luz da nova Constituição. p. 220.

<sup>87</sup> BARRETO, Aires F. Contribuições sociais: imunidade das instituições beneficentes de assistência social. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. v. 3. p. 14, 20.

benefício. Se assim não fosse, estar-se-ia abrindo ao legislador infraconstitucional a possibilidade de impedir o gozo de direito assegurado pela Constituição, bastando, para isso, a simples omissão em legislar, deixando de estabelecer os requisitos.

Acredita-se que a razão está com Regina Helena Costa. O vocábulo “condicionável” é mais apropriado ao caso do que a palavra “condicionada”.<sup>88</sup> Deve-se instigar a aplicação da Constituição de forma que propicie a efetivação de suas normas, não permitindo que se limite a um simples amontoado de páginas sem nenhum sentido. Luís Roberto Barroso insiste que “ao jurista cabe formular estruturas lógicas e prover mecanismos aptos a dar efetividade às normas jurídicas”, partindo da idéia de que “o direito existe para realizar-se”.<sup>89</sup>

Acolhida a imprescindibilidade da lei complementar, estar-se-ia sujeitando o gozo do direito à imunidade à vontade do legislador infraconstitucional, o que parece contrariar ao bom senso. A omissão do legislador infraconstitucional não pode servir de pretexto para impedir a fruição de vantagem assegurada pelo Estatuto Constitucional.

O ente imune tem direito a fazer valer seu direito independentemente da intervenção do legislador infraconstitucional, ou seja, mesmo sem a lei complementar, enquanto esta não for editada. Não se está, com isso, desprezando a exigência dos requisitos infraconstitucionais. Com certeza, existindo lei complementar que fixe exigências compatíveis com o texto da Constituição para a fruição da imunidade, essas devem ser observadas. Mas entenda-se que a entidade gozaria a imunidade de imediato na ausência de lei complementar que estabelecesse as condições a serem adimplidas.

Nesse ponto é valioso o ensinamento de Aliomar Baleeiro, que, ao tempo em que vigia a Carta de 1967, com a redação dada pela Emenda n. 1/69, sendo o parágrafo 1º<sup>90</sup> do artigo 18 em tudo semelhante aos termos do atual artigo 146 da Constituição Federal, dando importância ao conteúdo e à natureza das normas de imunidade e às demais limitantes do poder tributário, assim escreveu: “O § 1º do artigo 18 da Emenda n. 1/69 diz que lei complementar estabelecerá as limitações constitucionais do poder de tributar. Não se deve inferir dessa cláusula que só depois da promulgação da lei complementar terão eficácia as disposições do artigo 18 e 19 daquela Carta Política. *Esses artigos são auto-executáveis por seu conteúdo e por sua natureza*”.<sup>91</sup> (grifo nosso). Aliomar Baleeiro ressaltou da eficácia imediata apenas a concessão de isenções heterônomas e a instituição de empréstimo compulsório.

Geraldo Ataliba, por sua vez, deixa claro os limites da lei complementar em se tratando de norma imunizante, em face da impossibilidade de o legislador criar novos

<sup>88</sup> Cabe, por analogia, transcrever o ensinamento de José Afonso da Silva quanto à classificação das normas constitucionais, no que tange à sua eficácia: “Autores há que sugerem normas de eficácia ‘contível’, em lugar de normas de eficácia ‘contida’, porque elas contêm a possibilidade de ser contidas, e o ‘contível’ é que exprimiria essa potencialidade, enquanto o ‘contida’, passado, revelaria já o efeito da contenção”. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. p. 85, nota 67.

<sup>89</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 247.

<sup>90</sup> “Art. 18 - [...] § 1º - Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar.”

<sup>91</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. p. 80.

requisitos substanciais para o gozo da imunidade, sob pena de se nulificar o mandamento constitucional:

[...] a maioria das leis complementares em matéria tributária não lhe acrescenta nada; não cria nada, não introduz no universo jurídico nada; simplesmente deixa explícito aquilo que está implícito na Constituição. [...]

Note-se bem que a Constituição não adotou a fórmula “será dada isenção a entidades [...]” [...] Desde logo, ela declarou “são imunes”; em outras palavras, disse: é impossível haver atividade legislativa tendente a exigir impostos destas entidades. [...]

Como a imunidade é essencial e exaustivamente constitucional, a lei – mesmo complementar – não pode criar condições, requisitos ou pressupostos para seu gozo. Só o que pode é explicitar o conteúdo implícito do mandamento completado, ou deduzir seus desdobramentos e implicações necessárias, sem nada inovar. [...]

Não há contradição na circunstância da Constituição chamar a lei a completá-la, porque, esta complementação que advirá da lei, não irá dizer com a essência do comando proibitivo, mas sim com medidas tendentes a assegurar a sua eficácia.<sup>92</sup>

Entenda-se que a manifestação do mestre denota a necessária e imprescindível aplicabilidade imediata da norma constitucional. Outro tributarista consagrado que defendeu a eficácia plena de tais normas foi Antonio Roberto Sampaio Dória, para quem as imunidades tributárias enquadram-se sempre como norma auto-aplicável.<sup>93</sup>

É oportuno seja também transcrito o ensinamento de Bernardo Ribeiro de Moraes, para quem a imunidade não pode ser vista como um favor fiscal: “No aspecto sistemático da imunidade tributária, nota-se que a imunidade constitui um instrumento político-constitucional, que é utilizado pelo legislador constituinte para resguardar certos princípios fundamentais do regime e a incolumidade de certos valores éticos e culturais, que o ordenamento constitucional consagra”.<sup>94</sup>

Acredita-se, então, que tal lição deve sempre ser levada em consideração quando o intérprete busca dar sentido à norma imunizante. Considerada a razão pela qual foi estabelecida a imunidade, torna-se plausível defender a aplicabilidade imediata do dispositivo em questão.

Não obstante, com relação à imunidade em prol dos idosos,<sup>95</sup> que veio a ser revogada pela Emenda Constitucional n. 20/98, o Supremo Tribunal Federal deixou

<sup>92</sup> ATALIBA, Geraldo. Imunidade de instituições de educação e assistência. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 55, jan. 1991. p. 140-141.

<sup>93</sup> DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. Imunidades tributárias e impostos de incidência plurifásica, não cumulativa. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 5, jul./set. 1978. p. 77. Ressalve-se, porém, que tal afirmativa foi embasada em parecer lavrado por Rubens Gomes de Sousa, que tinha por objeto específico o estudo da possibilidade ou não de estender à Petrobras as benesses da imunidade recíproca (SOUSA, Rubens Gomes de. Petrobrás. Execução de monopólio instituído em nome da União. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 181, jan./fev. 1959. p. 74).

<sup>94</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de. Imunidades e isenções como instrumento de extrafiscalidade. In: ATALIBA, Geraldo (Coord.). **Elementos de direito tributário**. São Paulo: RT, 1978. p. 319.

<sup>95</sup> De acordo com o disposto no inciso II do parágrafo 2º do artigo 153 da Constituição Federal, não incidia imposto sobre os rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, quando pagos pela previdência pública, a maiores de 65 anos que não possuíssem outra espécie de renda.

assentado que tal benefício não era auto-aplicável, dependendo sua aplicação do disposto na legislação pertinente à tributação dos rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão.

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. PROVENTOS. BENEFICIÁRIOS COM IDADE SUPERIOR A SESENTA E CINCO. ART. 153, § 2º, INC. II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI N. 7.713/88. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança n. 22.584 (Sessão do dia 17.04.97), proclamou o entendimento no sentido de que o art. 153, § 2º, II, da Constituição Federal, ao estabelecer que o imposto de renda “não incidirá, nos termos e limites fixados em lei, sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a pessoa com idade superior a sessenta e cinco anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho”, não é auto-aplicável, estando a depender de lei que fixará os termos e os limites dessa não-incidência. E, até que advenha a lei regulamentando o exercício desse direito, continuam válidos os limites e restrições fixados na Lei n. 7.713/88 com suas posteriores alterações.  
Recurso Extraordinário conhecido, mas improvido.<sup>96</sup>

A decisão não é isolada<sup>97</sup> e merece crítica, pois embaraça a fruição de imunidade assegurada na Constituição e vai de encontro ao proclamado por José Afonso da Silva, para quem a mera previsão de que seja observado o disposto em norma infraconstitucional não retira do dispositivo sua eficácia, “porquanto o fato de remeterem a uma legislação futura não autoriza equipará-las a outras que exigem uma normatividade ulterior integrativa de sua eficácia”.<sup>98</sup>

Por outro lado, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho afirma que a imunidade dos proventos dos idosos não era auto-aplicável e que sua eficácia era limitada, “pois somente pode ser desfrutada quando, além de satisfeitos os requisitos previstos na Constituição, lei infraconstitucional estabeleça os limites concernentes aos rendimentos de aposentadoria e pensão [...]”.<sup>99</sup>

Oportuna é a opinião de Eduardo Marcial Ferreira Jardim ao apresentar o requisito para que a norma seja tida como auto-aplicável: “[...] quando a fraseologia imersa na norma aludir a um dado modal, quer permissivo, quer proibitivo, quer conceitual, cuja concretização independa de legislação futura, ainda que, se for o caso, esta possa sobrevir em caráter restringível, resta óbvio tratar-se de norma auto-aplicável”.<sup>100</sup>

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 225.082-MG. Relator: Ministro Ilmar Galvão. 24 de abril de 1998. DJ 28-08-98. Ementário v. 1920-7. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

<sup>97</sup> No mesmo sentido, os Recursos Extraordinários n. 351.755-RJ, 313.044-CE, 287.156-RJ, 250.496-ES e 246.139-RJ. Disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

<sup>98</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. p. 103.

<sup>99</sup> SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A imunidade dos proventos dos idosos. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 37, out. 1998. p. 70.

<sup>100</sup> JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Imunidade do imposto sobre a renda com relação aos rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão de servidor público com idade superior a 65 anos. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 36, set. 1998. p. 39.

Entenda-se que somente se poderia ter como inaplicável a norma caso a sua efetivação dependesse de lei superveniente, o que não se dava no caso concreto, que tinha como substrato a idade do contribuinte. Por certo, a posterior edição de lei complementar poderia impor limites e condições; todavia, enquanto não fosse promulgada, o dispositivo deveria produzir efeitos no mundo jurídico, deixando fora do alcance da tributação os rendimentos a que faz referência. Quanto ao disposto na lei invocada no acórdão antes transcrito, referente ao imposto incidente sobre os rendimentos, não se aplicaria ao caso, posto que se trata de lei ordinária e, nos termos do artigo 146 da Constituição Federal, as limitações constitucionais ao poder de tributar devem vir reguladas através de lei complementar.

Também para Paulo de Barros Carvalho, a regra que trata das instituições assistenciais, levando em conta a classificação proposta por José Afonso da Silva, é de eficácia contida.<sup>101</sup> James Marins, por sua vez, leciona quanto ao tema: “Estas normas constitucionais de acordo com a respeitada classificação encetada por José Afonso da Silva teriam eficácia contida, em virtude de remeterem à lei o estabelecimento das condições restritivas de sua plena eficácia”.<sup>102</sup>

Ao tratar do assunto, José Afonso da Silva deixa consignado, de forma expressa, que em se tratando de normas de eficácia contida, a legislação infraconstitucional tem por objeto restringir o âmbito de sua eficácia e aplicabilidade. Diz ainda que as normas de eficácia contida têm aplicação imediata e direta e conceitua-as nos seguintes termos: “São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”.<sup>103</sup>

Em outra obra, José Afonso da Silva registra que, enquanto não vier a lei regulatória, a norma constitucional de eficácia contida terá eficácia plena:

Algumas normas podem caracterizar-se como de *eficácia contida*, mas sempre de *aplicabilidade direta e imediata*, caso em que a *previsão de lei não significa que desta depende sua eficácia e aplicabilidade*, visto como tal lei não se destina a integrar-lhes a eficácia (que já têm amplamente), mas visa restringir-lhes a plenitude desta, regulando os direitos subjetivos que delas decorrem para os indivíduos ou grupos. *Enquanto o legislador, neste caso não produzir a normatividade restritiva, sua eficácia será plena.*<sup>104</sup> (grifo nosso).

Ao fazer referência de que “há leis complementares que podem ser aprovadas em decorrência de normas constitucionais de eficácia contida”, José Souto Maior Borges exemplifica citando o caso da imunidade dos entes elencados na alínea “c” do inciso III do artigo 19 da anterior Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional

<sup>101</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. p. 185.

<sup>102</sup> MARINS, James. Fundações privadas e imunidade tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, v. 28, jan. 1998. p. 23.

<sup>103</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. p. 104, 116.

<sup>104</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 237.

n. 1/69, dentre os quais se incluem as entidades assistenciais.<sup>105</sup>

A ocorrência de normas de eficácia contida é comum entre aquelas que instituem direitos e garantias fundamentais, conforme escólio de José Afonso da Silva, ao passo que as normas de eficácia limitada são de dois tipos, enquadrando-se como definidoras de princípio organizativo ou como definidoras de princípio programático (o que não é o caso das normas imunizantes).<sup>106</sup> Em conformidade com o disposto no parágrafo 1º do artigo 5º da Carta de 1988, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. E, registre-se que através da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 939-DF o Supremo Tribunal Federal deixou assentado que os direitos do contribuinte se enquadram dentre os direitos individuais.

De outra parte, ao tratar das normas programáticas, João Pedro Gebran Neto declara que “na ausência de legislação ou de atividade administrativa que venha a colmatar o imperativo constitucional, é lícito ao intérprete procurar extrair o máximo de efetividade em seus comandos”.<sup>107</sup> Então, se mesmo no caso das normas programáticas deve-se buscar o máximo de efetividade, com muito mais razão em se tratando de imunidades, não se justificando que a norma constitucional deixe de ser aplicada na falta da lei infraconstitucional.

Não obstante, se a linha de raciocínio até aqui exposta pudesse fazer crer que José Afonso da Silva enquadra a norma de imunidade em prol das entidades assistenciais dentre as de eficácia contida, significando, então, a possibilidade de sua imediata atuação concreta, cumpre esclarecer que o autor arrola, de forma expressa, a norma da alínea “c” do inciso VI do artigo 150 da Carta dentre as de eficácia limitada, a depender de uma “legislação ulterior que lhes integre a aplicabilidade”. Mais adiante, de forma implícita, o autor reforça seu entendimento quanto à classificação da referida imunidade ao conceituar as leis complementares como sendo “leis integrativas de normas constitucionais de eficácia limitada”.<sup>108</sup>

Após discorrer sobre as diversas classificações apresentadas pela doutrina quanto à eficácia das normas constitucionais e afirmar que a do professor José Afonso da Silva “parece ser a mais completa e elucidativa”, Paulo Roberto Lyrio Pimenta menciona, com relação às de eficácia contida, ser mais adequado o uso da expressão “contível”, pelo fato de que “tais normas são dotadas de aplicabilidade direta, imediata, podendo apenas ter a eficácia contida pela ação do legislador ordinário, o que indica, em verdade, mera possibilidade e não uma restrição efetiva desde a edição da norma”.<sup>109</sup> A propósito, cabe lembrar que Michel Temer prefere atribuir a tal espécie a denominação de “norma constitucional de eficácia redutível ou restringível”, o que parece mais adequado.<sup>110</sup>

Cabe aqui, então, a classificação esboçada por Celso Ribeiro Bastos, para quem

<sup>105</sup> BORGES, José Souto Maior. **Lei complementar tributária**. São Paulo: RT, Educ. 1975. p. 35.

<sup>106</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. p.118, 74, 105.

<sup>107</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: RT, 2002. p. 152.

<sup>108</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. p. 185-186, 244.

<sup>109</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 111.

<sup>110</sup> TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 1989. p. 27.

existem normas que podem vir a ter seu campo de incidência reduzido: são as normas restringíveis. Em outra passagem, o autor leciona:

Em matéria de direito tributário é possível afirmar-se que a lei complementar foi empregada para exercer uma dupla função qual seja, a de servir de um lado como um verdadeiro estabilizador do sistema e do outro, como uma garantia do contribuinte aos abusos dos erários brasileiros. [...] Quando da criação da lei complementar, quando seja ela prevista ou exigida constitucionalmente, ocorre o momento da aplicação da eficácia da norma superior por ela integrada e com a qual ela visa a formar uma estrutura de sentido. Todavia, em nada atinge a eficácia da norma constitucional o fato de a lei complementar ainda não ser vigente, pois nessa circunstância, o fator tempo importa exclusivamente no que diz respeito à eficácia da própria lei complementar e não à norma constitucional em si mesma considerada. É dizer, a edição ou não da lei complementar não tem o condão de modificar a eficácia da norma constitucional, esta é dotada de eficácia independentemente da edição de lei complementar [...]. Nesse sentido, a edição da lei complementar só diz respeito a sua própria eficácia e não a eficácia da norma constitucional.<sup>111</sup> (grifo nosso).

Utilize-se, então, a lição de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, que ensinam como diferenciar as normas completáveis das normas restringíveis:

Respeitantemente às primeiras, as leis de integração cumprem o papel de conferir maior latitude ao campo de atuação das regras integradas. É como se estas fossem dilargadas no seu campo de aplicação e sua eficácia jurídica ampliada. No que diz com as normas restringíveis, porém, a função das regras de integração é contrária; vale dizer, consiste em tornar mais curto o elastério da norma constitucional, mais exíguo o seu raio de aplicação.<sup>112</sup>

A partir de tal distinção, constata-se que a norma da alínea “c” do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal classifica-se como restringível, uma vez que não se cogita de norma infraconstitucional que venha a ampliar o campo de atuação da imunidade em prol das entidades educacionais e beneficentes.

Oportuno, novamente, o ensinamento de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, que, ao tratarem da norma de conteúdo restringível, concluem afirmando: “Não é lícito supor-se que a aplicabilidade ou a eficácia de uma norma constitucional fique na dependência da aparição de uma lei que só é suscetível de trazer elementos constritores da amplitude da norma integrada. Logo, enquanto a legislação constritiva não sobrevém, a norma constitucional restringível é de pronta aplicação [...]”.<sup>113</sup>

Ao comentar a imunidade decorrente do disposto no parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição Federal, José Souto Maior Borges assevera que, na ausência de normas integrativas, impõe-se “a conclusão de que a imunidade, inobstante essa lacuna, operará

<sup>111</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Lei complementar: teoria e comentários**. p. 23, 159-160.

<sup>112</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 51.

<sup>113</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 51-52.

os seus efeitos desagratórios”. E conclui, referindo-se ainda ao mencionado parágrafo, que, embora o desfrute da imunidade esteja condicionado aos requisitos previstos em lei, tal condicionamento não é absoluto, de forma que, inexistindo a norma infraconstitucional, o gozo da imunidade estará assegurado “independentemente da sua integração”.<sup>114</sup>

Conforme José Eduardo Soares de Melo, “atender requisito de lei não representa ficar condicionado a eventual edição de futura lei para que o preceito imunitório tenha eficácia imediata”.<sup>115</sup> Nesse sentido, aliás, é o seguinte julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, tratando de imunidade assistencial:

VEDAÇÃO AO PODER DE TRIBUTAR. INSTITUIÇÃO SOCIAL. CUMPRIMENTO. REQUISITOS LEGAIS.

A imunidade é instituída pela CF e tem *aplicabilidade imediata*, independente de regulamentação. A questão se resume em se saber se a instituição satisfaz os requisitos do art. 14 do CTN. [...]

Recurso conhecido e improvido.<sup>116</sup> (grifo nosso).

Correto é o posicionamento de Regina Helena Costa, que, ao comentar a contenção de efeitos em razão da necessidade de que sejam atendidos os requisitos da lei para o gozo da imunidade em favor das entidades assistenciais, refuta a tese de que a aludida norma teria eficácia limitada: “Entender-se desse modo leva à inafastável conclusão segundo a qual se não sobrevier a lei complementar a que alude o preceito constitucional nenhuma das entidades nele abrangidas poderá fruir da excludente de tributação”.<sup>117</sup>

O intérprete deve buscar a solução mais adequada, criando a norma para o caso concreto, sempre com os olhos voltados para a concretização dos direitos assegurados pelo ordenamento vigente. Vive-se numa época de indeterminação quanto ao método que efetivamente assegura o justo resultado, mas, com certeza, essa busca tem como ponto de partida o texto constitucional.

Entenda-se, então, que a norma de imunidade em prol das entidades assistenciais tem plena eficácia enquanto ausente legislação infraconstitucional, pois os elementos nela constantes permitem a fruição do benefício imediatamente.

De qualquer forma, em vista do disposto no Texto Maior e do princípio da recepção, há que se levar em conta o disposto no Código Tributário Nacional, que estabelece, no dizer de Ricardo Lobo Torres, as condições de legitimação à intributabilidade,<sup>118</sup> entendendo como tais “aquelas impostas pela lei complementar para o reconhecimento do direito e que transcendem as características substanciais, gerais e

<sup>114</sup> BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. p. 375.

<sup>115</sup> MELO, José Eduardo Soares de. **O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1991. p. 76.

<sup>116</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 27.261-MG. Relator: Ministro Garcia Vieira. 5 de outubro de 1992. DJ 07-12.92, p. 23.296. **Revista do STJ**, Brasília, v. 48. p. 324.

<sup>117</sup> COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF**. p. 164-165.

<sup>118</sup> Ao que parece, tal expressão teria sido cunhada por Amílcar de Araújo Falcão, com base na terminologia de A. Berliri e Euclide Antonini, como se vê no artigo publicado ainda em 1961, intitulado Imunidade e isenção tributária – Instituição de assistência social (**Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 66, out./dez. 1961. p. 373).

inerentes à pessoa imune, sujeitas à regulamentação da lei ordinária”.<sup>119</sup>

## 7 CRÍTICA ÀS LEIS N. 9.532/97 E N. 9.732/98

Já estando traçados na própria Carta os contornos da imunidade às entidades assistenciais, sem que possam ser alterados pela lei complementar, mas tão-somente explicitados os limites para o gozo da imunidade, restaria apenas a regulamentação do dispositivo legal. De acordo com o escólio de Frederico Seabra de Carvalho, há espaço normativo para a lei ordinária, mas é bastante reduzido. Para o autor, “a lei competente para definir entidades de assistência social e de educação sujeitas da imunidade tributária, por seu turno, é a lei ordinária que trate de matéria civil e não tributária”.<sup>120</sup>

Marco Aurélio Greco apresenta a distinção entre causa e condição para o gozo da imunidade. Segundo ele, a causa provém da Carta, estando ao abrigo da imunidade as instituições indicadas na alínea “c” do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal. De outra parte, a condição da imunidade é atender às exigências previstas no Código Tributário Nacional. Mas, “nenhuma entidade é imune apenas ‘porque’ atende os requisitos do CTN. Ela será imune se for entidade com uma das naturezas mencionadas na norma e ‘enquanto mantiver’ o preenchimento aos requisitos enumerados”.<sup>121</sup>

A Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997, apresenta outras exigências para o gozo da imunidade; da mesma forma, também a Lei n. 9.732, de 11 de dezembro de 1998. A sua constitucionalidade, no que excede ao previsto no Código Tributário Nacional, é objeto de questionamento uma vez que, nos termos do inciso II do artigo 146 da Constituição Federal, somente através de lei complementar podem ser reguladas as limitações constitucionais ao poder de tributar, ou seja, os pressupostos para o gozo da imunidade devem ser fixados por lei complementar.

O próprio *caput* do artigo 12<sup>122</sup> da citada Lei n. 9.532/97 exige que os serviços assistenciais sejam disponibilizados à população em geral. Mas, se nem mesmo o poder público tem tido condições de atender a toda a coletividade, tanto que necessita da cooperação dos entes privados, não se pode esperar que uma determinada entidade tenha condições de fazê-lo de modo satisfatório.

A interpretação que se faz de tal dispositivo, então, é que o legislador buscou excluir do benefício aquelas entidades voltadas ao atendimento de um grupo específico, mediante contraprestação financeira, tais como as entidades de previdência privada. A propósito, Hugo de Brito Machado esclarece que, nos termos originais da Medida Provisória n. 1.602, o *caput* do artigo 12 assim dispunha quanto aos serviços a serem

<sup>119</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, v. III - Os direitos humanos e a tributação, imunidades e isonomia. p. 261.

<sup>120</sup> CARVALHO, Frederico Seabra de. Imunidade tributária – entidades de assistência social e de educação. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 75, dez. 2001. p. 59.

<sup>121</sup> GRECO, Marco Aurélio. Imunidade tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária; RT, 1998. (Pesquisas Tributárias, 4). p. 717.

<sup>122</sup> “Art 12. Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea “c”, da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos.”

prestados e quanto às entidades prestadoras: “os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem qualquer remuneração”. Após apreciação feita pelo Congresso Nacional, a parte final do dispositivo foi alterada, passando a ter a seguinte redação: “os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos”.<sup>123</sup>

Analisando-se a alteração do texto, percebe-se a possibilidade de serem prestados serviços mediante a contrapartida financeira, cobrando-se dos que têm condições de arcar com o custo, o que é por demais justo!

Avançando na leitura do dispositivo, verifica-se que a restrição prevista no parágrafo 1º<sup>124</sup> do artigo 12 também não tem justificativa. Conforme o preceito, incidirá imposto sobre os rendimentos obtidos no mercado de capitais. A entidade assistencial, sempre tão carente de recursos, quando na eventual disponibilidade dos mesmos, deve proteger-se dos efeitos maléficos da desvalorização da moeda, pois, mesmo após 1994, continua presente o fenômeno da inflação. Seria temerário afirmar que as instituições em geral deixariam de desenvolver suas atividades-fins para auferir rendimentos no mercado de capitais por si só. Há, na verdade, a simples e justificável busca, quando possível, de proteção a uma reserva de capital necessário para o enfrentamento das constantes dificuldades a serem vencidas pelas entidades.

Por sua vez, o parágrafo 2º<sup>125</sup> do mencionado artigo 12 apresentou extenso rol de requisitos a serem preenchidos para fins de reconhecimento da imunidade pelas entidades assistenciais, tais como: a) não-remuneração da diretoria pelos serviços prestados; b) aplicação integral de recursos na manutenção e no desenvolvimento dos objetivos sociais; c) escrituração das receitas e despesas; d) conservação dos documentos contábeis por cinco anos; e) apresentação anual da Declaração de Rendimentos; f) recolhimento de tributos retidos sobre os rendimentos por elas pagos ou creditados e a contribuição para a seguridade social relativa aos empregados, além do cumprimento das obrigações acessórias daí decorrentes; g) destinação de seu patrimônio a outra instituição que atenda às condições para gozo da imunidade no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público; h) e, ainda, outros requisitos a serem estabelecidos em lei específica, relacionados com o

<sup>123</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Imunidade tributária das instituições de educação e de assistência social e a Lei n. 9.532/97. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Imposto de renda**: alterações fundamentais. São Paulo: Dialética, 1998. v. 2. p. 68.

<sup>124</sup> “§ 1º - Não estão abrangidos pela imunidade os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável.”

<sup>125</sup> “§ 2º - Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos: a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados; b) aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais; c) manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão; d) conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial; e) apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal; f) recolher os tributos retidos sobre os rendimentos por elas pagos ou creditados e a contribuição para a seguridade social relativa aos empregados, bem assim cumprir as obrigações acessórias daí decorrentes; g) assegurar a destinação de seu patrimônio a outra instituição que atenda às condições para gozo da imunidade, no caso de incorporação, fusão, cisão ou do encerramento de suas atividades, ou a órgão público; h) outros requisitos, estabelecidos em lei específica, relacionados com o funcionamento das entidades a que se refere este artigo.”

funcionamento das entidades.

A inconstitucionalidade do elenco antes transcrito no que excede ao Código Tributário Nacional é evidente, por não ter sido estabelecido através de lei complementar. Acolher novos pressupostos, veiculados por lei ordinária, seria reduzir a letra morta o benefício constitucional, em flagrante desrespeito à adequada interpretação das normas constitucionais.

É claro que, se nem ao menos é admissível que a lei complementar apresente exigências que extrapolem o disposto na Carta, com mais razão não se toleraria que através de lei ordinária fossem ditadas outras condições para o gozo das imunidades. Ainda assim, aceita-se que a lei ordinária detalhe as condições indicadas no Código Tributário Nacional, que nada mais são do que a explicitação do contido na Constituição Federal.

Assim, fazendo a apreciação do rol lançado no questionado parágrafo 2º, nota-se que muitas das condições não vão além do disposto no artigo 14 do Código Tributário Nacional, consubstanciando-se, inclusive, no simples cumprimento das obrigações acessórias a que estão sujeitos todos os contribuintes, inclusive os beneficiados pela imunidade. Ricardo Lobo Torres atribui-lhes a designação de “epidérmicas e repetitivas”.<sup>126</sup> Aliás, reitera-se, o próprio CTN estabelece que a imunidade não exclui a responsabilidade tributária nem dispensa o cumprimento das obrigações acessórias.<sup>127</sup>

Finalmente, detecte-se outra inconstitucionalidade, lançada no artigo 28<sup>128</sup> da Lei n. 9.532/97, que trata da incidência de imposto sobre rendimentos auferidos nas aplicações em fundos de investimento por qualquer beneficiário, “inclusive pessoa jurídica imune”! Causa espécie tal redação, uma vez que denota a falta de razoabilidade do legislador ao estabelecer a tributação sobre pessoas expressamente referidas na própria lei como sendo imunes.

Ao apreciar pedido de concessão de liminar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.802-DF,<sup>129</sup> proposta pela Confederação Nacional de Saúde - Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS), o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia do parágrafo 1º do artigo 12, que retirava do abrigo da imunidade os rendimentos decorrentes de aplicações financeiras. Quanto ao rol de exigências, rejeitou aquela inserida na alínea “f” do parágrafo 2º do artigo 12.<sup>130</sup> Liminarmente, o Plenário da Corte também decidiu quanto à possibilidade de serem estabelecidos, através da lei ordinária, somente

<sup>126</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária; RT, 1998. (Pesquisas Tributárias, 4). p. 209.

<sup>127</sup> Conforme parágrafo 1º do artigo 9º do CTN.

<sup>128</sup> “Art 28 - A partir de 1º de janeiro de 1998, a incidência do imposto de renda sobre os rendimentos auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica imune ou isenta, nas aplicações em fundos de investimento, constituídos sola qualquer forma, ocorrerá: I - diariamente, sobre os rendimentos produzidos pelos títulos, aplicações financeiras e valores mobiliários de renda fixa integrantes das carteiras dos fundos; II - por ocasião do resgate das quotas, em relação à parcela dos valores mobiliários de renda variável integrante das carteiras dos fundos.”

<sup>129</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.802-DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 27 de agosto de 1998. DJ 13-02-04, p. 10. Ementário v. 2139-1, p. 64. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

<sup>130</sup> Além disso, foi suspensa a eficácia dos artigos 13, *caput* e 14, que prevêem a suspensão do gozo da imunidade tributária como penalidade por ato contrário ao disposto na legislação tributária, conforme **Informativo STF**, Brasília, n. 120, 24-28 ago. 1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

requisitos que dizem respeito à “constituição e ao funcionamento das entidades imunes” e que qualquer limitação propriamente dita ao poder de tributar exige lei complementar.

Anteriormente, já havia decisão da Corte quanto à explicitação através de lei ordinária apenas dos requisitos atinentes à organização e ao funcionamento da entidade de assistência social:

IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. IMUNIDADE.

O artigo 19, III, “c”, da Constituição Federal não trata de isenção, mas de imunidade. A configuração desta está na Lei Maior. Os requisitos da lei ordinária, que o mencionado dispositivo manda observar, não dizem respeito aos lindes da imunidade, mas àquelas normas reguladoras da constituição e funcionamento da entidade imune. Inaplicação do art. 17 do Decreto-lei n. 37/66.

Recurso Extraordinário conhecido e provido.<sup>131</sup>

Conforme Eduardo Botallo, admite-se sejam esclarecidos determinados preceitos através da lei ordinária, desde que somente venham a impor deveres na esfera tributária, visando facilitar o controle pela fiscalização, sem que restrinjam o gozo da imunidade. O autor designa-os como “normas operacionais”, acolhendo-os também quando visem reprimir a prática de infrações tributárias.<sup>132</sup> No mesmo sentido, Misabel Abreu Machado Derzi admite que a lei ordinária venha para estabelecer a forma como as entidades beneficiadas devem se constituir, estabelecendo regras para seu funcionamento e definindo o que seja instituição. Para a autora, as instituições assistenciais devem ser disciplinadas através de lei ordinária, devendo seus estatutos guardar consonância com as atividades essenciais contempladas com a imunidade.<sup>133</sup>

A fixação, através de lei ordinária, de requisitos de natureza material, “indissociáveis do tipo social da entidade”, também é admitida por Sérgio Sêrvulo da Cunha, para quem apenas seriam inconstitucionais nesse aspecto as exigências ditadas através de decreto ou de outros atos do Poder Executivo.<sup>134</sup>

Por outro lado, outras condições também foram estipuladas através da Lei n. 9.732, de 11 de dezembro de 1998, a serem adimplidas pelas entidades assistenciais sob pena de perderem a proteção do manto da imunidade.

A referida lei, ao prescrever nova redação para o inciso III do artigo 55 da Lei n. 8.212/91, para fins de gozo de isenção das contribuições sociais, passou a exigir que as instituições prestassem assistência gratuita e em caráter exclusivo a pessoas carentes.<sup>135</sup> E ao acrescentar o parágrafo 3º ao artigo 55, estabeleceu de forma explícita: “Entende-

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 93.770-RJ. Relator: Ministro Soares Munoz. 17 de março de 1981. DJ 03-04-81, p. 2857. Ementário v. 1206-3, p. 754. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

<sup>132</sup> BOTTALLO, Eduardo. Imunidade de instituições de educação e de assistência social e lei ordinária: um intrincado confronto. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Imposto de renda: alterações fundamentais**. São Paulo: Dialética, 1998. v. 2, p. 62.

<sup>133</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. A imunidade das instituições de educação ou de assistência social. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Imposto de renda: alterações fundamentais**. v. 2, p. 149.

<sup>134</sup> CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. Entidades beneficentes: imunidade face à seguridade social. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo, n. 12, jul./set. 1995. p. 78.

<sup>135</sup> Originariamente, o inciso III do artigo 55 da Lei n. 8.112/91 tinha a seguinte redação: “III - promova a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes.”

se por assistência social beneficente a prestação gratuita de benefícios e serviços a quem dela necessitar”. Ademais, inseriu no referido artigo o parágrafo 5º, prevendo que também seja considerada entidade de assistência social beneficente a instituição que destine efetivamente ao Sistema Único de Saúde, pelo menos, 60% de seus serviços de atendimento.

Quanto às entidades educacionais sem fins lucrativos e às que atendam ao Sistema Único de Saúde que não se enquadrarem nas exigências decorrentes da nova redação dada ao inciso III do artigo 55 da Lei n. 8.212/91, o artigo 4º da Lei n. 9.732/98 concedeu isenção de contribuições sociais “na proporção do valor das vagas cedidas, integral e gratuitamente, a carentes e do valor do atendimento à saúde de caráter assistencial”, observados os demais incisos do artigo 55.<sup>136</sup>

Novamente, a Confederação Nacional de Saúde - Hospitais, Estabelecimentos e Serviços propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, que recebeu o n. 2.028-DF. A liminar foi deferida pelo ministro Marco Aurélio e referendada pelo Tribunal. Assim, restou suspensa a eficácia do artigo 1º da Lei n. 9.732/98, mantendo-se a redação original do inciso III do artigo 55 da Lei n. 8.212/91, como também se suspendeu a eficácia dos parágrafos 3º, 4º e 5º, acrescentados ao referido artigo 55, e do artigo 4º da Lei n. 9.732/98. O Supremo Tribunal Federal entendeu que, além das entidades de assistência social, gozam do benefício constitucional previsto no parágrafo 7º do artigo 195 da Carta as entidades beneficentes de saúde e de educação posto que buscam assegurar os meios de vida aos carentes.<sup>137</sup>

Quanto à necessidade de lei complementar para estabelecer a gratuidade na prestação de serviços, Ricardo Lobo Torres já havia se manifestado nos seguintes termos: “A medida de grande alcance na temática seria a exigência da gratuidade da prestação entregue pela pessoa imune, que constava da Medida Provisória 1.602, de 14.11.1997, mas que não foi aprovada [...] justamente por carecer de lei complementar”.<sup>138</sup>

Entenda-se que a lei ordinária não pode ultrapassar o disposto na lei complementar quanto à fixação de condições para o gozo da imunidade, sob pena de restringir indevidamente o benefício estabelecido pelo constituinte.

## CONCLUSÃO

O sistema constitucional tributário brasileiro, além de atribuir competência aos

<sup>136</sup> É a seguinte a redação dos demais incisos do referido artigo: “Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente: I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal; II - seja portadora do Certificado ou do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Serviço Social, renovado a cada três anos; III - [...] IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título; V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais, apresentando anualmente ao Conselho Nacional da Seguridade Social relatório circunstanciado de suas atividades.”

<sup>137</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.028-DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 11 de novembro de 1999. DJ 16-06-00, p. 30. Ementário v. 1995-1, p. 113. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

<sup>138</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades tributárias**. p. 209.

entes públicos para a instituição de tributos, prevê que determinadas situações, pessoas e coisas estão fora do alcance do poder tributário, configurando uma negação da competência tributária, denominada imunidade tributária. A imunidade tributária, portanto, decorre da norma constitucional, independentemente do vocábulo utilizado pelo constituinte, e não se confunde com os princípios constitucionais que regem a ordem tributária, pois esses estabelecem parâmetros para a tributação ao passo que aquela trata do que não pode ser tributado.

Diversas são as espécies de imunidades tributárias, sendo mais conhecida a classificação que distingue entre imunidades objetivas e subjetivas. As entidades assistenciais sem fins lucrativos estão ao abrigo da imunidade tributária subjetiva, abrangendo tanto os impostos como também a contribuição para a seguridade social. Além da finalidade não lucrativa, para o gozo da imunidade as instituições de assistência devem preencher as condições estabelecidas exclusivamente em lei complementar.

Na ausência de lei complementar que fixe tais requisitos, a imunidade poderia ser gozada de forma plena, posto que se considera uma imunidade condicionável, não condicionada. De qualquer forma, o Código Tributário Nacional estabelece as condições a serem preenchidas pelas entidades que almejam a imunidade tributária.

Finalmente, com relação às exigências previstas em leis ordinárias, tais como nas Leis n. 9.532/97 e n. 9.732/98, naquilo que excederem ao disposto no Código Tributário Nacional não são constitucionalmente admissíveis.

## BIBLIOGRAFIA

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ATALIBA, Geraldo. Imunidade de Instituições de Educação e Assistência. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 55, p. 136-142, 1991.
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. rev. e atual. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- BARRETO, Aires F. Contribuições Sociais: imunidade das instituições beneficentes de assistência social. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 1999. v. 3. p. 7-29.
- BARRETO, Aires F.; BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades Tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**. São Paulo: Dialética, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva,

2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Lei Complementar: teoria e comentários**. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais e a Globalização. **Revista da PGE – Procuradoria-Geral do Estado RS**, Porto Alegre, v. 56, p. 63-74, dez. 2002.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Interpretação das Normas sobre Isenções e Imunidades. In: ATALIBA, Geraldo (Coord.). **Interpretação no Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva; Educ, 1975. p. 403-414.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. Imunidade de Instituições de Educação e de Assistência Social e Lei Ordinária: um intrincado confronto. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Imposto de Renda: alterações fundamentais**. São Paulo: Dialética, 1998. v. 2. p. 51-63.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 27 out. 1966.

BRASIL. Lei n. 8212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 25 jul. 1991, p. 14.801.

BRASIL. Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001. Altera dispositivos da Lei n. 5.172/66 – Código Tributário Nacional. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 11 jan. 2001, p. 1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 27.261-MG. Relator: Ministro

Garcia Vieira. 5 de outubro de 1992. DJ 07-12-92, p. 23296. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, v. 48, p. 324.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.802-DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 27 de agosto de 1998. DJ 13-02-04, p. 10. Ementário v. 2139-1, p. 64. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.028-DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 11 de novembro de 1999. DJ 16-06-00, p. 30. Ementário v. 1995-1, p. 113. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 93.463-RJ. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. 16 de abril de 1982. DJ 14-05-82, p. 4568. Ementário v. 1.254-2, p. 380. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.212.637-MG. Relator: Ministro Carlos Velloso. 25 de maio de 1999. DJ 17-09-99, p. 59. Ementário v. 1963-3, p. 519. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 224.285-CE. Relator: Ministro Maurício Correa. 17 de março de 1999. DJ 28-05-99, p. 26. Ementário v. 1952-9, p. 1795. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 225.082-MG. Relator: Ministro Ilmar Galvão. 24 de abril de 1998. DJ 28-08-98. Ementário v. 1920-7. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 225.602-CE. Relator: Ministro Carlos Velloso. 25 de novembro de 1998. DJ 06-04-01, p. 101. Ementário v. 2026-6, p. 1306. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 jan. 2005.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Frederico Seabra de. Imunidade Tributária – entidades de assistência social e de educação. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 75, p. 42-59, dez. 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHIESA, Clélio. **A Competência Tributária do Estado Brasileiro: desonerações**

nacionais e imunidades condicionadas. São Paulo: Max Limonad, 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**: sistema tributário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. A Lei Complementar como Agente Normativo Ordenador do Sistema Tributário e da Repartição das Competências Tributárias. In: GRANDES Temas Tributários da Atualidade. São Paulo: IOB Informações Objetivas, 1999. p. 135-149.

COSTA, Alcides Jorge. ICMS - Imunidade – direito ao crédito – insumos. **Revista de Estudos Tributários**, Porto Alegre, n. 13, p. 20-26, maio/jun. 2000.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2001.

CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v. VII – arts. 145 a 169.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Entidades Beneficentes: imunidade face à seguridade social. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, n. 12, p. 77-79, jul./set. 1995.

DENARI, Zelmo. **Curso de Direito Tributário**: de acordo com a Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A Imunidade Recíproca, o Princípio Federal e a Emenda Constitucional n. 3, de 1993. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 62. p. 76-98, out./dez. 1992.

\_\_\_\_\_. A Imunidade das Instituições de Educação ou de Assistência Social. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Imposto de Renda**: alterações fundamentais. São Paulo: Dialética, 1998. v. 2. p. 143-178.

DERZI, Misabel Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Direito Tributário Aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. Imunidades Tributárias e Impostos de Incidência Plurifásica, Não Cumulativa. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 5, p. 67-82, jul./set. 1978.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Imunidade Tributária**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1996.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Julex, 1989. v. 2.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: RT, 2002.

GRECO, Marco Aurélio. Imunidade Tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária; RT, 1998. p. 710-721. (Pesquisas Tributárias, 4).

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Eficácia e Aplicabilidade das Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. São Paulo: Resenha Tributária, 1997.

LEAL, Vítor Nunes. Leis Complementares na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. VII, p. 379-394, jan./mar. 1947.

MACHADO, Hugo de Brito. Imunidade Tributária das Instituições de Educação e de Assistência Social e a Lei n. 9.532/97. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Imposto de Renda**: alterações fundamentais. São Paulo: Dialética, 1998. v. 2. p. 65-72.

MARINS, James. Fundações Privadas e Imunidade Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 28, p. 20-30, jan. 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1990. v. 6. t. I.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Atlas, 2002.

MELO, José Eduardo Soares de. **O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1991.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. Imunidades e Isenções como Instrumento de Extrafiscalidade. In: ATALIBA, Geraldo (Coord.). **Elementos de Direito Tributário**. São Paulo: RT, 1978. p. 317-333.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PESTANA, Márcio. **O Princípio da Imunidade Tributária**. São Paulo: RT, 2001.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIZOLIO Jr. Reinaldo. Considerações Acerca da Lei Complementar em Matéria Tributária. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 14, p. 173-206, jan./mar. 1996.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Reexame Necessário n. 70001607282. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. **Revista Ajuris**, n. 81, t. II, p. 623-624, mar. 2001.

RODRIGUES, Denise Lucena. **A Imunidade como Limitação à Competência Impositiva**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSA JR. Luiz Emygdio F. da. **Novo Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário: à luz da nova Constituição**. 8. ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A Imunidade dos Proventos dos Idosos. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 37, p. 69-75, out. 1998.

\_\_\_\_\_. Imunidade Tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária; RT, 1998. p. 335-362. (Pesquisas Tributárias, 4).

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. A Imunidade Tributária e a Não Sujeição Constitucional ao Dever Tributário. In: **Justiça tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário**. São Paulo: Ibet, 1998. p. 51-58.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1990.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUSA, Ercias Rodrigues de. **Imunidades Tributárias na Constituição Federal: uma análise a partir dos conceitos estruturais da ciência do Direito**. Curitiba: Juruá, 2003.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 6. ed. ampl. e rev. São Paulo: RT, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**.

Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. III: Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia.

TORRES, Ricardo Lobo. Imunidades Tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária; RT, 1998. p. 183-222. (Pesquisas Tributárias, 4).

# SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO ESTADO SOCIAL

Sandro Subtil Silva\*

*A terceira premissa diz que o exercício de direitos políticos fundamentais e de direitos humanos com suficiente igualdade de oportunidades pressupõem o cumprimento de alguns direitos fundamentais e direitos humanos não políticos. Entre estes se encontram, por exemplo, o direito à vida, a um mínimo existencial e a um grau mínimo de educação.” (Robert Alexy, em conferência proferida na Universidade Externado de Colômbia, Bogotá, 1994)*

## INTRODUÇÃO

Robert Alexy, em conferência proferida na Universidade Externado de Colômbia, em 1994, e posteriormente publicada em tradução em língua espanhola, referiu a teoria de Jürgen Habermas acerca da necessidade de concretização de certos direitos fundamentais, entre os quais os direitos sociais, como condição para o exercício dos demais direitos fundamentais, especialmente os direitos políticos.

O raciocínio de Habermas parte dos conceitos de autonomia privada e autonomia pública, concluindo que só pode haver exercício de direitos políticos após estar assegurada a realização de direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, como saúde e educação e o direito a um mínimo existencial.

Tais direitos, relacionados a prestações positivas a serem prestadas pelo Estado, receberam no artigo 6º da nossa Constituição da República de 1988 o qualificativo de direitos sociais, embora ainda haja dúvidas acerca de sua natureza de direitos fundamentais, e especialmente no tocante às formas de sua efetivação.

O objetivo deste trabalho é tratar sobre a natureza dos direitos sociais referidos no artigo 6º da Constituição de 1988, vistos desde o princípio como direitos fundamentais, a partir de seu surgimento e evolução, sob um ponto de vista histórico.

Para tanto, se faz necessário um exame sobre as condições em que tais direitos surgiram no constitucionalismo moderno, especialmente por meio das Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, ambas identificadas com a gênese do Estado Social.

A preocupação maior a respeito da efetivação dos direitos fundamentais relacionados em nossa Constituição da República de 1988 sob a titularidade de direitos sociais, quais seus destinatários e quais as formas de concretização determina a busca pelos antecedentes históricos e conceituais a respeito de tema que revela um paradoxo poucas vezes visto na doutrina nacional: a despeito de ter tamanha importância na história constitucional mundial e nacional, não recebeu, salvo esparsas e honrosas exceções, tratamento adequado a sua complexidade teórica e prática.

---

\* Procurador do Estado do RS. Mestre em Direito.

## 1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO ESTADO SOCIAL

Há um certo consenso doutrinário em identificar o surgimento do Estado Social com as primeiras décadas do século XX, especialmente com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos Mexicanos, de 31 de janeiro de 1917, e da Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919. Nestes dois textos, pela primeira vez na história do constitucionalismo ocidental, um capítulo foi destinado exclusivamente aos preceitos da Ordem Econômica e Social.

Todavia, para que seja compreendida a gênese histórica do Estado Social, é necessário que se faça um retrospecto histórico do Estado Liberal<sup>1</sup>, modelo existente no período imediatamente anterior nos países ocidentais, onde cristalizaram-se as liberdades clássicas e foram garantidos, paulatinamente, os direitos e garantias individuais.

Sem problematizar neste momento acerca do reconhecimento de direitos e garantias individuais – se constituíram-se em conquista dos homens frente ao Estado ou concessão das classes dominantes aos menos favorecidos, podemos dizer que a noção moderna de direitos e garantias individuais passou inegavelmente pelo reconhecimento por parte do Estado destes direitos e garantias fundamentais, cuja evolução histórica compreende obrigatoriamente declarações emitidas pela Inglaterra ainda sob o regime absolutista, entre as quais podem ser citadas, por sua importância, antecedentes como a **Magna Carta**, de 1215, a **Petição de Direitos**, de 1628, **Bill of Rights**, de 1688, e **Habeas Corpus Act**, de 1679. Todas estas declarações serviram para consolidar uma gradual submissão da monarquia à soberania popular, determinando a passagem do absolutismo para a monarquia constitucional e consolidando as bases para o surgimento do Estado Liberal.

Por sua importância histórica na criação das liberdades clássicas também devem ser referidas as declarações americanas, como a **Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia**, de 1776, a **Constituição dos Estados Unidos da América**, de 1787 e sua **Carta de Direitos**, de 1791. A criação histórica deste Estado, fruto da união de treze colônias inglesas povoadas em sua maioria por camponeses perseguidos em sua terra natal por suas convicções religiosas e políticas, explica a preocupação em ter assegurados desde logo seus direitos de liberdade e criação de uma esfera inviolável de direitos individuais.

Todavia, o Estado Liberal é fruto incontestemente da **Revolução Francesa**, quando se instituiu uma mudança radical na própria concepção de Estado, o que arrasou com as monarquias absolutistas européias de outrora, com a promessa de realização do princípio democrático, reconhecendo direitos individuais e tendo por objetivos o ideário dos revolucionários de 1789 – *liberté, égalité, fraternité*. A **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão** caracterizava-se por seu caráter universalizante, mas de cunho individualista, afirmando a importância do reconhecimento de direitos individuais e de

---

<sup>1</sup> Neste aspecto, singular é a análise pioneira de Paulo Bonavides acerca do surgimento do Estado Social, na obra escrita há cerca de cinquenta anos, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, onde o autor analisa as bases ideológicas do Estado Social e o identifica como evolução natural do Estado Liberal. Na esteira de sua obra, convém referir a original contribuição de Paulo Lopo Saraiva, em *Garantia Constitucional os Direitos Sociais no Brasil*, publicada em 1983.

limites do Estado para a construção de um mundo novo.

A noção de que o Estado tem uma tarefa a cumprir, qual seja a de proporcionar a todos os homens a concretização do direito de igualdade já despontava na **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão** enquanto idéia embrionária, como afirma esta passagem da autora portuguesa Ana Prata:

*A primeira vez que esta ideia emerge pode situar-se no projecto de Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793 de Robespierre, assente na preocupação de reelaborar o conceito de igualdade tornando-o indissociável do de fraternidade, numa perspectiva social e não meramente individualista. Isto é, o Estado aparece como agente directo do “interesse colectivo” – com a obrigação de fornecer directamente aos cidadãos meios de satisfação de necessidades – e como orientador das actuações privadas no sentido da solidariedade, da fraternidade e da salvaguarda dos direitos fundamentais.<sup>2</sup>*

No ideal de igualdade material entre os homens, já se encontrava o embrião dos direitos consagrados posteriormente com o advento do Estado Social, muito embora deva ser ressaltado que antes da igualdade substancial ou material necessitava ser garantida a igualdade sob o ponto de vista formal, consistente na eliminação de privilégios de classes sociais e na concretização da participação política de todos nas grandes decisões estatais.

Especificamente sobre a Declaração Francesa, de 21 de junho 1793, e seu conteúdo relativo a garantias sociais, Gabriela Sánchez Luna refere a observação do constitucionalista mexicano Jorge Carpizo, ao afirmar que:

*En el artículo 23 se establece que ‘La garantía social consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y conservación de su derecho. Esta garantía se apoya en la soberanía nacional’. Considera el doctor Carpizo que este artículo es un precedente de las declaraciones sociales, ya que se refiere a que cada hombre goce de todos sus derechos, y lo impone como una obligación social, y como em esta declaración se estableció que el fin de la sociedad es la felicidad común, por tanto, se entiende que ningún hombre es feliz ni libre si es explotado y no se reconoce su dignidad.<sup>3</sup>*

Com a Revolução Francesa surgiu a idéia de igualdade e fraternidade e, conforme Ana Prata, “estava assim esboçado o primeiro núcleo daquilo que são actualmente os direitos sociais”<sup>4</sup>, embora a autora portuguesa reproduza a lição de Léon Duguit ao esclarecer que, quando a Declaração estabelece que a sociedade é obrigada a fornecer a subsistência a todos os seus membros, e que o socorro aos necessitados é dever de quem possui o supérfluo, não estabeleceu a responsabilidade direta do Estado em dar assistência aos indigentes e garantir trabalho aos operários sem emprego, mas apenas enunciou o direito de todos a uma sociedade com redução das desigualdades existentes.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Prata, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, p. 110-111.

<sup>3</sup> Luna, Gabriela Sánchez. *La pobreza y los derechos sociales*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 89, p. 816.

<sup>4</sup> Prata, Ana, op. cit., p. 111.

<sup>5</sup> Prata, Ana, op. cit., p. 111.

Apesar disso, a ascensão da burguesia ao poder na França traiu os ideais revolucionários de 1789, na medida em que diversos postulados da Revolução Francesa foram lentamente sendo postos de lado e até mesmo esquecidos. Exorcizados os fantasmas do *ancién regime*, seguiu-se um certo retrocesso, com o triunfo de determinados direitos, como a liberdade e o direito de propriedade, ao gosto da nova classe dominante. Mas a idéia de um mundo em que a igualdade e a fraternidade fossem princípios da atividade do Estado permaneceria latente e em pouco tempo mostraria a necessidade de sua efetivação.

Concomitantemente, na Inglaterra era fortalecida a chamada Revolução Industrial, que teve como ícone a invenção da máquina a vapor. Por volta de meados do século XVIII, a economia conhecia um novo e fascinante meio de produção de bens e riquezas e o mundo assistiu o surgimento da classe operária, mão-de-obra geralmente mal paga e quase sempre explorada, com intermináveis jornadas de trabalho e um mínimo de proteção à saúde e à segurança, o que atingia sobretudo mulheres e crianças. Não foi necessário muito tempo para que a massa de trabalhadores se organizasse em sindicatos e associações de classe, encontrando eco em seus anseios reais na doutrina marxista sobre a exploração do homem pelo homem, fruto direto da propriedade privada e da acumulação gerada pelo capitalismo.

Documento emblemático deste período histórico - onde se sobressaem as idéias de Karl Marx em sua obra inacabada **O Capital** -, o **Manifesto Comunista**, redigido na Inglaterra e apresentado na Alemanha em 1848, influenciou maciçamente o movimento operário europeu. Como prova da importância da questão fundamental trazida pelos problemas do conflito entre capital e trabalho, até mesmo o conservadorismo católico decidiu pronunciar-se e tentar aplacar a luta de classes com a publicação da encíclica **Rerum Novarum**, de 1891.

O início do século XX trouxe a **Revolução Russa**, de 1917, com a não menos emblemática **Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado**, de 1918, em oposição aos direitos civis burgueses do restante da Europa. Uma nova realidade mundial se apresentava: a formação da URSS e a polarização mundial entre capitalismo e socialismo, sendo o modelo econômico adotado o seu discrimen fundamental, economia de mercado e propriedade privada de um lado e economia planificada e concentração dos bens de produção nas mãos do Estado, de outro.

Para os soviéticos, inspirados nas idéias comunistas e socialistas, não bastava a realização de uma igualdade formal entre os homens, era necessário que a igualdade fosse também substancial ou material. Ao lado da Revolução Russa de 1917, o efeito devastador da **Primeira Guerra Mundial** sobre os Estados europeus disseminou a necessidade de uma nova ordem estatal, em que a igualdade entre os homens prevalecesse. Era o advento do Estado Social, inspirado nas idéias surgidas nos movimentos de trabalhadores e na assunção pelo Estado de tarefas antes relegadas exclusivamente à Igreja e à sociedade civil: a assistência aos necessitados.

Há autores, como Paulo Bonavides, que negam a existência de ruptura na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, quando afirma que *“debaixo das pressões sociais e ideológicas do marxismo, o Estado Liberal não sucumbiu nem*

*desapareceu: transformou-se. Deu lugar ao Estado Social.*"<sup>6</sup>

Fruto ou não de uma ruptura com o modelo anterior, a experiência histórica demonstrou que o Estado Liberal não mais poderia satisfazer os anseios de grupos sociais cada vez mais numerosos e insatisfeitos com a doutrina vigente, sendo necessária uma maior intervenção do Estado nas relações econômicas e sociais, de forma a assegurar certa dose de justiça, decorrente de uma melhor distribuição de riquezas, sem a transformação radical do socialismo. Assim, como na máxima de Lampedusa, "*as coisas devem mudar para continuarem iguais*", o Estado Liberal assumiu alguns aspectos reivindicados pela doutrina de cunho socialista sem abrir mão do essencial, o regime capitalista.

Segundo a fala de Paulo Bonavides, o "Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. (...) Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia".<sup>7</sup>

Apesar da manutenção do sistema capitalista, a inclusão nos textos constitucionais de uma ordem econômica e social, com ênfase aos direitos dos trabalhadores, revolucionou a própria concepção de estado até então vigente, que passou a assumir o papel de agente regulador da ordem econômica e social, para a realização de direitos historicamente vinculados aos anseios dos trabalhadores.

Ao final da segunda década do século XX, dois textos constitucionais, no México, em 1917, e na Alemanha, em 1919, inauguraram uma nova era e criaram o Estado Social, por meio da inclusão de uma parte de seus textos dedicada à Ordem Econômica e Social e o reconhecimento de direitos dos trabalhadores.

A respeito do surgimento do Estado Social, cabe ainda referir o posicionamento dissonante de José Joaquim Calmon de Passos, que identifica sua gênese na Constituição da República Federal Alemã, de 1949, embora admita existirem direitos sociais anteriores a ela, como se depreende do seguinte trecho:

*O Estado de Direito Social, portanto, é uma realidade mais recente que a reflexão sobre os chamados direitos sociais. Ainda quando se possa afirmar tenha sido pensado no século XIX e muitos asseverem remontarem suas raízes à Constituição girondina, tenha sido reivindicado pela Revolução de Paris de 1848 e esboçado na Constituição de Weimar, já neste século XX, a verdade é que, em termos de realidade institucionalizada e significativa, é um produto da Segunda Guerra Mundial, tendo merecido sua definição constitucional primeira e mais precisa na Constituição da República Federal Alemã, sob a forma de Estado de Direito Social, em que se busca integrar os valores do Estado de Direito de inspiração liberal com o Estado comprometido com a justiça social, propugnado pelos socialistas.*<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Bonavides, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 37.

<sup>7</sup> Bonavides, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 184.

<sup>8</sup> Passos, José Joaquim Calmon de. *A Constitucionalização dos Direitos Sociais*, artigo constante do site [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br), em 14/03/2002.

Ainda que não se chegue ao reducionismo do autor citado acima, de entender como Estado Social somente aquele criado pela Lei Fundamental de 1949 da República Federal da Alemanha, onde a República expressamente se define como Estado Social, correto é afirmar que após a Segunda Guerra Mundial tornou-se impossível aos Estados Ocidentais deixarem de reconhecer e proteger direitos sociais.

Para tanto, deve ser referido o papel primordial do reconhecimento pela Organização das Nações Unidas de direitos sociais, na **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 1948, fato que influenciou diretamente aqueles países que porventura ainda não os tinham referido em suas constituições.<sup>9</sup> Posteriormente, diversos pactos foram firmados em âmbito internacional visando a proteção de direitos sociais, merecendo destaque o **Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, firmado em 1966.<sup>10</sup>

Quase todos os países europeus reconheceram a existência de direitos sociais somente após a Segunda Guerra Mundial, devendo ser citadas as Constituições da Itália, de 1947, posteriormente modificada, a Constituição da França, de 1958, a Constituição da Espanha, de 1978, e a Constituição de Portugal, de 1976.<sup>11</sup> Contudo, ressaltam-se por sua importância os textos constitucionais pioneiros, pela importância histórica de terem inaugurado uma nova fase no constitucionalismo ocidental, especialmente a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919.

## 2 CONSTITUIÇÃO DO MÉXICO E CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR

A Constituição dos Estados Unidos Mexicanos, de 31 de janeiro de 1917, iniciou uma nova fase no constitucionalismo moderno, ao avançar na própria noção que se tinha até então de texto constitucional. Ao lado da organização do Estado e das instituições políticas, tarefa clássica das constituições anteriores, introduziu dispositivos referentes a direitos econômicos e sociais, estabelecendo um maior controle do Estado sobre a atividade econômica e assegurando inúmeros direitos aos trabalhadores.

Contudo, convém seja ressaltado que a idéia de inclusão de direitos sociais no texto constitucional não surgiu apenas nas primeiras décadas do século XX, mas já estavam na pauta de diversos pensadores e políticos desde o século anterior. Também cabe ressaltar que a proliferação destas idéias não se circunscrevia ao contexto europeu, pois mesmo em países da América Latina, entre os quais estão o México e o Brasil, se colocavam tais questões.

Sobre este tópico, é esclarecedora a afirmação de Trueba Urbina, autor mexicano, quando trata a respeito dos movimentos precursores do constitucionalismo social naquele país:

<sup>9</sup> A respeito da influência das declarações universais sobre o constitucionalismo brasileiro, ver o artigo de Goulart, Karine Borges, *Direitos Fundamentais de segunda geração – direitos sociais, econômicos e culturais*, Revista da Procuradoria Geral do INSS, vol. 8, p. 124-141.

<sup>10</sup> A respeito da influência dos pactos internacionais sobre as constituições européias e americanas, ver o artigo de Trindade, Antônio Augusto Cançado, *A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais: evolução e tendências atuais*, Revista Brasileira de Estudos Políticos, p. 7-55.

<sup>11</sup> Conforme análise de Grau, Eros Roberto e Silva, Álvaro da. *Ordem Econômica e Social: direito comparado*, in Processo constituinte; a ordem econômica e social.

*La revolución de Ayutla originó la expedición de la Constitución política de 1857. Por ser producto de un importante movimiento revolucionario, bien pudo ser la primera Constitución político-social de México y del mundo; mas la recia influencia del liberalismo político rechazó la penetración de elementos sociales en su contextura. Sin embargo, algunos constituyentes tuvieron clara visión de los problemas sociales, pero no pudieron abrirse paso en la maleza individualista y menos que sus ideas se canalizaran jurídicamente en la Ley fundamental, pero fueron los precursores en nuestro país y en el mundo del constitucionalismo social”<sup>12</sup>*

Todavia, somente com o nascer de um novo século e com o agravamento de problemas e mazelas sociais, além do indiscutível avanço das idéias socialistas, se impôs o reconhecimento pelos países da necessidade de um constitucionalismo de cunho social, contemplando os direitos dos trabalhadores. A esse respeito prossegue o autor mexicano:

*Las epopeyas trágicas e gloriosas del pueblo mexicano se estereotipan en nuestras Leyes fundamentales, al proclamar, desde 1810 hasta 1857, la emancipación política, la libertad del yugo de la Iglesia, el robustecimiento de la nacionalidad y de los derechos individuales; y a partir de la Constitución de 1917, la liberación de las masas: establecimiento de derechos sociales para los débiles, particularmente en favor de obreros e campesinos, destruyendo la monarquía del capital e de los latifundistas, em confirmación plena de los principios democrático-sociales. Em consecuencia, es necesario reiterar que el ciclo de las Constituciones puramente políticas termina con la Constitución de 1857, y la nueva etapa de las Constituciones político-sociales se inicia con nuestra Carta de 1917, en dinámica proyección universal.<sup>13</sup>*

O exame do texto da Constituição Mexicana de 1917 surpreende pela farta enumeração de direitos sociais e especialmente pela vinculação direta dos empregadores na satisfação destes direitos. É justamente por esta razão que o artigo 123, onde se encontram estes direitos, transformou-se inclusive em nome de uma rua na cidade do México<sup>14</sup>, dada a sua importância para o povo daquele país.

Especialmente a respeito dos direitos sociais inclusos na Constituição Mexicana, são as palavras de Eros Roberto Grau e Álvaro da Silva:

*No que tange aos direitos sociais, um título próprio, denominado “Do Trabalho e da Previdência Social”, institucionalizou os direitos próprios dos trabalhadores e os deveres dos empresários e do Estado para com estes. São exemplos dignos de realce: a duração máxima da jornada de trabalho, o estabelecimento do salário mínimo, o adicional de horas extras, o direito de greve, os direitos próprios das mulheres, a indenização quando da dispensa sem justa causa, o seguro social e a responsabilidade do empresário pelos acidentes no trabalho.<sup>15</sup>*

Merecem relevo alguns dispositivos que estabelecem direitos à saúde e educação

<sup>12</sup> Urbina, Alberto Trueba, La primera constitución político-social del mundo, p. 41-42.

<sup>13</sup> Urbina, Alberto Trueba, op. cit., p. 58-59.

<sup>14</sup> Conforme Saraiva, Paulo Lopo, Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil, p. 44.

<sup>15</sup> Grau, Eros Roberto e Silva, Álvaro da. op. cit., p. 07.

dos trabalhadores e de seus familiares, todos constantes do art. 123 da Constituição dos Estados Unidos Mexicanos, muito embora dependentes de posterior regulamentação pelo Congresso da União, como se depreende da transcrição abaixo:

Art. 123 – O Congresso da União, sem infringir as bases seguintes, deverá emitir leis sobre o trabalho, nestes termos: (...)

“XII – em todo ajuste agrícola, industrial, mineiro ou qualquer outra classe de trabalho, os patrões serão obrigados a proporcionar aos trabalhadores casas cômodas e higiênicas, pelas quais poderão cobrar rendas que não excedam a 0,5% mensal do valor cadastral das propriedades imóveis. Deverão igualmente instituir escolas, enfermarias e outros serviços necessários à comunidade. Se os locais de trabalho estiverem situados dentro das povoações e ocuparem um número de trabalhadores superior a 100, terão a primeira destas obrigações. (...)”

“XXIX – considera-se de utilidade pública a expedição da lei do seguro social, que compreenderá seguros de invalidez, de vida, de cessação involuntária do trabalho, de doença e acidentes e outros seguros com fins análogos”.<sup>16</sup>

O modelo adotado pela Constituição Mexicana se mostra singular no momento em que cria o dever estatal de regulamentar os direitos sociais, através de legislação sobre o trabalho, nos termos traçados pelo artigo 123, estabelecendo a responsabilidade dos empregadores, tanto do setor público quanto do setor privado, em prover direitos como educação, saúde e habitação de seus empregados, além de todos os direitos trabalhistas que seriam adotados pelos demais países durante o século XX, estabelecendo jornada máxima de trabalho, proteção ao trabalho da mulher e de menores e regras sobre previdência e assistência social, entre inúmeros outros direitos sociais.

Mais adiante poderá ser verificado que a Constituição Brasileira de 1934 adota um modelo semelhante ao mexicano, no momento em que o Estado e a sociedade dividem a tarefa de concretização dos direitos sociais, uma noção que infelizmente foi sendo substituída pelo dever exclusivo do Estado na satisfação destes direitos, por meio da criação de inúmeras contribuições sociais a serem suportadas pelas empresas, como as previdenciárias do INSS, a CONFINS, a CSLL, o PIS, o Salário-Educação, entre outras.

Trueba Urbina assevera que a Constituição Mexicana de 1917 influenciou todo o constitucionalismo ocidental posterior a ela, a começar pela Constituição de Weimar, como se observa do seguinte trecho:

El espejismo de los constituyentes de Querétaro, al consignar derechos económicos y sociales, pero sin crear un órgano también social encargado de su realización práctica, y al poner el destino de los mismos en manos del Estado político que es esencialmente burgués, pasó al mundo jurídico del Occidente, como una prueba más de que nuestra Constitución fue fuente de inspiración y guía de otras Constituciones; pues si bien es cierto que las Constituciones que le siguieron a la nuestra, a partir de la de Weimar de 1919 hasta nuestros días, establecen derechos sociales y económicos al lado

<sup>16</sup> Grau, Eros Roberto e Silva, Álvaro da. op. cit., p. 13-15

de los derechos individuales o políticos, más cierto es que el destino de estos derechos se encomienda al poder político en las democracias...<sup>17</sup>

A respeito da Constituição Alemã de 1919, da República de Weimar, diz Eros Roberto Grau:

*“A Constituição Alemã, de 11 de agosto de 1919, deve ser entendida a partir do contexto histórico peculiar que a determinou: a reorganização econômica da nação pós-guerra, bem como a predominância dos socialistas na Assembléia Constituinte. De valor histórico incontestável, serviu como referencial às modernas constituições vigentes, visto que transcendeu as normas reguladoras do poder político e inseriu no seu texto constitucional dispositivos concernentes à Ordem Econômica e Social”. E prossegue, acerca dos direitos sociais: “Os direitos sociais destacam-se uma vez que atribuem aos cidadãos o poder de participar ativamente da formulação de leis e na direção da organização da produção”.*<sup>18</sup>

A respeito de seu conteúdo, Raul Machado Horta refere que a

*“Constituição de Weimar cuidou da família e sua proteção, do casamento e da educação. Regulou a ordem econômica; previu o direito do trabalho uniforme na Federação; estabeleceu o regime de previdência para a saúde, a maternidade, a invalidez e as ‘vicissitudes da vida’”. E prossegue, acerca de sua importância para as constituições futuras: “Não obstante a anterioridade da Constituição do México, a Constituição de Weimar é que se tornou o modelo do constitucionalismo social, projetando as regras que ela concebeu nas Constituições que a sucederam, como a da República espanhola de 1931 e a Constituição Federal do Brasil de 1934”.*<sup>19</sup>

A Constituição de Weimar, além das inovações trazidas no campo dos direitos sociais e de influenciar as constituições posteriores, trazia uma inovação política ao criar o que mais tarde seria denominado de Social-democracia, conforme observação de Paulo Lopo Saraiva.<sup>20</sup> No entanto, foi de curta duração a Constituição de Weimar de 1919, atingida pela ascensão do nazismo, só voltando a ser retomada a idéia de Estado Social com a Constituição da República Federal da Alemanha, em 1949, onde encontra-se a expressão *Sozialer Staat* qualificando a República.<sup>21</sup>

A Constituição da República Federal da Alemanha, ou *GrundGesetz*, Lei Fundamental de Bonn, de 1949, foi cuidadosa ao estabelecer direitos sociais, figurando expressamente apenas o direito da mãe à proteção e assistência pela sociedade.<sup>22</sup> Todavia, as Constituições dos Estados federados (*Landesverfassungen*) estabeleceram além dos

<sup>17</sup> Urbina, Alberto Trueba, op. cit., p. 377.

<sup>18</sup> Grau, Eros Roberto e Silva, Álvaro da. op. cit., p. 08-09.

<sup>19</sup> Horta, Raul Machado. *Constituição e Direitos Sociais*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, vol. 86, p. 17.

<sup>20</sup> Saraiva, Paulo Lopo, op. cit., p. 47.

<sup>21</sup> Sobre o desenvolvimento do Princípio do Estado Social, ver Heck, Luís Afonso, O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais; contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã, p. 237-244.

<sup>22</sup> Art. 6 Abs. 4 GG, conforme Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, p. 396.

direitos fundamentais clássicos, direito ao trabalho, à habitação, à subsistência em caso de penúria, à educação, entre outros.<sup>23</sup>

Inobstante a ausência no texto da Lei Fundamental, não houveram empecilhos à criação de uma doutrina de direitos fundamentais de caráter positivo ou prestacional, que tem como fundamentos a obrigação estatal de proteger a dignidade da pessoa humana e a cláusula constitucional do Estado Social. Além disso, a máxima da igualdade e o princípio da igualdade fática também podem fundamentar direitos fundamentais prestacionais<sup>24</sup>, conforme reiteradas decisões do Tribunal Constitucional, referidas especialmente nas obras citadas de Luis Afonso Heck e de Robert Alexy.

### 3 CONCEITOS DE ESTADO SOCIAL E DIREITOS SOCIAIS

Não constitui tarefa fácil a conceituação de Estado Social e de direitos sociais, especialmente em razão da amplitude semântica do vocábulo *social*. Primeiramente, a distinção fundamental a ser feita diz respeito à dicotomia *direito individual/direito social*, como representativa de uma dicotomia maior existente entre as noções de *indivíduo/sociedade*, representando o vocábulo *social* aquilo que se exclui da esfera *individual*.

Todavia, surge de imediato uma questão importante e que nega a própria dicotomia quando adotamos um ponto de vista eminentemente jurídico: o direito enquanto ciência e enquanto prática regula as questões individuais para realizar a harmonia da própria sociedade. Em outras palavras, o objetivo maior do direito é justamente disciplinar a vida em sociedade. Sendo assim, o direito é sempre *social*, o que torna uma impossibilidade conceitual a existência de um direito *não-social*.

Do clássico conceito de Gierke, no qual “*Sozialrecht its das Recht, insoweit es die Beziehungen der menschlichen Willensträger als Gesellschaftswesen ordnet. Das Sozialrecht behandelt die einzelnen Menschen als Glieder von höheren Ganzen, die menschlichen Verbände als gesellschaftliche Ganze (Gemeinwesen) oder wiederum als Glieder von höheren Verbandsganzen*”<sup>25</sup>, passou-se a identificar um certo antagonismo entre as noções de direitos individuais e direitos sociais quando do surgimento destes últimos<sup>26</sup>, especialmente pelos ferrenhos defensores de um liberalismo econômico, receosos de um maior controle estatal sobre a economia.

Esta noção resta superada nos dias atuais, quando a noção prevalente é a de que a garantia de direitos sociais é justamente um pressuposto para o exercício de outros direitos individuais, especialmente àqueles referentes à participação política<sup>27</sup>.

Outra distinção possível é a adotada por José Reinaldo de Lima Lopes, ao comparar direitos subjetivos e direitos sociais no que se refere às formas de efetivação e de realização por via judiciária.<sup>28</sup> Uma das mais tormentosas indagações a respeito dos

<sup>23</sup> Alexy, op. cit., p. 396.

<sup>24</sup> Alexy, op. cit., p. 397.

<sup>25</sup> *apud* Pugliatti, Salvatore. *Diritto pubblico e privato*. Enciclopedia del Diritto, vol. XII, p. 700.

<sup>26</sup> Conforme Bonavides, Paulo e Saraiva, Paulo Lopo, em obras já citadas.

<sup>27</sup> Conforme observação de Alexy, Robert a respeito das idéias de Habermas, Jürgen, em conferência proferida na Universidade de Externado, Colombia, publicada na obra *Teoría del discurso y derechos humanos*.

<sup>28</sup> Lopes, José Reinaldo de Lima. *Direitos subjetivos e direitos sociais*, in *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, fls. 113-43.

direitos sociais é justamente a respeito da possibilidade de criarem ou não direitos subjetivos, e em caso positivo, quais os seus titulares e quais os destinatários do dever jurídico a eles correspondentes.

Com respeito ao conceito de Estado Social, segundo a lição de Ana Prata,

*“Estado Social é aquele que assume como uma das suas componentes caracterizadoras a consagração de direitos sociais. Os direitos sociais surgem assim como elemento identificador de um certo tipo de Estado; mas, simultânea e inversamente, eles são uma consequência desse dado tipo de Estado, cuja concepção social implica consequências diversas e mais extensas que a mera consagração constitucional de um leque mais ou menos amplo de direitos subjectivos públicos, qualificáveis como direitos sociais”.*<sup>29</sup>

Segue a autora portuguesa ao identificar no conceito de Estado Social três ordens de idéias: em primeiro lugar, a garantia a todos os cidadãos de um mínimo de bens materiais e culturais, acessíveis por meio do trabalho ou pela prestação direta pelo ente estatal, visando sanar as situações de miséria social, colocando a disposição de todos os serviços de saúde e assistência social, direito à educação e cultura, defesa da família e da infância, entre outros que assegurem uma existência material digna.

Para assegurar tais direitos, em segundo lugar, é necessário estabelecer uma forma de equalização de possibilidades de acesso ao bem estar social, por meio de uma política de distribuição de rendimentos e investimento sociais. Por fim, o conceito de Estado Social indica uma *“reformulação da organização social, em termos de operar uma redistribuição do poder social, alargando-se a todas as pessoas a sua participação neste poder”*.<sup>30</sup>

Com relação ao conceito de direitos sociais, é necessário que se faça um retrospecto histórico para situá-los, desde sua origem, vinculados aos direitos dos trabalhadores, embora atualmente não possam ser reduzidos a tais direitos, em razão da evolução da própria idéia de solidariedade social e aumento das tarefas estatais, atingindo patamares maiores tanto quantitativa como qualitativamente.

No artigo 6º da Constituição Federal de 1988 há a seguinte enumeração de direitos sociais: *“São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”*.

No artigo 7º do texto constitucional estão descritos os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, o que implica, numa interpretação sistemática a considerar os direitos do artigo 6º como direitos fundamentais destinados à coletividade social, e não apenas aos trabalhadores.

Diante da clareza da disposição constitucional, não pode ser aceitável a interpretação de que os direitos sociais destinam-se aos trabalhadores, o que somente se justifica sob o ponto de vista histórico, especialmente durante a curta vigência da Constituição de 1934. A gênese dos direitos sociais está vinculada à luta histórica das

<sup>29</sup> Prata, Ana, op. cit., p. 113-114.

<sup>30</sup> Prata, Ana, op. cit., p. 114-115.

classes trabalhadoras, mas atualmente não é mais possível tal redução, dada a evolução por que passou a própria concepção de Estado, com o aumento das tarefas estatais após a Segunda Guerra Mundial.

Surgiu um novo constitucionalismo na segunda metade do século XX, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, quando as nações pressionadas pelas ameaças trazidas pela Segunda Guerra Mundial conscientizaram-se de que a manutenção da paz e o desenvolvimento econômico dependeriam em grande parte da mitigação de diversos problemas sociais não apenas nos países de economia central, mas especialmente nos países periféricos, dentre os quais se destacam nações da Ásia, África e América Latina.

Como paradigma das novas constituições que surgiram na Europa, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, ressalta a natureza social da República Federal alemã, princípio que gerou uma construção jurisprudencial das tarefas a serem exercidas pelo Estado, especialmente no tocante aos direitos de cunho prestacional ou de prestações positivas.

Segundo a doutrina de Robert Alexy<sup>31</sup>, direitos prestacionais são direitos a prestações positivas a serem realizadas pelo Estado, conceito que abrange os direitos fundamentais sociais. O grande problema destes direitos é a sua efetivação, ou seja, a forma de sua concretização, a dúvida a respeito de gerarem ou não direitos subjetivos, se podem ser realizados diretamente pelo Poder Judiciário, se dependem da legislação para a sua completa efetivação, questões que refogem neste momento ao âmbito deste trabalho, mas que urge serem discutidas.

## CONCLUSÃO

Como foi visto anteriormente, a correta compreensão da teoria dos direitos sociais só é possível após uma apurada análise histórica e conceitual, para que se possa resolver os problemas atuais que se colocam a respeito da efetividade dos direitos sociais.

Inspirado pelo ideal de fraternidade da Revolução Francesa, e pela noção de igualdade substancial entre os homens, os direitos sociais surgidos no âmbito dos anseios dos trabalhadores à época da efervescência dos ideais marxistas, foram aos poucos tendo seu âmbito alargado tanto de forma quantitativa como qualitativa. Se por um momento histórico diziam respeito aos direitos dos trabalhadores, hoje dizem respeito a toda a sociedade. Se inicialmente compreendiam direitos básicos como saúde e educação, passaram a integrar uma série de direitos de seguridade social, segurança, lazer, habitação, enfim, todas as condições materiais necessárias para o livre desenvolvimento da personalidade humana. Se inicialmente eram regras destinadas aos empregadores, passaram a ser dever de toda a coletividade, inclusive dos entes estatais.

Da mesma forma, a análise dos pioneiros textos constitucionais, como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 são fundamentais para a efetivação da nossa atual Constituição de 1988, fruto incontestemente de um enorme

---

<sup>31</sup> Alexy, Robert, op. cit., p. 395 e seguintes.

salto teórico e conceitual que precisa ser concretizado, sob pena de sucumbir ao peso da realidade brasileira.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2ª ed. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

\_\_\_\_\_. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1995.

\_\_\_\_\_. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 230p.

FUNDAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ADMINISTRATIVO – FUNDAP, São Paulo. *Processo Constituinte; a ordem econômica e social*. São Paulo, 1987. 148 p.

GOULART, Karine Borges. *Direitos Fundamentais de segunda geração – direitos sociais, econômicos e culturais*. Revista da Procuradoria Geral do INSS. Brasília, 2001. Vol. 8, n. 1, p. 124-141.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 336 p.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. 55 p.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. 336 p.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. 576 p.

\_\_\_\_\_. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 34 p.

HORTA, Raul Machado. *Constituição e Direitos Sociais*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, Universidade Federal, 1998, vol. 86, p. 7-48.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte.

Barcelona: Ariel, 1976.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos subjetivos e direitos sociais*, in *Direitos humanos, direitos sociais e justiça* (org. de José Eduardo Faria), p. 113-143.

LUNA, Gabriela Sánchez. *La pobreza y los derechos sociales*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Mexico, UNAM, mayo-agosto 1977, n. 89, p. 813-827.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A Constitucionalização dos Direitos Sociais*. Artigo constante do site [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br) em 14/03/2002.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982. 231 p.

PUGLIATTI, Salvatore. *Diritto pubblico e privato*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII. Milão: Giuffrè, 1964.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 107 p.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 1996.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de José Maria Perez. Madri: Centro de Estudios Coinstitucionales, 1985.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais: evolução e tendências atuais*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, p. 7-55.

URBINA, Alberto Trueba. *La primera Constitución político-social del mundo*. Mexico: Porrúa, 1971, 429 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999. 256 p.

# REPUBLICANISMO E FEDERALISMO SOCIAL: PERSPECTIVAS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITO FUNDAMENTAIS

Roberta Camineiro Baggio<sup>1</sup>

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os Estados-nação, de um modo geral, têm passado por grandes transformações. De um lado, a queda do muro de Berlim e o fim do socialismo real; de outro, a intensificação do processo de globalização e a premência de um modelo menos burocrático de administração estatal. O resultado apresenta-se em uma série de transformações nas estruturas políticas, sociais, econômicas, culturais e até mesmo territoriais dos Estados. O federalismo, enquanto forma de organização estatal, ganha destaque na reformulação dos Estados, já que proporciona uma flexibilização de suas estruturas.

Entretanto, mesmo com a reformulação institucional das concepções de organização do Estado, percebemos-as como insuficientes para a superação dessa tão comentada crise do Estado, talvez porque, como analisaremos ao longo do texto, a crise do Estado-nação encontra-se inserida em um contexto muito mais amplo, que diz respeito às próprias concepções de mundo implementadas a partir da chamada Modernidade.

Há um déficit de participação política, próprio da época moderna, que configura um problema na relação entre sociedade e Estado, acabando por tornar o espaço público de ação dos sujeitos esvaziado. A inefetividade de uma gama considerável dos direitos fundamentais encontra explicação não só na crise vivida pelo Estado, mas também no esvaziamento da esfera de ação política dos sujeitos sociais. Dentre os muitos elementos que contribuem para a configuração dessa situação estão as concepções de liberdade, democracia e republicanismo, que tiveram suas práticas tradicionais invertidas pelo novo posicionamento do ser humano no mundo moderno.

A partir de autoras como Hannah Arendt e Simone Weil tentaremos entender alguns dos motivos que levaram à consolidação dessas novas concepções. Por outro lado, Pierre Rosanvallon e José Luis Bolzan de Moraes nos fornecerão aportes teóricos para o melhor entendimento da crise do Estado e de sua relação com a sociedade, abrindo o caminho para uma reflexão que tenta articular a insuficiência das reformas institucionais com a busca de alternativas pensadas a partir da própria crise, quais sejam: a percepção de um federalismo social em uma perspectiva proudhoniana e o resgate de elementos da teoria republicana.

O propósito desse artigo é justamente discutir os limites das transformações institucionais, que se dispõe a (re)pensar a figura do Estado, mas com uma defasagem

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Unisinos. Professora de Direito Constitucional na PUCRS. Doutoranda em Direito pela UFSC.

na efetivação dos direitos fundamentais, e alçar algumas possíveis perspectivas, como o federalismo social e o republicanismo, que contribuem para as discussões acerca da reformulação da relação entre Estado e Sociedade Civil, bem como a efetivação dos direitos fundamentais.

## 2 AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO CONTEMPORÂNEO E A CONSAGRAÇÃO DO MODELO FEDERATIVO DE ORGANIZAÇÃO ESTATAL

Nas últimas décadas, a adoção do federalismo ou de algumas de suas principais características, como a descentralização e a autonomia de instâncias subnacionais, tem aumentado significativamente na maior parte dos países. De modo geral, o federalismo tem se consagrado como sistema predominante de organização do Estado. No início do século XXI, de 189 nações-membro da ONU, 25 já eram federações formais, que representavam um terço da população mundial. Mais recentemente, outras grandes nações assumiram atributos de um sistema federal, incluindo China, Espanha e Reino Unido. Atualmente, 80% da população mundial localiza-se em nações que têm ou apresentam características de um sistema federal.<sup>2</sup>

Esta situação pode ser atribuída ao fato de que a nova ordem mundial globalizada imprimiu um ritmo de governo aos Estados-nação que não permite mais a prevalência das antigas formas rígidas e centralizadas dos Estados unitários. Mesmo em países que já possuíam um sistema federativo, como o Brasil e os EUA, é possível perceber uma significativa modificação desses sistemas, principalmente no tocante às relações intergovernamentais, visando adaptar os Estados à nova realidade.

A disseminação do federalismo demonstra, com efeito, uma nítida mudança na concepção organizacional dos Estados-nação, principalmente após a derrocada do Estado intervencionista. A crise do Estado Social, ou intervencionista, colocou em pauta discussões que caminharam no sentido de reformular a máquina do Estado para que pudesse se tornar mais eficiente em suas prestações. O federalismo, dentro desse contexto, acaba por trazer grandes contribuições, já que oferece uma estrutura estatal mais descentralizada com possibilidade de diminuição considerável dos aparatos burocráticos, necessários em um país de estrutura mais rígida, como aqueles que se organizam a partir do modelo unitário.

A diminuição da máquina do Estado, a descentralização das políticas públicas e a desburocratização com vistas a uma maior eficiência, passam a ser prioridades implementadas em muitos países. Na tentativa de adaptação a uma nova ordem mundial, os Estados passam a tomar medidas de flexibilização de suas máquinas, principalmente por meio da descentralização política. É muito natural, portanto, que nas últimas décadas ouçamos falar tanto em “reformas federativas” ou em “novos modelos de organização estatal”, muito próximos à estrutura de um Estado Federado. Para a sobrevivência dos Estados-nação, as reformas institucionais tornaram-se uma realidade premente.

<sup>2</sup> Cf. FRY, Earl H. “Les États américains devant l'économie mondiale”. In: **Fédérations: le fédéralisme de par le monde, quoi de neuf**, v. 01, n. 2, pp. 07-08, jan. 2001. Disponível em: <<http://www.ciff.on.ca/francais/Neuf/neuf.html>> Acesso em: 21 fev. 2001.

Temos como exemplo a Espanha com o chamado Estado Autonômico, a Itália com o Estado Regional<sup>3</sup>, a Bélgica que adotou o sistema federativo no início da década de 90 e os próprios Estados Unitários que passaram por reformas de descentralização como Grã-Bretanha, Portugal e França.<sup>4</sup> Há também a experiência da União Européia, que não se identifica como federação, mas tem presente em seus mecanismos de funcionamento características próprias aos sistemas federados, como a adoção do princípio da subsidiariedade, como forma de manutenção do poder nos níveis mais próximos da sociedade.

Os que já adotavam um sistema federativo, também tiveram que passar por uma reestruturação de seus modelos, já que inevitavelmente o Estado Social havia exigido um alto grau de centralização política e uma inevitável desfiguração de seus sistemas. Os EUA, por exemplo, sofreram grandes reformas descentralizadoras ao longo da década de 90, que representaram uma significativa mudança nas estruturas intergovernamentais e sociais, uma vez que programas públicos de grande envergadura foram repassados aos Estados-membros da federação, retirando tal compromisso da esfera de responsabilidade da União.<sup>5</sup>

Em nosso país, na esteira do que ocorreu em grande parte dos Estados nas décadas de 80 e 90, as reformulações das estruturas institucionais também existiram. Principalmente a partir da Reforma do Estado, iniciada por Bresser Pereira, quando à frente do MARE (Ministério da Administração e Reforma do Estado), iniciou um grande movimento de descentralização de políticas públicas. Além da modificação da Constituição, as propostas de descentralização, como forma de tornar o Estado brasileiro mais flexível e eficiente, tornando-o muito mais gerencial do que burocrático, também tiveram como fundamentação legal a autonomia municipal consagrada no texto da Constituição de 1988. A descentralização, ao repassar a execução de políticas públicas aos municípios, consolidaria, assim, a autonomia vinculada ao interesse local, fixada pela Constituição.

A descentralização é um fator positivo, se olhada sob a ótica da aproximação da execução das políticas públicas com a sociedade civil, tanto pela facilidade na fiscalização como pelo aumento das possibilidades de envolvimento e participação política das comunidades locais. Entretanto, a grande crítica que foi feita a todo esse processo relaciona-se ao fato de que a descentralização teve um caráter muito mais de desresponsabilização dos governos centrais, que acabaram apenas repassando responsabilidades a governos subnacionais, na maior parte das vezes, deficientes em estrutura institucional e financeira para assumir tais políticas públicas. O que acabamos assistindo, em grande parte dos países que optaram por uma descentralização da execução

<sup>3</sup> As experiências do Estado Regional italiano e do Estado Autonômico espanhol não são genuínos modelos federalistas, mas, com toda certeza, constituem uma nova tendência dentro do que conhecemos por federalismo. Alguns autores classificam a experiência espanhola como se fosse a de um Estado Regional. No entanto, não acreditamos que o Estado Espanhol seja um Estado Regional como a Itália, o que torna a experiência espanhola uma completa inovação em termos de descentralização, resultante, principalmente, de uma construção democrática. Para uma pesquisa mais aprofundada acerca dessa temática. Cf. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (org.) **Pacto Federativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

<sup>4</sup> Cf. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (org.) **Pacto Federativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

<sup>5</sup> Cf. ZEDLEWSKI, Sheila. **New Federalism**. Disponível em: <<http://www.urban.org/news/press/zedlewski08-22-01.html>> Acesso em: 13 jan. 2001.

das políticas públicas, foi um retrocesso na efetividade dos direitos fundamentais vinculados a essas políticas. Isso se deve basicamente à falta de estrutura política, social e financeira das instâncias subnacionais.<sup>6</sup>

Outro ponto crítico a destacar seria a existência um tratamento igualitário entre todos os governos subnacionais, no sentido da assunção das responsabilidades sem, entretanto, reconhecer as disparidades econômicas e sociais de cada região.<sup>7</sup> Nos EUA, por exemplo, essa foi uma das grandes críticas que permearam as discussões em torno do processo de descentralização. Ainda assim, até mesmo Estados-membros ricos como a Califórnia e Nova York, passaram por grandes dificuldades financeiras, já que tiveram que assumir programas antes realizados pela esfera federal, sem o devido aumento nos repasses das verbas.<sup>8</sup>

Essas críticas, porém, continuam restritas às relações de responsabilidade intergovernamentais, quando o problema maior é o da identificação das condições da própria população em beneficiar-se com a descentralização.

Assim, repensar os mecanismos de descentralização no sentido de resolver a questão de infraestrutura dos governos subnacionais, tentando instrumentalizá-los para possibilitar a devida implementação das políticas públicas, pode ajudar, mas também não é suficiente, porque se limita a um plano institucional, não garantindo a realização do objetivo maior da idéia de descentralização na concepção federalista: a aproximação entre sociedade e Estado, que contribui para a consolidação de vínculos de responsabilidade entre aquele que oferece as políticas públicas e as comunidades locais, que passam a ter a possibilidade de decidir e participar acerca do modo de realização de tais prestações.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Cf. SOUZA, Celina; CARVALHO, Inaiá M. M. "Reforma do Estado, Descentralização e desigualdades". *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 48, pp. 187-212, jan./jun. 1999.

<sup>7</sup> O Estado Autônomico merece destaque como um modelo que supera a tentativa de universalização das regras gerais para realidades diferentes. Isso porque no Estado Autônomico cada governo subnacional relaciona-se com o governo central de forma diferente, o que faz com que o estabelecimento das competências e funções seja específica para cada caso.

<sup>8</sup> RAMONET, Ignácio. *Geopolítica do Caos*. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 41

<sup>9</sup> Na tentativa de reflexão acerca da descentralização é possível desmistificar a vinculação estabelecida a partir da idéia de que Estados federados são necessariamente mais democráticos do que Estados unitários. Primeiramente, a descentralização não é uma característica única dos sistemas federalistas. A partir dos anos 70 diversos países do mundo começaram a optar pela descentralização do poder, nem todos eram países federalistas; como o caso da França, por exemplo. No caso específico do Brasil, por exemplo, vivemos em um sistema federativo apenas formal, cuja principal característica, a descentralização, foi negligenciada. Assim, grande parte da existência de nossa federação ocorreu sob a centralização do poder político, o que nos faz crer que o sistema federativo brasileiro nunca foi um pacto de equilíbrio entre os entes federados. Vários motivos podem explicar essa situação, tendo como o mais significativo o predomínio do poder político das elites em toda nossa história. Tais circunstâncias dificultaram a distribuição do poder, para que se pudesse fortalecer a democracia no Brasil. Em contrapartida, estimulou-se a dominação do poder local, como demonstram os fatos exemplos do coronelismo em todo país. Dalmo Dallari (1996), ao comentar a relação entre democracia, federação e alianças oligárquicas, afirma que a organização federativa pode ser a garantia de um sistema democrático, na medida em que cria a necessidade de uma pluralidade de centros de poder político. Porém, a aliança de oligarquias, como no caso brasileiro, pode representar um risco, na medida em que cria a ilusão de democracia e se apóia rigorosamente nos princípios e na mecânica do federalismo. Há uma grande quantidade de grupos e famílias que exercem a dominação política, econômica e social no interior dos Estados-membros e que cumprem as formalidades democráticas, como eleições com sufrágio universal e voto secreto. Entretanto, todos estes protocolos ocorrem sob a vigilância e controle de pequenos grupos que dominam a política local. Contudo, essa situação não implica em afirmar que o federalismo seja inconveniente para a democracia, ou que sirva apenas para acobertar oligarquias. Na realidade, a forma federativa pode ser um instrumento importante na construção e manutenção de um sistema democrático e, apenas pelo fato de ser incompatível com a ditadura, já faz do federalismo um sistema recomendável. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Ática, 1986. p. 75.

Ainda que as principais críticas reconheçam no processo de descentralização a presença de um sentimento muito forte de desresponsabilização por parte dos governos centrais, isso não pode ser fator suficiente para determinar o fim de mecanismos como a descentralização, que contribuem para a diminuição da distância entre sociedade e Estado. Entretanto, o vínculo de responsabilidade proporcionado pela descentralização não se efetiva com a simples flexibilização das estruturas estatais. As reformas institucionais não garantem, por si só, o envolvimento da sociedade, porque se assim o fosse, não teríamos um imenso déficit de participação política nas sociedades modernas.

Deste modo, nossa hipótese é a de que as reformas estruturais e institucionais do Estado Moderno, ainda que sejam repensadas e melhoradas são insuficientes para o que chamamos de superação da crise do Estado-Nação, pois tal crise, como veremos a seguir, é fruto de uma tradição relacional adotada na Modernidade entre Estado e sociedade civil. Conseqüentemente, sem a superação dessa crise, não podemos vislumbrar perspectivas de um aumento considerável de efetivação dos direitos fundamentais.

### 3 INVERSÕES DA MODERNIDADE: AS CRISES ENTRE INSTITUCIONALIDADE E SOCIEDADE

As transformações dos Estados-Nação, ocorridas ao longo das últimas décadas, são reflexos das tentativas de superação da crise do modelo de Estado Social.

Se, na primeira metade do século XX, a construção de um Estado interventor foi a solução para superação do modelo liberal, as últimas décadas do mesmo século assistiram a insuficiência das políticas intervencionistas na concretização dos papéis assumidos pelo Estado ao longo do século. A crise do Estado Social, inicialmente, configurava-se como uma crise financeira.<sup>10</sup> No entanto, acabou por desvelar-se de uma forma muito mais profunda e aguda.

No início dos anos 70 o Estado Social de forma geral<sup>11</sup> — começa a viver uma situação de crise. A guerra do Vietnã, a bancarrota do sistema Bretton Woods e a crise de petróleo, que acarretou uma hiperelevação das taxas inflacionárias, foram alguns dos fatores que desestabilizaram as sólidas bases do Estado de Bem-Estar Social, conduzindo o mundo a um período de turbulência e indefinição. Nesse momento a crise pautou-se pelas discussões acerca da questão do financiamento estatal, ou seja, o aumento dos gastos públicos com as políticas de bem estar social aumentavam mais do que a arrecadação do Estado.

Um dos importantes fatores responsáveis por esse endividamento estatal foi a

<sup>10</sup> Cf. ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado Providência**. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UnB, 1997. E também: BOLZAN DE MORAES, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

<sup>11</sup> José Luis Bolzan de Moraes nos lembra que “O conteúdo próprio desta forma estatal se altera, se reconstrói e se adapta a situações diversas. Assim é que não se pode falar em ‘o’ Estado do Bem-Estar dado que sua apresentação, por ex., americana — do Norte, é claro — se diferencia daquela do État-Providence francês. Todavia é correto pretender que há um caráter que lhe dá unidade, a intervenção do Estado e a promoção de serviços”. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. “Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional)”. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**, São Leopoldo, n. 02, pp. 69-104, 2000. p. 81.

transformação do modo de produção devido a intensificação da economia transnacional e da consolidação do fenômeno da globalização<sup>12</sup>, acarretando uma sensível perda do controle estatal sobre a economia. A grande mola propulsora que possibilitou a intensificação deste processo foi a revolução científico-tecnológica que, em fins dos anos 70 e início dos 80, gerou uma série de conseqüências que mudariam definitivamente o panorama das relações mundiais.<sup>13</sup>

A primeira dessas conseqüências foi a elevação dos níveis de produção, com significativa queda de seus custos, já que os avançados meios de transporte e comunicação favoreceram a descentralização da produção para os países com menor custo de mão-de-obra. Uma segunda conseqüência foi a independência da obtenção de lucro em relação ao consumo de massas. Ou seja, o processo de acumulação do capital tornou-se independente do modelo de investimento industrial, encontrando terreno fértil e lucrativo na especulação financeira. A terceira grande conseqüência foi o desaquecimento da economia, com a elevação do índice de desemprego e um significativo aumento da procura pelas garantias previdenciárias do Estado Social, elevando sobremaneira o déficit público.<sup>14</sup>

A priori, o aumento do déficit público parecia ser um problema de fácil resolução, já que bastaria aumentar as fontes de arrecadação do Estado. Contudo, já nos anos 80 tornou-se claro que a crise não se resolveria com o simples aumento das receitas estatais por meio dos descontos obrigatórios — os chamados tributos. A complexidade do problema exigia soluções de maior alcance, transcendendo as fórmulas prontas de organismos econômicos internacionais, uma vez que a crise não se resumia à falta de dinheiro para realização das políticas sociais.<sup>15</sup>

Objetivamente, as tentativas de superação da crise financeira nunca foram suficientes para resolver os problemas estatais, tendo em vista que estas modificavam não só a estrutura econômica do Estado como também a social e, por essa razão, desembocavam em alterações do próprio “*equilíbrio social existente entre os indivíduos, as categorias sociais e os agentes econômicos*”.<sup>16</sup> Desta forma, muito mais do que o aumento das arrecadações financeiras, a crise do Estado Social diz respeito a uma crise da própria concepção de sociedade, supostamente submetida ao Estado. Neste sentido é que, nas palavras de Rosanvallon,

a dúvida sobre o Estado-Providência não pode portanto ser entendida tão somente do ponto de vista da regulação dos equilíbrios econômicos que o regem. Não é apenas a extensão do Estado ou o peso das despesas sociais

<sup>12</sup> Entendemos que o processo de globalização, enquanto mundialização do capital, não é um fenômeno recente, ele apenas intensificou-se após a Revolução Científico-Tecnológica. Por isso, nos referimos à consolidação do fenômeno da globalização e não ao seu início, já que acreditamos que este existe desde o período expansionista do século XIX. Se não o fosse, por exemplo, o mundo inteiro não teria se abalado com a Grande Depressão de 1929.

<sup>13</sup> Cf. VIZENTINI, Paulo G. Fagundes. A “globalização” e os impasses do neoliberalismo. In: CARRION, Raul K. M.; VIZENTINI, Paulo G. Fagundes (orgs.). **Globalização, neoliberalismo, privatizações: quem decide este jogo?** Porto Alegre: UFRGS, 1998.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>15</sup> Cf. ROSANVALLON, op. cit.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 15.

que está em causa. Esta dúvida manifesta um abalo muito mais profundo: são as relações da sociedade com o Estado que são questionadas.<sup>17</sup>

Se partirmos dessa problemática maior colocada por Rosanvallon acerca do Estado Social, perceberemos que o autor refere-se a um desequilíbrio das relações entre Estado e sociedade, apegando-se ao fato de que esta estabeleceu um vínculo de dependência em relação ao Estado Social, que a afastou das tomadas de decisão, causando oposição entre as duas esferas e até mesmo atomização por parte dos sujeitos sociais.

José Luis Bolzan de Moraes complementa o pensamento de Rosanvallon, materializando duas outras crises que se colocam ao lado da crise financeira e que, atestam a profundidade dos problemas do Estado Social, para muito além das discussões dos cofres estatais, que são a crise ideológica e a crise filosófica.<sup>18</sup> A primeira é marcada pela ausência de acesso da sociedade aos trâmites burocráticos do Estado, impossibilitando uma efetiva participação política da sociedade em nome de um aparato técnico-burocrático, que não atende as complexas demandas sociais. A segunda é a crise filosófica que deteriorou o fundamento do Estado Social, a solidariedade. Segundo Bolzan,

(...) o fundamento filosófico do modelo fragmentou-se, o que implicou o solapamento das suas bases e produziu fissuras que necessitam de um projeto de reconstrução que vá além de fórmulas matemáticas de compatibilização de recursos, e que ultrapasse os limites de uma sociedade individualista-liberal, constituída a partir de uma *mônada isolada*, cujos compromissos não ultrapassam as fronteiras de seu universo individual, o que, com certeza, pressuporia a refundação de seus fundamentos mesmos.<sup>19</sup>

Nesse sentido, as tão debatidas crises em torno do Estado Social interligam-se na relação estabelecida entre sociedade e poder estatal. Entretanto, se no Estado Social escancara-se o problema dessa relação, no Estado Liberal a distância entre essas duas esferas foi uma constante, já que, ao invés de uma base de solidariedade, o Estado Liberal sustentou-se pela sua não-intervenção social, estabelecendo como meta principal da garantia dos chamados direitos individuais, sua abstenção. Tal constatação abre caminho para uma análise mais profunda: a de que as crises do Estado e das relações sociais inserem-se em uma crise ainda maior, a da própria Modernidade.

O início da era Moderna é marcado pela inversão de grande parte das tradições anteriores por meio de um processo que podemos chamar de secularização que, de uma maneira bem generalizada, pode ser identificado como aquele que rompe com o vínculo de transcendência para fundar uma sociedade liberta de referenciais, que prioriza a racionalidade dos indivíduos como seu foco principal.<sup>20</sup> Assim, a partir da Modernidade o ser humano é livre e independente de qualquer referencial para tomar suas decisões,

<sup>17</sup> ROSANVALLON, op. cit., p. 16.

<sup>18</sup> Cf. BOLZAN DE MORAES, *As crises do Estado e da Constituição ...*

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>20</sup> Cf. BOLZAN DE MORAES; José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

porque possui uma razão, um cogito, que lhe possibilita agir livremente. Diferente da Antigüidade, em que os sujeitos possuíam como ponto de referência para sua ação a *polis* ou na Idade Média, cuja referência foi a figura de Deus. A esse respeito Marcelo Galuppo afirma que,

Se no mundo antigo era fácil o homem orientar sua ação (bastava imitar, com discernimento, aquele comportamento que emanava do centro), na modernidade o homem defronta-se com um problema: já não é mais óbvio e evidente o modo pelo qual o homem deve proceder. Não há mais um referencial único e estável que diga ao homem como ele deve se comportar. As respostas que a sociedade fornece para as questões postas pelo homem já não mais estão fora de questão. A inexistência de um centro na modernidade produz um problema sem igual: o problema da inexistência de um referencial absoluto e objetivo para a ação.<sup>21</sup>

A transformação no comportamento dos sujeitos sociais, especificamente no que tange à ação política, relaciona-se com essa série de inversões canalizadas, em grande parte, pelo surgimento da figura do Estado. A constatação que nos permite perceber a perda dos referenciais da ação política é o esvaziamento da esfera pública, que se configura como o espaço próprio das realizações políticas.<sup>22</sup> E esse esvaziamento encontra abrigo em uma das inversões mais determinantes para a constituição da Modernidade: a concepção de liberdade.

Com o apogeu das concepções contratualistas, a perda dos pontos centrais de referência e a conseqüente independência do agir humano, a idéia de liberdade passa, cada vez mais, a identificar-se com a vontade interior dos sujeitos, consolidando o fenômeno que chamamos de individualismo.<sup>23</sup> Esse individualismo caracteriza-se, principalmente, pela dificuldade de reconhecimento da alteridade própria da sociedade moderna, já que a independência do agir, inevitavelmente, torna transparente as diferenças de cada subjetividade.<sup>24</sup>

O processo de individualização poderia ser evitado se houvesse um espaço de encontro para as interações das ações humanas, abrindo a possibilidade de reconhecimento e até mesmo resolução dos conflitos advindos das diferenças entre as subjetividades, tal qual é o papel desempenhado pelo espaço público.<sup>25</sup> Entretanto, o processo acaba sendo acentuado com a prevalência das doutrinas políticas do liberalismo que concebem a liberdade a partir de uma perspectiva negativa. Ou seja, *“quanto menor for o espaço destinado à política, tanto maior será o espaço da liberdade, pensada agora não mais em termos da liberdade interior, mas sim em termos da liberdade para o crescimento e desenvolvimento econômico privado”*.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> GALLUPO, Marcelo Campos. **Democracia e Tolerância**: indivíduo e diferença. Disponível em: <http://marcelogaluppo.sites.uol.com.br/>. Acesso em: 30 out. 2003. p. 02.

<sup>22</sup> Cf. ARENDT, Hannah, **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

<sup>23</sup> ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1992.

<sup>24</sup> Cf. GALUPPO, op. cit.

<sup>25</sup> Cf. ARENDT, **A condição ...**

<sup>26</sup> DUARTE, André. **O pensamento à sombra da ruptura**: política e filosofia em Hannah Arendt. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 206.

Assim, a idéia de liberdade, em sua concepção negativa, vai segmentando e dificultando a interação de uma das grandes e valiosas marcas da era moderna: a emergência de sujeitos plurais, dotados de autonomia.

O isolamento dos sujeitos em suas individualidades consolida, ainda, a segmentação social quando, ao isolá-los, acaba por atribuir um valor secundário aos assuntos de interesse comum, aumentando ainda mais a distância política dos atores sociais. A característica da segmentação passa a ser uma marca de nossa época, a ponto de possibilitar uma diferenciação de conceitos entre termos como comunidade e sociedade. Ferdinand Tönnies esclarece muito bem essa diferenciação afirmando que apesar dos sujeitos que vivem em sociedade terem elementos comuns, esses elementos são fruto de uma convenção, o que os torna independentes no sentido da possibilidade de viver em espaços de aparência, sem comunhão. Já a idéia de comunidade diz respeito ao compartilhamento dos elementos comuns, e esses elementos é que são responsáveis pela formação da identidade das comunidades. A primeira categoria é predominante após o advento do Estado-nação e a segunda, antes da Modernidade.<sup>27</sup>

Talvez por esse motivo a idéia de Republicanismo, enquanto paradigma de organização social<sup>28</sup>, que privilegia a responsabilização por tudo aquilo que é comum aos sujeitos<sup>29</sup>, tenha tido uma importância secundária na Modernidade. A partir do momento em que a idéia de compartilhar problemas comuns torna-se secundária, as concepções atreladas a essa idéia acabam ficando também em segundo plano. É o caso do Republicanismo. A definição Moderna mais comum de República pode ser encontrada em cientistas políticos ligados à tradição jurídica, como Norberto Bobbio, que considera a República como uma mera forma de governo oposta à Monarquia, representando um “Estado Ideal” que se concretiza naturalmente em nossa época, porque é uma consequência da consagração dos regimes de governos democráticos.<sup>30</sup>

De fato, segundo Renato Janine Ribeiro, é muito comum uma equiparação entre os termos República e Democracia.<sup>31</sup> Mas, em que pese a idéia de republicanismo e democracia serem tratados de forma equivalente, os termos não se confundem, já que a

<sup>27</sup> Cf. TONNIES, Ferdinand. **Communaute et Societe**: categories fondamentales de la sociologie pure. Paris : Universitaires de France, 1944.

<sup>28</sup> Cf. BIGNOTTO, Newton. **As origens do Republicanismo Moderno**. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

<sup>29</sup> Considerando a obra “Origens do Republicanismo”, de Newton Bignotto, poderíamos discutir diversas manifestações de republicanismo na história: a grega, a romana, teorizada principalmente por Cícero, ou mesmo a francesa da perspectiva jacobina, mas a que mais nos interessa para essa discussão de fundação de um espaço público é a perspectiva do humanismo cívico renascentista. Isso é apenas um referencial teórico de discussão, porque é a realidade concreta de cada sociedade que precisa construir suas próprias formas de agir. O humanismo cívico contribui apenas para apontar algumas possibilidades de superação de um viés democrático exclusivamente liberal. O primeiro referencial dos humanistas cívico é o de que o republicanismo não se limita a ser uma forma de governo que prioriza a coisa pública, mas antes de tudo um paradigma de organização social. Esse paradigma de organização social consiste na existência de um espaço público, pensado como lugar de efetivação da ação política dos cidadãos direcionada à realização de um bem comum a todos da cidade. Há um forte apelo pela organização política na cidade, porque é na cidade que as pessoas se identificam como parte de um todo. E a efetivação dessa ação política baseia-se em uma concepção de liberdade como ausência de dependência da dominação arbitrária de uma pessoa ou um grupo de pessoas.

O segundo referencial é que a idéia de República identifica-se com uma perspectiva de virtude, ou seja, de renúncia às vantagens privadas em favor do bem comum. BIGNOTTO, op. cit.

<sup>30</sup> Cf. BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. **Dialogo intorno alla repubblica**. Roma: Laterza, 2001.

<sup>31</sup> Cf. RIBEIRO, Renato. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In: BIGNOTTO, Newton. **Pensar a República**. Belo Horizonte: 2000.

democracia Moderna está consolidada nas bases do exercício de liberdades negativas, que chamamos de democracia representativa e o republicanismo, ainda que só se concretize em bases democráticas, necessita de uma perspectiva positiva de liberdade, o que significa uma democracia que possibilite o engajamento das ações humanas em termos de responsabilidade social. Entretanto, a República Moderna, acaba sendo subsumida no exercício de uma democracia liberal.

As instituições Modernas são, assim, criadas e (re)criadas sob essa égide da garantia das liberdades individuais, que só podem ser obtidas por meio da ausência de interferência, que chamamos de liberdade negativa. A democracia, em sua versão Moderna, consagrada não apenas como forma de governo por excelência, mas também como valor, será concebida como garantia desse agir individual, contribuindo ainda mais para o esvaziamento da esfera pública e o processo de individualização.

A problemática maior dessa situação é que a democracia, em sua gênese, é a expressão social dos conflitos advindos das diferentes perspectivas postas pela ação humana.<sup>32</sup> Esses conflitos, entretanto, na Modernidade, estão vinculados à perspectiva jurídica, porque a ação humana, enquanto expressão da liberdade, passa a ser tutelada pelo Direito. Ou seja, a partir da canalização do monopólio jurídico do Estado e da conseqüente juridicização do conflito democrático “a ação viu-se transformada em comportamento normatizado e previsível”.<sup>33</sup>

Quando temos a liberdade de ação tutelada por institutos jurídicos, e pautada em vontades individuais, fortalecemos a concepção de democracia como liberdade negativa e, conseqüentemente, esvaziamos os conflitos, as lutas sociais, pois a possibilidade de realização material desses conflitos passa a ser institucional. A prática política própria da esfera pública torna-se descartável, o que leva Hannah Arendt a falar em uma espécie de “domesticação institucional da política no sistema representativo, no qual o interesse pela participação e pelo engajamento no mundo comum são substituídos pela escolha de representantes que devem defender os interesses privados de seus eleitores”.<sup>34</sup>

O espaço para tratar dos assuntos comuns vai diminuindo na proporção em que aumentam os aparatos burocráticos da máquina institucional do Estado, que tomam proporções gigantescas no período do Estado Social.

Como essa grandiosa máquina burocrática não consegue substituir o espaço das realizações políticas, a capacidade estatal, de efetivação dos direitos e resolução dos conflitos e demandas da sociedade de massas, passa a ser cada vez menor. Iniciam-se, assim, as tentativas de resolução dos problemas, reformulando os mecanismos de organização estatal. Por isso, as transformações do Estado apontam no sentido de uma consagração das características federalistas, já que esse sistema implica necessariamente na flexibilização das estruturas estatais e na descentralização de muitas das políticas públicas.

A descentralização provoca uma aproximação entre as prestações do Estado e o cotidiano dos cidadãos, podendo proporcionar um maior envolvimento político da

---

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> DUARTE, op. cit., p. 228.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 229.

população, quer seja fiscalizando, quer seja participando diretamente nas decisões acerca das políticas públicas. Entretanto, ela por si só não garante o sucesso de tal processo. Por isso, as reformas de cunho meramente institucionais são insuficientes para a resolução das crises, ainda que mencionem a intenção de aproximação com a sociedade civil. O que temos visto, nos últimos tempos, são reformas que têm como consequência maior a ineficiências das prestações estatais, gerando um déficit sem precedentes na efetivação dos direitos fundamentais.

O grande desafio é tentar refletir não só as formas de estruturar os governos subnacionais no sentido destes poderem implementar as políticas de descentralização, mas também a criação de mecanismos que possam construir vínculos de responsabilidade e envolvimento da população nos assuntos públicos que são comuns a todas as pessoas.

A pura e simples descentralização não basta para o engajamento dos atores sociais, é preciso (re)construir o espaço público e consagrá-lo como espaço de encontro das subjetividades, permitindo a retomada do agir político dos atores sociais.

Esse espaço público há de ser um espaço de fundação (fundar as ações)<sup>35</sup>, com o objetivo de concretizar direitos e realizar o exercício de uma democracia que ao invés de negativa se faça positiva, que tenha como base a liberdade política de emancipação e autonomia dos sujeitos e que resgate a responsabilidade com aquilo que é de todos. Uma democracia que ao invés de liberal é libertária, porque só se realiza na ação entre os sujeitos.

#### **4 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E AUTONOMIA MUNICIPAL: EM BUSCA DE UM FEDERALISMO SOCIAL REPUBLICANO**

A (re)construção do espaço público, com vistas à valorização dos elementos republicanos, não pode e não deve ser um apelo ao retorno das tradições da Antigüidade. Se assim o fosse não seria um espaço de fundação, mas de repetição, o que seria impossível. No mesmo sentido, para Canotilho, “*a teoria republicana é uma teoria autônoma e coerente, irreconduzível quer ao arquétipo clássico grego que ao paradigma liberal*”.<sup>36</sup>

A importância do espaço público é abrir a possibilidade de encontro e interação das pluralidades, que de forma inédita, na Modernidade, ganharam autonomia, mas tornaram-se isoladas. É preciso unir essas pluralidades num espaço de criação de ações políticas, que seja capaz de recuperar os vínculos de responsabilidade e solidariedade.

A perda desses vínculos, ao longo de nossa época, representa o próprio ser humano despido de raízes. Raízes essas que, na visão de Simone Weil, representam para os sujeitos sociais, “*sua participação real, ativa e natural na existência de uma coletividade que conserva vivos certos tesouros do passado e certos pressentimentos do futuro*”.<sup>37</sup> Os sujeitos modernos restaram prejudicados em sua participação política e, conseqüentemente, em suas raízes.

<sup>35</sup> BIGNOTTO, Newton. Humanismo Cívico Hoje. In: BIGNOTTO, Newton. **Pensar a República**. Belo Horizonte: 2000.

<sup>36</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 16.

<sup>37</sup> WEIL, Simone. **O enraizamento**. Bauru: Edusc, 2001. p. 43.

A recuperação de nossos vínculos de responsabilidade e solidariedade deve se dar com elementos dispostos em nossa própria realidade. É a maneira como se articulam tais elementos, que nos permitem pensar na fundação de uma nova perspectiva. A idéia de federalismo, enquanto forma de organização estatal cada vez mais presente em nossa conjuntura, pode ser um bom começo. Não em sua perspectiva meramente institucional, mas em seu viés político-social.

Para tanto é preciso trabalhar em duas linhas principais: o resgate da vertente republicana e da idéia proudhoniana de federalismo, ambas concebidas como formas de organização social.

O federalismo enquanto forma de organização que permite um alto grau de descentralização do poder político, proporciona um envolvimento direto das comunidades locais na resolução de problemas comuns à sua realidade. Como já falamos anteriormente, isso não significa que os processos de descentralização bastam a esse envolvimento. É preciso criar mecanismos de interação com a sociedade, como por exemplo, as experiências a partir de movimentos sociais, ONG's e organizações sociais, que, em parceria com o poder público têm surtido resultados satisfatório.

Proudhon destacou em sua obra, justamente, um verdadeiro papel social que está ao alcance da estrutura federalista. Ao analisar o federalismo não apenas sob seus aspectos institucionais, avança no sentido de consagrá-lo como um verdadeiro princípio de organização da sociedade. Para Proudhon, a complexidade social encontraria respostas no federalismo *“desde que ele fosse concebido, não como um simples sistema político, mas como um sistema total sócio-econômico, onde os múltiplos grupos seriam os livres criadores das suas relações econômicas e políticas”*.<sup>38</sup>

Encontra-se no federalismo um instrumento que possibilita a consolidação de uma cultura política que privilegia a instância local, lugar de encontro das subjetividades e da multiplicação dos modos de convivência, uma forma de organização social, acima de tudo dinâmica, que possibilita a constante transformação das relações sociais. Nesse contexto,

O federalismo funda-se sobre uma leitura essencialmente pluralista da sociedade e sobre as relações positivas estabelecidas entre a diversidade e a vitalidade, entre a unidade e a opressão. Quer se trate de atividade de produção, de circulação ou de vida política, Proudhon não cessa de pensar que se desenha uma relação constante entre a pluralidade e o movimento, o unificado e o imóvel (...) O federalismo aparece como uma técnica permitindo respeitar a pluralidade e, conseqüentemente, a livre iniciativa dos grupos sociais e as suas liberdades.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> TRINDADE, Francisco. “Apresentação”. In: PROUDHON, Pierre Joseph. **Do Princípio Federativo**. São Paulo: Nu-Sol/Imaginário, pp. 07-18, 2001. Proudhon também tinha a dimensão das especificidades inerentes a cada povo e neste sentido afirmou que: *“O sistema federativo é aplicável a todas as nações e a todas as épocas, pois que a humanidade é progressiva em todas as suas gerações e em todas as suas raças, e que a política de federação, que é por excelência a política do progresso, consiste em tratar cada população, no momento que se indicará, segundo um regime de autoridade e de diminuição da centralização, correspondente ao estado dos espíritos e dos costumes”*. PROUDHON, Pierr-Joseph. **Do Princípio Federativo**. São Paulo: Nu-Sol/ Imaginário, 2001. p.103.

<sup>39</sup> TRINDADE, op. cit., p. 14.

A concretização dessa perspectiva de federação como organização social vincula-se ao exercício de um princípio pertencente à estrutura federativa, que ficou subrepticamente esquecido ao longo do período do Estado Social, devido ao alto grau de centralização próprio desse perfil de Estado, que é o princípio da subsidiariedade.

Tal princípio consiste no estabelecimento de um critério de divisão de competências entre todos os níveis envolvidos na estrutura social do Estado-nação, que prioriza a ação dos níveis de organização mais próximos ao cidadão comum. O objetivo principal é garantir aos indivíduos e grupos sociais autonomia de ação na resolução de seus próprios problemas, destinando ao Estado uma função subsidiária, que se manifesta, em um primeiro momento, como ajuda para a criação de condições necessárias à ação das comunidades e em um segundo momento excepcionalmente, em caráter de suplência, no sentido de superar a insuficiência dos grupos sociais.<sup>40</sup>

De acordo com Silvia Torres, o princípio da subsidiariedade não se caracteriza como uma apologia à ação negativa, mas sim como a tentativa de equilíbrio entre ingerência e não ingerência do Estado. A ingerência da entidade maior torna-se um dever quando não for possível resolver as necessidades pelas entidades menores.<sup>41</sup>

Ele pode manifestar-se em diversos âmbitos econômico, político e social e deve considerar a realidade concreta de cada sociedade. No âmbito político realiza-se plenamente com a figura da Federação, já que essa implica numa organização político-administrativa descentralizada, que torna a idéia de subsidiariedade inerente à própria Federação. A lógica, nesse caso, é a de que o nível subnacional mais próximo à população resolve os assuntos em que possa ter uma atuação eficiente. Na impossibilidade de solução, os demais níveis atuam de forma subsidiária.

Entretanto, é justamente seu âmbito social que nos interessa destacar aqui, já que a abertura de espaço para a ação política dos sujeitos sociais, na resolução de seus problemas mais prementes, concretiza a perspectiva proudhoniana de federação como paradigma de organização social. Um dos pontos mais importantes da discussão da subsidiariedade é que ela não se limita apenas ao plano institucional, mas permite a organização da sociedade civil, sendo uma ponte entre poder público e atores sociais.

Interligando a subsidiariedade a essa leitura do princípio federativo de Proudhon, temos a instauração prática do que podemos chamar de Federalismo Social, caracterizado pela existência de um outro nível da federação, ao lado dos já estabelecidos institucionalmente, que é a própria sociedade civil organizada.

A importância dessa leitura é que ela possibilita a interação das ações humanas, resgatando a idéia de fortalecimento da esfera pública, enquanto espaço de encontro das subjetividades com bases identificadas na responsabilidade dos atores político-sociais, o que inevitavelmente aponta para o fortalecimento de uma perspectiva republicana de organização social, no sentido de zelo pelo que é comum e pertence a todos em detrimento de interesses que se reduzem à esfera individual.

A ação dos grupos seria, assim, uma forma de recuperação das identidades

<sup>40</sup> TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade do Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 19.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p.18.

sociais pela via da ação política, o que implica necessariamente o reconhecimento do outro e na retomada dos vínculos de responsabilidade, superando a vertente liberal que preconiza a sobrevalorização da ação individual. É o que Simone Weil reconhecera como um processo de re-enraizamento<sup>42</sup>, que permite a emergência de um ser humano republicano que, nas palavras de Canotilho, não é “o sujeito politicamente abstémico, embora ‘civilmente enérgico e atuante’, do individualismo possessivo; é o homem politicamente combatente a favor do ‘progresso’, da ‘educação’, da ‘instrução’, do ‘associacionismo’, enfim de ‘soluções positivas’ para a política”.<sup>43</sup>

A fusão das ações em práticas capazes de unificar duas esferas mantidas distantes por tão longo tempo constitui não só a possibilidade de “fundação”, mas da instituição de valores indispensáveis à preservação da alteridade como autonomia, descentralização, participação, tolerância e respeito à diversidade.

Em países cujo nível de descentralização é grande, encontramos terreno fértil para a implementação de práticas como a do federalismo social. Em que pese o Brasil ter uma grande tradição de centralização política, o reconhecimento constitucional dos municípios como entes da federação não só inaugura uma estrutura de federação peculiar, como abre caminhos para uma maior interação entre a esfera estatal e a social.

Nossa análise acerca dos avanços do processo de reconhecimento da autonomia municipal no Brasil, é que a subsidiariedade não é um princípio explícito em nossa Carta Constitucional, mas que acabou sendo consagrado no âmbito da Constituição Federal, quando esta instituiu competências comuns entre os entes da federação, inclusive municípios, e, principalmente quando atribuiu competências vinculadas à realização dos interesses locais.

De qualquer forma, a peculiaridade da Federação Brasileira nos faz crer que os avanços em relação a autonomia municipal e a consolidação do princípio da subsidiariedade são frutos do acúmulo de experiências diárias que interligam Estado e sociedade na construção de uma identidade calcada no vínculo entre sociedade, poder público e poder local.

A efetivação de direitos fundamentais pode não estar completamente resolvida a partir dessa reflexão, mas, ao menos, ganha elementos novos para uma reflexão futura mais aprofundada, que privilegia a reivindicação e a organização social, ao lado do Estado, como um elemento indispensável na luta constante pela concretização dos direitos.

A proposta de um federalismo social requer necessariamente uma estrutura que permita o uso da criatividade e, por isso, se caracteriza pela valorização da participação social em uma perspectiva já existente no restrito âmbito estatal e concretiza-se na realidade singular de cada Estado-nação. O que se tem em comum é a tentativa de inserir a ação política dos sujeitos sociais nas questões que se consagraram como institucionais, ao longo da Modernidade, mas que têm importância e influenciam a vida do cidadão e, portanto, devem estar sob o crivo da responsabilidade do conjunto de atores sociais, superando a idéia de mera representação e apontando para a ação como forma de

---

<sup>42</sup> Cf. WEIL, op. cit.

<sup>43</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 30.

exercício democrático legítimo e autêntico. Legítimo, porque exercido por aqueles que possuem a fonte do poder político e autêntico porque as ações derivam de uma pluralidade de subjetividades que podem resultar em conseqüências inéditas e inesperadas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado contemporâneo tem passado por diversas transformações, principalmente do ponto de vista estrutural. Essas transformações se consolidam como tentativas de tornar o Estado mais flexível e dinâmico na realização de suas prestações.

O Federalismo, enquanto uma forma de organização estatal, que descentraliza competências entre as esferas nacional e subnacionais, dividindo as ações do poder público e, conseqüentemente, possibilitando o envolvimento de um número maior de participantes nas atividades estatais, ganha destaque e suas características como autonomia, pluralidade, divisão de competências e a descentralização do poder se consagram nas últimas décadas.

Entretanto, as reformas institucionais não demonstraram suficiência na resolução das crises que envolvem a figura do Estado-nação. Ao contrário, aumentaram ainda mais o déficit de efetivação dos direitos fundamentais. Essa situação é fruto, principalmente, da ausência de resolução de uma questão primordial, desvelada pela crise do Estado Social, mas que tem raízes nas próprias tradições instauradas pela Modernidade: a relação distante e antagonica estabelecida entre Estado e sociedade civil.

Esse artigo se propôs, justamente, a tentar entender as origens da tradição Moderna, que consagram a relação de antagonismo entre as esferas do poder público e social e, ainda, analisar os limites das reformas institucionais na resolução dessa questão, tentando refletir possíveis alternativas que possam contribuir para a superação desse quadro.

O antagonismo é fruto da consagração de um ser humano que terá como referencial de ação, para exercício de suas liberdades, as próprias vontades individuais, já que o espaço público passa a ser gerenciado pela figura do Estado, que se caracteriza pela garantia da realização dessas vontades individuais. Assim, temos uma esfera pública, própria para o exercício da ação política, esvaziada. Tal constatação acaba relegando os assuntos da esfera pública, que são os de responsabilidades comuns a todos, a um patamar secundário de importância.

Há, portanto, o esquecimento dos vínculos de responsabilidade entre os indivíduos da sociedade, que não percebem mais os outros sujeitos como parâmetro de sua ação, bem como uma perda de vínculos de solidariedade, já que as questões comuns a todos os sujeitos estão fora das atividades cotidianas e fadadas ao exercício da representação. A esfera estatal e a esfera da sociedade são, assim, colocadas em lados opostos, já que seus objetivos são diferentes.

Diante desse contexto, é possível considerar que as limitações das reformas institucionais são postas pela ausência de mecanismos de aproximação entre as esferas. Ainda que a descentralização abra caminhos para o envolvimento e a reaproximação entre as esferas, por si só não basta para que tal situação se concretize. Sem a existência

de mecanismos propostos especificamente para o envolvimento dos sujeitos sociais, a descentralização configura-se muito mais como desresponsabilização das instâncias centrais de poder do Estado.

As experiências surgidas ao longo das últimas décadas, que têm apontado para um horizonte de reaproximação, referem-se ao que temos chamado de organização da sociedade civil, caracterizada pelo surgimento de movimentos sociais, ONG's e organizações sociais em geral, que contribuem muito para a recuperação dos vínculos de responsabilidade dos sujeitos, principalmente quando é estabelecida uma parceria com o poder público. A possibilidade do apoio estatal a essas atividades tem aumentado significativamente, mas a grande questão é que ainda são experiências esparsas pouco concatenadas com os processos de descentralização.

A valorização de elementos presentes na realidade específica de cada nação pode contribuir para a construção e consolidação dessas parcerias, principalmente se estivermos tratando de realidades que possibilitam a emergência de experiências locais, como é o caso do Brasil que, a partir da Constituição de 1988, consagrou de forma inédita e peculiar a autonomia dos municípios, elevando-os à categoria de entes da Federação. Ainda que estejamos longe de consolidar muitos dos pressupostos da autonomia municipal em nosso país, essa inovação constitucional abre espaço para a concretização do princípio da subsidiariedade, não só como princípio de atuação estatal, mas também como princípio de atuação social, efetivando a perspectiva proudhoniana de federação como paradigma de organização da sociedade.

Tal perspectiva é o que temos chamado de federalismo social e se caracteriza pelo reconhecimento da sociedade civil como mais uma instância da federação ao lado das já estabelecidas institucionalmente. Sua finalidade é o reconhecimento da atuação política dos cidadãos na resolução dos problemas sociais vinculados às comunidades locais, em parceria com o poder público, que além do oferecimento de sua estrutura para tais realizações teria responsabilidade subsidiária diante da impossibilidade de resolução das dificuldades específicas de cada localidade.

O federalismo social, desenvolvido em bases republicanas, contribui para a consolidação de uma democracia não mais meramente representativa, mas participativa. A realização das prestações estatais e a efetivação dos direitos fundamentais deixam de estar vinculados meramente ao processo decisório do Estado e passam a também fazer parte do cotidiano e da vida comum dos cidadãos.

A prática de um federalismo social republicano teria, assim, como contribuição principal, o restabelecimento de uma parceria entre Estado e sociedade em atividades políticas que têm a finalidade precípua de recuperar os vínculos de responsabilidade e solidariedade ao envolver os sujeitos sociais em ações plurais ao lado de outros sujeitos, instaurando uma prática republicana de alteridade e de concretização do Estado Democrático de Direito.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah, **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

\_\_\_\_\_. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1992.

BIGNOTTO, Newton. **As origens do Republicanismo Moderno**. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

BIGNOTTO, Newton. **Pensar a República**. Belo Horizonte: 2000.

\_\_\_\_\_. Humanismo Cívico Hoje. In: BIGNOTTO, Newton. **Pensar a República**. Belo Horizonte: 2000.

BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. **Dialogo intorno alla repubblica**. Roma: Laterza, 2001.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. “Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional)”. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**, São Leopoldo, n. 02, pp. 69-104, 2000.

\_\_\_\_\_; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Ática, 1986.

DUARTE, André. **O pensamento à sombra da ruptura**: política e filosofia em Hannah Arendt. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

FRY, Earl H. “Les États américains devant l'économie mondiale”. In: **Fédérations: le fédéralism de par le monde, quoi de neuf**, v. 01, n. 2, pp. 07-08, jan. 2001. Disponível em: <<http://www.ciff.on.ca/francais/Neuf/neuf.html>> Acesso em: 21 fev. 2001.

GALLUPO, Marcelo Campos. **Democracia e Tolerância**: indivíduo e diferença. Disponível em: <http://marcelogalluppo.sites.uol.com.br/>. Acesso em: 30 out. 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (org.) **Pacto Federativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

PROUDHON, Pierr-Joseph. **Do Princípio Federativo**. São Paulo: Nu-Sol/ Imaginário, 2001.

RAMONET, Ignácio. **Geopolítica do Caos**. Petrópolis: Vozes, 1999.

RIBEIRO, Renato. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In:

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado Providência**. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UnB, 1997.

SOUZA, Celina; CARVALHO, Inaiá M. M. “Reforma do Estado, Descentralização e desigualdades”. **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 48, pp. 187-212, jan./jun. 1999.

TONNIES, Ferdinand. **Communaute et Societe**: categories fondamentales de la sociologie pure. Paris : Universitaires de France, 1944.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade do Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, Francisco. “Apresentação”. In: PROUDHON, Pierre Joseph. **Do Princípio Federativo**. São Paulo: Nu-Sol/Imaginário, pp. 07-18, 2001.

VIZENTINI, Paulo G. Fagundes. A “globalização” e os impasses do neoliberalismo. In: CARRION, Raul K. M.; VIZENTINI, Paulo G. Fagundes (orgs.). **Globalização, neoliberalismo, privatizações**: quem decide este jogo? Porto Alegre: UFRGS, 1998.

WEIL, Simone. **O enraizamento**. Bauru: Edusc, 2001.

ZEDLEWSKI, Sheila. **New Federalism**. Disponível em: <<http://www.urban.org/news/press/zedlewski08-22-01.html>> Acesso em: 13 jan. 2001.

# A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ESPANHA

Léo Brust\*

Introdução. 1. O Tribunal Constitucional. 2. O Parâmetro de Controle. 3. O Objeto de Controle. 4. Recurso de Inconstitucionalidade. 5. Questão de Inconstitucionalidade. 6. Controle Prévio dos Tratados Internacionais. 7. Recurso de Amparo Constitucional. 8. Auto-questão de Inconstitucionalidade. 9. Conflitos Constitucionais. 9.1 Conflitos entre o Estado e as Comunidades Autônomas ou destas entre si. 9.2 Conflitos entre Órgãos Constitucionais do Estado. 9.3 Conflitos em Defesa da Autonomia Local. 10. Impugnação pelo Governo de Normas Infra-legais Autônomicas. 11. Efetividade das Decisões do Tribunal Constitucional. Considerações Finais. Bibliografia.

## INTRODUÇÃO

A história constitucional espanhola é idêntica a dos demais países europeus. Somente no século XX a Constituição conquistou a supremacia do ordenamento jurídico, que em períodos democráticos tradicionalmente pertencia ao Parlamento. A primeira experiência de controle da constitucionalidade das leis e de outros atos do poder público ocorreu na Segunda República (1931-1936), com a instalação de um Tribunal de Garantias Constitucionais, que concentrava toda a justiça constitucional. A ditadura Franquista acabou com essa primeira tentativa. A redemocratização ocorrida na década de 70 culminou com a promulgação da Constituição de 1978, que instaurou um sistema de controle em moldes europeus, inspirado principalmente nos modelos alemão e italiano. Isto é, concentrado em apenas um órgão titular da jurisdição - Tribunal Constitucional *ad hoc* - e com um processo ou procedimento autônomo que resulta, uma vez constatada a inconstitucionalidade, numa declaração com eficácia *erga omnes*.

A partir desse momento, como resume García de Enterría<sup>1</sup>, “a Constituição se afirma como uma norma jurídica (art. 9.1 e Disposição Derrogatória 3<sup>a</sup>), suas constantes referências aos ‘poderes públicos’ vinculam positivamente o legislador e em particular seus conteúdos dogmáticos (art. 53.1), e, enfim, declara expressamente que as leis inconstitucionais podem ser anuladas mediante a jurisdição especializada do Tribunal Constitucional (art. 164).” Um Tribunal independente dos três poderes, que concentra o controle da constitucionalidade graças à legitimidade que lhe concede a Constituição.

---

\*Doutorando em Direito Constitucional na Universidade de Salamanca - Espanha  
Mestre em Ciência Política pela Universidade Técnica de Lisboa - Portugal  
Professor de Direito Constitucional Licenciado da ULBRA e Advogado  
leobrust@via-rs.net

<sup>1</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Justicia Constitucional”. In: ARAGÓN REYES, Manuel (coord.). *Temas básicos de derecho constitucional. Tomo III*. Madrid: Civitas, 2001, p. 19-25.

O sistema espanhol possui dois tipos básicos de demandas constitucionais: uma ação direta ou principal, o *Recurso de Inconstitucionalidade (RI)*; e outra, incidental a um processo concreto, a *Questão de Inconstitucionalidade (QI)*. O conhecimento de ambas é atribuição do TC (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional - LOTC art. 2.1.a), que também deve decidir sobre outras ações de cunho constitucional, como o controle prévio dos tratados internacionais, os conflitos entre o Estado espanhol e as Comunidades Autônomas, e os numerosos Recursos de Amparo no âmbito dos direitos fundamentais. O presente estudo visa dar uma visão geral do sistema espanhol de jurisdição constitucional, com especial ênfase às diversas ações que possibilitam, de forma direta ou indireta, o controle da constitucionalidade dos preceitos normativos.

## 1 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC)

O TC<sup>2</sup> é o órgão de garantia de toda a ordem constitucional, sendo também conhecido por “guardião da Constituição”. Apesar de não fazer parte do Poder Judiciário (e nem tampouco dos outros dois poderes), é um Tribunal e, enquanto tal, um órgão jurisdicional. “Seu procedimento, o estatuto de seus membros e o valor de suas decisões, estão na órbita da jurisdição.”<sup>3</sup> Não obstante, a maior parte de seus 12 (doze) membros é designada por órgãos políticos. Todos são nomeados pelo Rei, que se deve ater aos nomes propostos pela Câmara dos Deputados - *Congreso* - (quatro); pelo Senado (quatro); pelo Governo (dois); e pelo Conselho Geral do Poder Judiciário (dois). A indicação das câmaras legislativas deve ser aprovada por três quintos dos deputados ou dos senadores. Os integrantes do TC devem ser escolhidos entre magistrados, fiscais, professores de universidades, funcionários públicos ou advogados, todos juristas de reconhecida competência e com mais de quinze anos de exercício profissional. O mandato dos magistrados é de nove anos e um terço da composição do Tribunal é renovada a cada três anos. Suas garantias são idênticas às dos membros do Poder Judiciário. O Presidente do TC é proposto pelo próprio Tribunal e nomeado pelo Rei para um período de três anos.

O *Pleno* do TC é composto pela totalidade de seus membros e tem a competência administrativa para decidir em última instância todas as questões relacionadas com a vida interna do Tribunal, assim como a competência jurisdicional de decidir recursos de inconstitucionalidade, questões de inconstitucionalidade, conflitos de competência, controle prévio de tratados internacionais e impugnação pelo Governo das disposições regulamentares das Comunidades Autônomas (LOTC arts. 6 y 7). Divide-se em duas câmaras (*Salas*) de seis membros, com a competência - exclusivamente jurisdicional - de julgar os Recursos de Amparo (RA), para os quais devem estar presentes dois terços de seus membros (Constituição Espanhola - CE arts. 161 y 53.2). O presidente do TC

<sup>2</sup> O estatuto e o funcionamento do TC está definido no Título IX da Constituição Espanhola (CE arts. 159 a 165) e na LOTC, de 03 de outubro de 1979.

<sup>3</sup> SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *El sistema político de la Constitución española de 1978 – Ensayo de un sistema*. Madrid: Nacional, 1980, p. 374.

preside uma das salas e o vice, a outra. Há também *Seções* compostas por três magistrados aos quais compete o despacho de assuntos de “puro trâmite”, como o controle da admissão das demandas.

Sánchez Agesta<sup>4</sup> esclarece que a LOTC prevê cinco competências do TC no exercício de sua jurisdição: **1ª**) total autonomia para definir sua própria competência de ofício ou a pedido da parte, sem que ninguém lhe possa contestar (art. 4º); **2ª**) competência extensiva para conhecer e decidir – sem valor *erga omnes* – as questões prejudiciais ou incidentais não constitucionais, mas diretamente relacionadas com a matéria constitucional objeto da demanda (art. 3º); **3ª**) poder de auto-organização para eleger dentre seus membros o Presidente, verificar os requisitos para a nomeação dos magistrados, entender das recusas e da cessação, e designar os magistrados que integram cada Sala (arts. 9 y 10); **4ª**) de ofício ou a pedido da parte pode acordar a prática de prova e resolver sobre a forma e o tempo de sua realização até um prazo de trinta dias, assim como requisitar expedientes, informes ou documentos dos órgãos públicos e, dos juizes e tribunais, o auxílio jurisdicional que precise (arts. 88 y 89); **5ª**) decide, sem ulterior recurso, sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade dos Recursos de Inconstitucionalidade e de Amparo (arts. 34, 37 y 50).

O procedimento ante o TC é gratuito. Rege-se pela LOTC e, em caráter supletivo, pela Lei Orgânica do Poder Judiciário (LOPJ) e pela Lei de Ajuizamento (*Enjuiciamiento*) Civil (LEC). As partes são representadas por um procurador e defendidas por um advogado.<sup>5</sup> Os órgãos executivos do Estado são representados e defendidos pelos advogados do Estado junto ao TC. A exemplo dos tribunais judiciais, o TC somente pode pronunciar-se se for instado por uma parte. É um órgão passivo, mas lhe é facultada alguma iniciativa depois de aberto o processo, como adiante se verá. Sua competência é privativa, não a compartilhando com outros órgãos jurisdicionais ou políticos. Esta característica faz com que apenas o TC, a pedido da parte ou de ofício, possa sanar ou convalidar defeitos de procedimento antes de pronunciar sentença, contra a qual não cabe recurso, apenas pedido de esclarecimento, no prazo de dois dias a contar de sua notificação, e de súplica, para os autos, no prazo de três dias. Ambos ante o próprio TC (LOTC arts. 93 y 94). As sentenças são emitidas por maioria de votos, tendo o Presidente voto de qualidade em caso de empate. A sentença, juntamente com eventual voto dissidente, é publicada no Boletim Oficial do Estado (BOE).

As decisões do TC no exercício de suas competências obrigam a todos os poderes do Estado (LOTC art. 87.1), inclusive e especialmente ao Poder Judiciário, cujo órgão máximo é o Tribunal Supremo (TS). Este, “com jurisdição em toda a Espanha, é o órgão jurisdicional superior em todas as ordens, salvo o disposto em matéria de garantias constitucionais” (CE art. 123.1). Portanto, o TC é um órgão especial – independente dos três poderes – responsável pela proteção da Constituição, estando situado no centro do sistema concentrado de justiça constitucional espanhola.

<sup>4</sup> SÁNCHEZ AGESTA, Luis. Op. cit. p. 379-380.

<sup>5</sup> O sistema espanhol exige, na prática, que cada parte tenha dois advogados: um exclusivamente para os trâmites junto aos órgãos do judiciário (Procurador) e outro para a redação das peças, sustentações orais etc. (Advogado).

## 2 O PARÂMETRO DE CONTROLE

A efetividade integral da Constituição faz com que o legislador espanhol seja obrigado a ter como referência não apenas as normas formalmente constitucionais, como também as chamadas normas interpostas, isto é, aquelas que não fazem parte do texto constitucional, mas são essenciais para que certos dispositivos constitucionais possam ser utilizados para determinar a validade de determinadas normas legais. Neste sentido, a repartição de poder entre o Estado e as Comunidades Autônomas confere aos Estatutos de Autonomia uma particular importância. Os parâmetros de constitucionalidade das normas são os seguintes:<sup>6</sup>

**1ª) Parâmetros Constitucionais** – todas as normas contidas na Constituição são constitucionais, o que quer dizer que não se pode distinguir entre conteúdos “preceptivos” e conteúdos “programáticos” (Sentença do Tribunal Constitucional - STC 80/1982). Não obstante, em relação aos “princípios diretivos da política social e econômica” (CE arts. 39 a 52), o TC decidiu que “...o valor da Constituição como norma... necessita ser modulado... nos termos do artigo 53.3 da CE” (necessidade de lei reguladora);

**2ª) Parâmetros Não-Constitucionais** – não são admitidos parâmetros que possam ser superiores à própria Constituição, como o direito natural. Por exemplo, na STC 53/85 sobre a descriminalização do aborto há votos particulares afirmando que na expressão “vida humana como valor superior do ordenamento jurídico constitucional” não se está operando com categorias próprias do direito, mas sim com as da ética;

**3ª) “Bloque de la Constitucionalidad”** – a LOTC art. 28 faz referência a outras leis que deverão ser consideradas em conjunto com a Constituição na apreciação da conformidade ou desconformidade das demais leis. O Bloco da Constitucionalidade, sem prejuízo de ser referido sempre à Constituição, resulta completo da seguinte maneira: **a)** pelo conceito de ‘constitucionalidade competencial’, que advém do parâmetro combinado da CE e do respectivo Estatuto de Autonomia<sup>7</sup>; **b)** as leis das Comunidades Autônomas podem ser contrastadas com seus respectivos Estatutos de Autonomia, partindo, é claro, de uma base concreta: que tais Estatutos estejam acordes com a Constituição; **c)** por imperativo do artigo 28.1 LOTC e, considerando as leis genéricas mencionadas, a STC 76/83 sinala que ‘o legislador não pode incidir, com caráter geral, no sistema de delimitação de competências entre o Estado e as Comunidades Autônomas, sem uma expressa previsão constitucional ou estatutária’; **d)** com base no art. 28.2 LOTC o TC pode declarar inconstitucional a norma que trate de matérias reservadas à lei orgânica<sup>8</sup> (CE art. 81.1), se ela não tiver sido aprovada com a maioria constitucionalmente prevista. A contradição não é com a lei orgânica, mas com a própria CE (inconstitucionalidade formal); **e)** o TC toma em consideração a LOREG (Lei Orgânica do Regime Eleitoral Geral) como parâmetro da constitucionalidade dos preceitos autonômicos controvertidos (STC 154/88).

<sup>6</sup> Texto elaborado pelo próprio TC e apresentado na VII Conferência de Tribunais Constitucionais in MONTORO PUERTO, Miguel Ángel. *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Tomo I, Madrid: Colex, 1991, p. 192-194.

<sup>7</sup> O Estatuto de Autonomia é a “constituição” de uma Comunidade Autônoma.

<sup>8</sup> Em linhas gerais a lei orgânica espanhola equivale à lei complementar brasileira.

Não obstante, Rubio Llorente<sup>9</sup> considera que além do art. 28 da LOTC, o conceito de “bloque de constitucionalidad” também está formado por normas formalmente constitucionais: “umas, recolhidas no Título VIII da Constituição<sup>10</sup>, são normas primárias; outras, as que formam o corpo central do “bloque”, isto é, as normas de delimitação de competências contidas nos Estatutos de Autonomia, são normas constitucionais secundárias.” A justificativa é que “o que caracteriza a norma constitucional é a indisponibilidade para o legislador ordinário, e este nem pode por si só aprovar os Estatutos de Autonomia, nem pode hoje, dadas as previsões neles contidas acerca de sua Reforma, modificá-los ou derogá-los.” Assim, as Comunidades Autônomas participam na determinação da chamada “Constituição Total” do Estado “limitando o âmbito de ação dos poderes centrais ao definir as próprias competências.”

Além das normas constitucionais primárias e secundárias, o citado autor inclui outras de nível infraconstitucional: **a)** as previstas expressamente na Constituição como normas de delimitação de competência ou de regulação no exercício de competências estatutárias concretas (CE arts. 149.1.29, 152.1 e 157.3); **b)** as que têm uma expressa habilitação ao legislador (especialmente CE art. 150); **c)** as incluídas no “bloque” por remissão de alguns Estatutos de Autonomia, como, por exemplo, o Estatuto de Rádio e Televisão, a que se remetem os Estatutos de Catalunha (art. 16.1), Galiza (art. 43.1) e Andaluzia (art. 16.1).

### 3 O OBJETO DE CONTROLE

Podem ser objeto de juízo de conformidade com a Constituição as leis e as disposições normativas com força de lei:<sup>11</sup> Estatutos de Autonomia, as Leis (orgânicas e ordinárias), os Decretos-Lei, os Decretos legislativos, os Tratados Internacionais, os Regimentos das Câmaras Legislativas, assim como as leis e as normas com força de lei das Comunidades Autônomas (Leis, Decretos legislativos e Regimentos de suas Assembléias).

Essa enumeração não é tão simples como possa parecer. Trujillo Fernández<sup>12</sup> indica alguns problemas importantes:

**a)** Os *Decretos-Lei* são normas legislativas provisórias que podem ser dadas pelo Governo em caso de extraordinária e urgente necessidade. O TC tem considerado que estes pressupostos, apesar de configurarem um juízo puramente político dos órgãos dirigentes do Estado, também podem ser levados a exame de conformidade constitucional, a par do conteúdo do Decreto-Lei (STC 111/1983).

**b)** Se um *Decreto Legislativo* incorre em excesso de delegação, o TC entende que o controle é responsabilidade concorrente das jurisdições constitucional e ordinária, como resulta da CE 82.6 e da LOTC 27.2.b (STC 47/1984).

<sup>9</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. “El bloque de constitucionalidad”. In: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 78 y ss.

<sup>10</sup> TÍTULO VIII. De la organización territorial del Estado.

<sup>11</sup> CE art. 161.1. e LOTC arts. 27.2 e 32.1.

<sup>12</sup> TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumersindo. “Recurso de Inconstitucionalidad”. In ARAGÓN REYES, Manuel (coord.). Op. cit. p. 38-39.

c) Além dos *Regimentos Parlamentares* estatais e autonômicos (LOTC art. 27.2.d e f), são passíveis de controle ante o TC as *normas parlamentares internas* ditadas por seus Presidentes no exercício de suas funções interpretadoras e integradoras dos regimentos (STC 118/1988). Rubio Llorente<sup>13</sup> considera que apesar de não haver referência explícita a regimentos de outros órgãos constitucionais, como o Conselho Geral do Poder Judiciário e do próprio TC, a impugnação em qualquer outra via que não a constitucional parece duvidosa.

d) A tarefa de garantir a correta aplicação das *normas de Direito comunitário europeu* por parte dos poderes públicos nacionais é, segundo o TC, uma questão de caráter infraconstitucional não passível de Recurso de Amparo e das demais ações constitucionais (STC 64/1991). As normas de Direito comunitário não são dotadas de nível e força constitucionais. Uma eventual infração daquelas normas por uma disposição espanhola não implica necessariamente uma transgressão da CE art. 93 (STC 28/1991).

e) A Declaração de 1º de julho de 1992 do TC, em resposta à consulta do Governo por ocasião do Tratado de Maastricht, confirmou a compatibilidade entre o controle *a posteriori* mediante o juízo de constitucionalidade dos *Tratados internacionais* (LOTC art. 27.2.c) e o exame preventivo da conformidade com a Constituição (LOTC art. 78), com o efeito previsto na CE art. 95.1.

f) A questão das *normas pré-constitucionais com força de lei* pode ser resolvida pela determinação de sua vigência (critério temporal da *lex posterior*) - tarefa que compete ao Juiz ordinário – ou de sua validade (critério hierárquico), cuja resolução está reservada à jurisdição constitucional. “Os Juízes e Tribunais não devem aplicá-las se entenderem que foram derogadas pela Constituição, por opor-se à mesma; ou podem, em caso de dúvida, submeter este tema ao TC pela via da Questão de Inconstitucionalidade” (STC 4/1981).

g) O controle das *normas reformadoras da Constituição* não está previsto no elenco da CE art. 161 e da LOTC art. 27, fato que tem merecido a crítica de Pedro de Vega<sup>14</sup> principalmente no que se refere às reformas dispensadas de ratificação por referendo. A opinião majoritária, no entanto, as considera com a mesma natureza das normas constitucionais, o que faria injustificado tal controle.

As normas subordinadas (objeto do controle) padecem de um vício de inconstitucionalidade *formal*, quando os parâmetros constitucionais impõem determinadas regras instrumentais, de procedimento ou de competência para o processo legislativo de sua criação. Se prescrevem ou excluem conteúdos para essas normas, o vício é *material*.

#### 4 RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDADE (RI)

O Recurso de Inconstitucionalidade é a ação mais típica do sistema concentrado espanhol de controle das normas. Com ele é possível aceder diretamente o TC para tentar impugnar total ou parcialmente leis ou disposições normativas com força de lei,

<sup>13</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. “La jurisdicción constitucional en España”. In: op. cit. p. 384.

<sup>14</sup> VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 296 y ss.

através da obtenção de uma sentença com efeitos gerais. A exemplo de seu predecessor alemão, no qual se inspirou, é um processo objetivo (abstrato ou em tese), que confronta unicamente a lei com a Constituição, sem que haja um litígio concreto ou interesses pessoais envolvendo partes. Apenas um pequeno número de sujeitos jurídico-públicos, expressamente arrolados na Constituição (CE art. 162.1.a) e na Lei Orgânica (LOTIC art. 32.1), está legitimado a interpor essa ação: o Presidente do Governo, o Defensor do Povo, um mínimo de cinquenta Deputados ou cinquenta Senadores, assim como os órgãos colegiados executivos das Comunidades Autônomas (Governos) e as Assembléias das mesmas, mas estas apenas para impugnar normas do Estado que “possam afetar a seu próprio âmbito de autonomia”.

Trujillo Fernández<sup>15</sup>, assevera que a legitimação do *Presidente do Governo* (Primeiro Ministro) para impugnar pela via direta as leis estatais aprovadas no Parlamento, de cuja confiança necessita, parece não ser coerente com o sistema parlamentarista, mas se justifica pelo fato de não ser impossível a ocorrência de um câmbio de maioria e de Governo dentro do prazo de três meses para interpor o Recurso. O *Defensor do Povo*, como alto comissionado das “Cortes Generales”<sup>16</sup>, que o designa para defender os direitos compreendidos no Título primeiro da Constituição (Direitos e Deveres Fundamentais), supervisiona as atividades da Administração e depois presta conta ao Parlamento. Sua legitimação para impugnar leis estatais pode parecer polêmica, não obstante, possibilita aos particulares intervir nesta matéria por seu intermédio. A legitimação de um mínimo de cinquenta deputados ou cinquenta senadores garante às minorias parlamentares o direito a dissentir juridicamente das maiorias, o que não significa que a interposição do Recurso esteja sempre isenta de motivações políticas. Configuram um agrupamento ocasional – *ad hoc* – que tem o objetivo de impugnar a validade constitucional de uma lei, sem que se exija a vinculação a qualquer dos grupos parlamentares (STC 42/1985). Finalmente, no que se refere à legitimação dos *Governos e Assembléias das Comunidades Autônomas* para impugnar normas do Estado, que possam afetar a seu próprio âmbito de autonomia, Rubio Llorente<sup>17</sup> lembra que o TC mudou sua antiga interpretação restritiva dessa limitação (STC 25/1981), para uma tão ampla, que a reduziu a quase nada (STC 199/1987).

A Constituição não estabelece um prazo máximo para a interposição do RI, mas a LOTIC art. 33.1 o fixou em três meses a partir da publicação da norma questionada. O prazo é preclusivo e não admite interrupção. Desde janeiro de 2000 se faculta ao Presidente do Governo e aos Governos das Comunidades Autônomas um prazo de nove meses, sempre que haja acordo de negociações sobre a matéria no âmbito da Comissão Bilateral de Cooperação entre o Governo Geral e a respectiva Comunidade Autônoma nos termos da LOTIC art. 33.2. Isso não impede que os demais legitimados interponham o RI dentro do prazo normal de três meses (LOTIC art. 33.3). É curioso verificar que o fim da legislatura, inclusive por dissolução do Parlamento, prorroga a legitimação dos parlamentares até a conclusão do prazo para recorrer (ATC 547/1989).

<sup>15</sup> TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumersindo. Op. cit. pp. 41-42.

<sup>16</sup> Câmara dos Deputados e Senado.

<sup>17</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. “La jurisdicción constitucional en España”. In: op. cit. p. 388.

O procedimento é sempre escrito. São partes o autor e o Parlamento que criou a lei. Não obstante, a prática tem demonstrado que apenas os Parlamentos das Comunidades Autônomas comparecem para defender suas leis, ficando a defesa das normas das “Cortes Generales” unicamente pelo Governo. A admissão do Recurso apenas suspende a vigência ou a aplicação da lei, se o Presidente de Governo impugna normas de uma Comunidade Autônoma. Nesse caso, o TC tem o prazo de cinco meses para ratificar ou levantar a suspensão (CE art. 161.2 e LOTC art. 30), decisão que normalmente leva em consideração a maior ou menor probabilidade de anulação da norma em questão.

O modo ordinário de concluir o processo é através de *sentença*, mas pode ser por despacho em caso de não admissão, desistência etc. Concluído o prazo de 15 dias para representação e formulação de alegações, o TC teria o prazo de dez dias, prorrogável por mais trinta, para ditar a sentença (LOTC art. 34.2), mas tem consumido em média dois anos nessa tarefa.<sup>18</sup> Seu conteúdo e dos eventuais votos particulares, devem ser publicados no BOE, tendo valor de *coisa julgada* a partir do dia seguinte ao de sua publicação, sem que caiba recurso, exceto nos casos em que a improcedência haja sido declarada por razões de forma (LOTC art 29.2), admitindo-se às partes pedir esclarecimento no prazo de dois dias. As sentenças de declaração de inconstitucionalidade total ou parcial de lei ou de norma com força de lei e todas as que não se limitem a prover subjetivamente um direito, além do valor de coisa julgada, têm efeitos *erga omnes* e vinculam a todos os poderes públicos (CE art. 164.1 e 2 e LOTC art. 38.1). O TC poderá estender a declaração de inconstitucionalidade a outros preceitos da mesma lei, por conexão ou conseqüência, assim como embasá-la em qualquer preceito constitucional, mesmo que não haja sido invocado no processo (LOTC art. 39.1 e 2).

A declaração de inconstitucionalidade normalmente implica a nulidade dos preceitos afetados, mas o TC poderá eventualmente deixar de declarar a nulidade – e portanto seus efeitos retroativos – caso ela possa gerar situações de insegurança jurídica ou prejuízos à sociedade. Por exemplo, em leis orçamentárias. Há também limites à retroatividade impostas por lei orgânica nos casos de sentenças com força de coisa julgada, com exceção de processos penais ou contencioso-administrativos, ou que pressuponham uma graduação dos efeitos.

## 5 QUESTÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE (QI)

A Constituição Espanhola não deixa margem a dúvidas no que se refere à eficácia direta de suas normas, a que todos os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos (CE arts. 9.1 e 53.1). Por isso, todos os juizes e tribunais devem necessariamente confrontar a lei com a Constituição em seus julgamentos. Isto significa que a aplicação judicial das normas constitucionais não é responsabilidade exclusiva do TC, mas se estende a todo o Poder Judiciário. Não obstante, o rechaço de leis posteriores à Constituição é monopólio do TC. A norma mantém sua presunção de validade enquanto não for declarada inconstitucional pelo Alto Tribunal. Por conseguinte, o Poder Judiciário tem a obrigação

---

<sup>18</sup> *Ibidem* p. 389.

de controlar a constitucionalidade das normas envolvidas num conflito concreto, sem poder ele próprio deixar de aplicá-las ou de rechaçá-las.

O Poder Constituinte originário resolveu essa situação criando um recurso incidental de inconstitucionalidade (CE art. 163) - denominado Questão de Inconstitucionalidade (QI) pela LOTC (arts. 35-37) -, que permite aos juizes e tribunais encaminhar ao TC eventual dúvida sobre a constitucionalidade de uma lei, considerada essencial para a resolução do caso concreto que estejam examinando. A legitimação para argüir a QI é, portanto, exclusiva de um juiz ou de um tribunal, mas são indispensáveis alguns requisitos: “a) em caráter prévio, a existência de um processo sendo examinado por um juiz ou um tribunal; b) força de lei da norma ou normas a serem questionadas; c) contradição, segundo o critério do órgão judicial, da dita norma com determinados preceitos constitucionais; d) dependência, na resolução do processo principal, da validade da norma legal aplicável.”<sup>19</sup> A QI pode ser argüida de ofício ou a pedido da parte. As partes têm o direito de instar o juiz ou o tribunal a encaminhar a QI ao TC, mas cabe ao órgão judicial decidir - de forma discricionária e irrecurível se o faz ou não. Não obstante, o pedido pode ser renovado em instâncias superiores até haver uma sentença definitiva (LOTC art. 35).

A LOTC exige que o questionamento ocorra apenas depois de concluídos os procedimentos e dentro do prazo para ditar a sentença (art. 35.2). Essa exigência vem sendo flexibilizada pelo TC, que tem admitido a Questão a trâmite, mesmo quando a norma é aplicada para fundamentar decisões interlocutórias, de simples execução (STC 76/1982) ou quando não fundamenta uma decisão própria, mas deveria ter sido aplicada por outras autoridades, responsáveis por algum ponto da execução da própria sentença (STC 54/1983). A inadmissão somente pode ocorrer depois de prévia manifestação do Ministério Público, se faltarem as condições processuais para sua tramitação ou se for notoriamente infundada (LOTC art. 37.1).

A admissão da QI suspende o processo concreto (*a quo*) até que haja uma decisão definitiva do TC, apesar da CE art. 163 dizer o contrário.<sup>20</sup> O trâmite da Questão no Alto Tribunal é similar ao do RI, assim como seus efeitos na depuração objetiva do ordenamento (os efeitos das sentenças são os mesmos). Ainda que a QI tenha origem num processo concreto, não pertence ao âmbito do controle concreto de constitucionalidade, cujas decisões são ditadas pelos próprios juizes e tribunais do Poder Judiciário e têm efeitos meramente *inter partes*, como ocorre no Brasil. Por conseguinte, Recurso e Questão são mecanismos abstratos de controle.

Importante destacar que a improcedência de um RI não impede uma ulterior interposição de uma QI versando sobre a mesma norma. Uma modificação introduzida na LOTC 38.2 (LO 7/1999) clarificou e confirmou uma possibilidade que a jurisprudência do TC já havia consagrado (*v.g.* STC 20/1998 F. 2[RTC 1988, 20]). Ainda que nesses casos o TC sempre possa alegar notória falta de fundamento para não admitir a Questão,

<sup>19</sup> RIVAS MAURA, Andrés, *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Civitas, 1991, p. 51.

<sup>20</sup> CE art. 163: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, **que en ningún caso serán suspensivos.**”

até porque há uma sentença anterior que resolveu o mérito, o importante é que já não existe mais obstáculo legal impedindo o Alto Tribunal de fazer uma interpretação evolutiva da CE, adaptando-a aos câmbios históricos. Algo semelhante ocorre com as chamadas sentenças interpretativas, que supõem uma procedência parcial. A sobrevivência do preceito no ordenamento permite que seja tentada sua impugnação via Questão de Inconstitucionalidade.

## 6 CONTROLE PRÉVIO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

O controle jurisdicional de constitucionalidade espanhol é fundamentalmente repressivo (*a posteriori*), mas a CE art. 95.2 prevê a possibilidade de submissão preventiva dos tratados internacionais ao TC (LOTC art. 78), para que declare se eles contêm ou não estipulações contrárias à Constituição. O controle prévio dos tratados internacionais, de nítida inspiração francesa – é análogo ao art. 54 da Constituição francesa – constitui-se em exceção à marcada influência germânica no controle espanhol. Contudo, não é um instrumento carente de lógica em termos jurisdicionais. Se a declaração de nulidade de uma lei é sempre algo traumático para o sistema, mais ainda se for um tratado internacional, pela obviedade de afetar também interesses de terceiros países. Assim que os cuidados devem ser ainda maiores.

Os legitimados são o Governo ou qualquer das Câmaras legislativas, que o farão através de requerimento dirigido ao TC. A decisão de requerer no *Congreso* (Câmara dos Deputados) é do Pleno, por iniciativa de dois Grupos parlamentares ou uma quinta parte dos Deputados (Regimento do Congresso art. 157). No Senado a faculdade de propor pertence a um Grupo parlamentar ou a vinte e cinco Senadores (Regimento do Senado art. 147). Para que tal ocorra, o texto do tratado deverá estar definitivamente fixado, mas sem que o Estado haja prestado sua concordância. O controle prévio é facultativo e somente será objeto de requerimento se o Governo ou as Câmaras legislativas tiverem fundadas dúvidas sobre a constitucionalidade de determinada estipulação. O pronunciamento do TC sobre a adequação ou não à Norma Fundamental deverá ser dado num prazo máximo de dois meses, a partir do recebimento do requerimento. No primeiro mês serão convocados o solicitante e os demais legitimados para que expressem sua opinião sobre a questão. Ademais, o Alto Tribunal está autorizado a solicitar – a qualquer tempo - informações pertinentes deles ou de outras pessoas naturais ou jurídicas.

A natureza do controle prévio dos tratados – se jurisdicional ou meramente consultiva - foi objeto de controvérsia basicamente até a Declaração de 1º de julho de 1992 (Tratado da União Européia), quando o TC sinalou que “ainda que esse procedimento não possua necessariamente natureza contenciosa, não por dita circunstância se vê alterada a posição do Tribunal como intérprete supremo da Constituição. Como em qualquer outro procedimento, o Tribunal atua aqui como o órgão jurisdicional que é e sua declaração, portanto, não pode senão basear-se em argumentações jurídico-constitucionais, ...”. As óbvias peculiaridades desse mecanismo não são suficientes para tirar sua natureza jurisdicional.

Outro dado a ser considerado é o de que a declaração do TC tem força vinculante

(LOTC art. 78.2). Se, portanto, a decisão avaliar que alguma estipulação for inconstitucional, o Tratado somente poderá ser ratificado após uma reforma da Constituição. Finalmente, a declaração de constitucionalidade confere uma presunção material de constitucionalidade ao Tratado, mas que não impede futura impugnação mediante RI, QI e, inclusive, Recurso de Amparo.<sup>21</sup> Sabidamente, as mudanças culturais e sociais geram fenômenos de mutação constitucional, que tornam inconstitucionais normas antes havidas como válidas. Uma reforma constitucional pode ter idêntico efeito e, ademais, certas inconstitucionalidades somente são percebidas ao aplicar-se um preceito a um caso concreto. Esta possibilidade de controle *a posteriori* marca uma diferença fundamental entre o controle prévio espanhol e o francês.

Registre-se que até 1985 o Art. 79 da LOTC - ao amparo da cláusula aberta da CE art. 161.1.d - previa também a existência de um controle prévio dos Estatutos das Regiões Autônomas e das Leis Orgânicas, cujo acionamento suspendia imediatamente o procedimento legislativo e não impunha um prazo máximo para o pronunciamento do TC, que assim tinha o poder de decidir discricionariamente quando uma lei orgânica, já aprovada pelas câmaras, poderia entrar em vigor. A derrogação desse controle se deveu, segundo Sánchez de Vega<sup>22</sup>, a três fatores principais:

**a)** concebido pelo legislador como um instrumento de utilização *in extremis*, seu uso reiterado como mecanismo de prolongação do tempo do *iter* parlamentar, lhe converteu numa espécie de fase de pendência da tramitação dos projetos de leis orgânicas;

**b)** impediu à maioria do Parlamento atuar as opções políticas previstas no programa de governo, pois limitou sua execução temporal, afetando a relação entre as Câmaras e o Governo, que num regime parlamentarista se encontra em grande medida fundada na relação de confiança do Legislativo pelas principais linhas de política legislativa do Executivo;

**c)** degenerou numa espécie de veto suspensivo do procedimento de aprovação das leis orgânicas, trasladando ao TC um papel que não lhe correspondia.

## 7 RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL (RA)

O antecedente mais próximo do Recurso de Amparo espanhol encontra-se na Constituição de 1931, que previa uma ação a ser julgada pelo Tribunal de Garantias Constitucionais em caso de vulneração de garantias individuais. Apesar de haver funcionado precariamente, significou uma inovação num sistema europeu impregnado pelas idéias de Kelsen, que tão somente admitia o controle de constitucionalidade das normas. A finalidade essencial do atual Recurso de Amparo<sup>23</sup> é a proteção dos cidadãos, em sede constitucional, frente às violações dos direitos fundamentais e liberdades públicas - reconhecidas na CE arts. 14 a 29 e 30.2 - perpetradas por atos dos poderes públicos.

<sup>21</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. "La jurisdicción constitucional en España". In: op. cit. p. 393, Nota 56.

<sup>22</sup> VEGA GARCÍA, Agustín Sánchez de. "Acerca del Recurso Previo de Inconstitucionalidad". In: *Revista de las Cortes Generales (Separata)*, n. 23. Madrid, Segundo Cuatrimestre, 1991, p. 62-63.

<sup>23</sup> Trata-se de uma garantia descrita sucintamente na CE arts. 53.2; 161.1.b e 162.1.b, e mais bem desenvolvida na LOTC arts. 41 a 58.

Entre outros, igualdade, vida, liberdade, honra, ir e vir, expressão, reunião, associação, tutela efetiva de juizes e tribunais.

Interessante verificar que nem todos os direitos e liberdades são passíveis de RA, pois a enumeração antes referida é taxativa (*numerus clausus*). Ficam de fora, portanto, os direitos descritos na CE arts. 30 a 38 com exceção do art. 30.2 (objeção de consciência), que perdeu sua razão de ser com a abolição do serviço militar obrigatório. Entre outros, propriedade privada, herança, trabalho, profissão, livre iniciativa e sindicalização. Ademais, o TC não considera autênticos todos os direitos e liberdades constantes da lista dos protegidos. Os arts. 16.3 (dever de colaboração do Estado com a Igreja Católica e outras confissões) e 25.2 (reeducação e inserção social do preso) são tidos como um mero mandato ao legislador, dos quais não derivam direitos subjetivos (STC 93/1983 e 28/1988). Pelo que, não se admite Recursos de Amparo baseados neles. No mesmo sentido, apenas os apartados 1, 3 e 6 do art. 27 (ensino) são considerados direitos de liberdade (STC 86/1985 – para o apartado 9). Finalmente, por contraditório que possa parecer, os direitos e liberdades garantidos por tratados e convênios internacionais, apesar de servirem de parâmetro de interpretação para os direitos e liberdades constitucionais (CE art. 10.2), não podem ser alegados ante um juízo de amparo, porque não têm nível constitucional (STC 120/90).

Também são suscetíveis de impugnação por esta via os atos *sem valor de lei* das duas Câmaras Legislativas ou das Assembléias Legislativas das Comunidades autônomas (CE art. 42), os atos dos Governos e das Administrações estatais e regionais (CE art. 43) e os atos ou omissões dos órgãos judiciais (CE art. 44). Ainda que não seja possível impugnar diretamente uma lei em sede de RA, é possível alegar sua inconstitucionalidade se o ato em questão vulnera um direito fundamental por basear-se em dita lei. Neste caso, a Sala julga o Amparo e eleva ao Pleno a decisão sobre a inconstitucionalidade da lei. É a chamada Auto-questão de Inconstitucionalidade (LOTIC art. 55.2).<sup>24</sup>

Em princípio, os atos das pessoas privadas estão fora do âmbito do RA. Contudo, como cabe aos juizes e tribunais fazer efetivos os direitos fundamentais nas relações entre particulares (CE art. 24.1), eles têm a obrigação de impedir ou reparar eventuais violações, que ocorram neste âmbito, nos processos que julguem. Se não o fazem, eles próprios cometem uma violação e, como poderes públicos, podem ter seus atos impugnados através de Amparo (LOTIC art. 44.1.b). São situações bastante comuns nas relações laborais. O direito espanhol assume assim a teoria alemã da *Drittwirkung der Grundrechte* ou eficácia dos direitos fundamentais frente aos particulares.

Neste sentido, Ángela Figueruelo<sup>25</sup> afirma que “a extensão do objeto do amparo se levou a cabo por duas vias: mediante a incorporação no conteúdo de um direito suscetível de amparo de outro em principio alheio ao mesmo. E, por meio da aplicação instrumental de um direito suscetível de amparo, especialmente o da igualdade (art. 14 da CE) ou da tutela judicial efetiva (art. 24.1 da CE).” Essa interpretação ampla e extensiva

<sup>24</sup> Tema desenvolvido no item seguinte.

<sup>25</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El recurso de amparo: estado de la cuestión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001, p. 41, 44, 55 e seg.; da mesma autora, especificamente sobre o art. 24.1 da CE: *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos, 1990.

do TC “tem provocado que a maior parte das resoluções dos juízes e tribunais ordinários sejam recorríveis em amparo, convertendo em objeto do recurso não só os erros *in iudicando* mas também qualquer erro *in procedendo*.” Não por outro motivo, o RA é hoje o responsável por mais de 95% do trabalho do TC, sendo, do ponto de vista quantitativo, sua obra mais importante.<sup>26</sup>

Pérez Tremps<sup>27</sup> indica quatro características básicas do Recurso de Amparo. A **primeira** é que *não se trata propriamente de um recurso*, mas de uma ação constitucional, ou seja, uma ação autônoma. Com efeito, ele não é uma reprodução pura e simples de uma ação ante um órgão superior dentro de uma determinada ordem jurisdicional (uma nova instância ou um último elo), mas tem um objeto concreto e determinado - garantir um direito fundamental - e ocorre ante um órgão alheio ao Poder Judiciário: o TC. A **segunda** é seu *caráter extraordinário*, pois nem todas as matérias podem ser objeto de Amparo, mas apenas aquelas previstas na CE (arts. 14 a 29 e 30.2). Pelo que, tanto o fundamento (vulneração de um direito fundamental), como o objeto do Recurso de Amparo (garantir esse direito) são extraordinários. A **terceira** é seu *caráter subsidiário* (LOTC arts. 43 y 44): somente após esgotada a via ordinária, ou seja, após buscar sem resultado a tutela de direitos fundamentais ante os juízes e tribunais (amparos ordinários - CE art. 53.2 - e demais ações), se pode aceder ao TC em Amparo (STC 227/1999). Se inclui neste âmbito o requisito da “invocação prévia” do direito vulnerado no processo, tão pronto seja conhecida a violação. E, obviamente, estão excluídos os atos definitivos sem valor de lei das Câmaras e Assembléias (LOTC art. 42). A **quarta** característica é a de sua *flexibilidade processual*, que advém diretamente do fato de tratar-se de uma garantia de direitos fundamentais. A interpretação flexível de seus requisitos formais deve permitir o cumprimento eficaz da função de tutela, mas preservando a segurança jurídica e não causando lesões a direitos de terceiros.

Todas as pessoas naturais ou jurídicas, privadas ou públicas, que invoquem um interesse legítimo, assim como o Defensor do Povo e o Ministério Fiscal, estão legitimados para interpor o RA (CE art. 162.1.b). Se o ato emanou das Câmaras ou das Assembléias legislativas, cabe à pessoa diretamente afetada interpor o recurso no prazo de três meses, a partir do dia que as normas internas destes órgãos o considerem definitivo (LOTC arts. 42 e 46.1.a). Nos demais - atos do Governo e das Administrações estatais e regionais, e dos órgãos judiciais - a quem haja sido parte no processo judicial prévio, dentro do prazo de vinte dias seguintes à notificação da resolução judicial (LOTC arts. 43, 44 e 46.1.b). O Defensor do Povo e o Ministério Fiscal, que têm a missão comum de garantir os direitos e liberdades fundamentais, podem interpor o recurso contra qualquer desses atos, mas têm feito um uso muito escasso dessa faculdade. Ademais, o Ministério Fiscal deve intervir em todos os processos (LOTC art. 47.2).

Sua tramitação está descrita basicamente na LOTC (arts. 48 a 52). Como qualquer outra, a demanda deve ser apresentada por Procurador e sob direção de Letrado. As partes são o recorrente, o Ministério Fiscal, em todos os casos, e o Advogado do Estado,

<sup>26</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. “La jurisdicción constitucional en España”. In: op. cit. p. 403 e Nota 84.

<sup>27</sup> PÉREZ TREMPES, Pablo. “Recurso de Amparo”. In ARAGÓN REYES, Manuel (coord.). Op. cit. p. 66-67.

quando o ato recorrido tenha sido da Administração. Se prevê ainda a participação – em caráter de coadjuvantes ou demandados – das pessoas a quem favorece o ato impugnado ou que tenham um interesse legítimo nele, mas o normal é que sejam apenas os participantes do processo prévio. A admissão dos recursos é resolvida por Seções integradas por três Magistrados. Apenas o Ministério Fiscal pode recorrer de eventual inadmissão. Quase 90% das demandas não logram superar os requisitos da LOTC (art. 50). Admitido o recurso, a Sala julgadora requer ao órgão ou autoridade responsável pelo ato impugnado, ou ao Juiz ou Tribunal, que conheceu do procedimento precedente, para que remeta os autos no prazo de dez dias. Posteriormente, dará vista dos autos a todas as partes, por um prazo comum de vinte dias, durante o qual poderão apresentar as alegações pertinentes. Estas poderão ser substituídas pela celebração de vista oral, se assim decide a Sala, de ofício ou a pedido da parte. É a única demanda ante o TC que permite essa possibilidade.

A demanda fixa os limites do processo, sem que estes possam ser posteriormente ampliados (STC 180/1993). Se não houver desistência ou perda de objeto em seu curso, o processo culminará numa sentença procedente ou improcedente. Se o amparo for outorgado, a sentença poderá conter até três tipos de pronunciamentos: a) declaração de nulidade do ato, com a possibilidade de modular a extensão de seus efeitos; b) reconhecimento do direito ou liberdade pública; c) restabelecimento integral do direito do recorrente e adoção de medidas adequadas à sua conservação (LOTC art. 55.1.a.b.c). Há, portanto, uma grande flexibilidade.

## 8 AUTO-QUESTÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A “Autocuestión de Inconstitucionalidad”, que alguns autores preferem chamar “Cuestión Interna de Inconstitucionalidad” ou “Control Sucesivo de Constitucionalidad” não está prevista na CE, mas na LOTC art. 55.2: “declarado procedente o Recurso de Amparo porque a lei aplicada lesa direitos fundamentais ou liberdades públicas, a Sala elevará a questão ao Pleno, que poderá declarar a inconstitucionalidade de dita lei em nova sentença...”. Ángela Figueruelo<sup>28</sup> destaca que “o artigo 55.2 propicia uma ampliação dos poderes do Tribunal Constitucional. Sendo uma exceção ao princípio rogatório, possibilita que toda lei detectada num processo de amparo como inconstitucional (por lesar direitos fundamentais ou liberdades públicas) possa ser anulada. A garantia da adequação das leis à Constituição é subtraída da livre disponibilidade dos particulares recorrentes e se assegura a primazia da Constituição pela atuação do TC”.

A Auto-questão é uma peculiaridade espanhola, que não encontra similar nos demais países do sistema europeu. Como antes visto, o Recurso de Amparo pode ser interposto apenas contra atos não normativos. Quando a lesão do Poder Público objeto do RA ocorre como consequência da aplicação de uma lei, a responsabilidade obviamente deixa de ser do órgão judicial ou administrativo e passa a ser do órgão legislativo. Nestes

<sup>28</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. “Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (Art. 55.2 de la LOTC)”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 21. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Septiembre-Diciembre, 1987. pp. 248 e 249.

casos, a Sala que declarou procedente o RA deverá elevar a questão ao Pleno, para que ele se manifeste acerca da (in)constitucionalidade da norma, seguindo os mesmos trâmites da Questão de Inconstitucionalidade. Tal sucede para evitar no futuro a repetição da violação, pois a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos de coisa julgada, gerais e vinculantes (LOTC arts. 37 e 38).

Interessante observar que o órgão julgador do Recurso de Amparo normalmente é uma das Salas do TC, mas há situações especiais em que a LOTC admite o julgamento pelo Pleno (arts. 10.k e 13). Como também está obrigado a ater-se aos limites da demanda, não é permitido ao Pleno julgar nesse âmbito eventual inconstitucionalidade de uma norma com força de lei. Por isso, deverá argüi-la a si próprio.<sup>29</sup> Haverá duas sentenças, pois os procedimentos são de natureza distinta: uma da Sala ou do Pleno para o Recurso de Amparo - argüida por uma pessoa - e outra do Pleno para a Auto-questão - argüida de ofício pela Sala ou por ele mesmo. Portanto, a Auto-questão não é propriamente incidental ao processo de Amparo, o que suporia que este fosse o principal. Seria incidental se a sentença de Amparo da Sala (ou do próprio Pleno) dependesse de prévia decisão do Pleno sobre a constitucionalidade de determinada norma, a exemplo do que sucede com certos processos da justiça ordinária, em que os juizes ou tribunais encaminham ao TC uma Questão de Inconstitucionalidade e aguardam a decisão com o processo concreto suspenso.<sup>30</sup> Na Auto-questão, pelo contrário, a sentença de Amparo, seja da Sala, seja do Pleno, é sempre anterior à sentença sobre a constitucionalidade e, ao menos formalmente, independente.

Em princípio, a Auto-questão encontra seus limites nos preceitos protegidos pelo Recurso de Amparo, mas se algum deles conectar-se conceitualmente com outros preceitos, a declaração de nulidade pode ser excepcionalmente estendida (STC 209/1988 e STC 45/1989).<sup>31</sup>

## 9 CONFLITOS CONSTITUCIONAIS

O conhecimento dos conflitos de competência entre o Estado espanhol e as Comunidades Autônomas, ou destas entre si, é atribuído pela CE (art. 161.1.c) e pela LOTC (art. 59) ao TC. A cláusula aberta do art. 161.d da CE permitiu à LOTC ampliar essa competência aos chamados conflitos de atribuições entre órgãos constitucionais do Estado – Governo, Câmara dos Deputados, Senado e Conselho Geral do Poder Judiciário. A possibilidade do Governo impugnar junto ao TC disposições regulamentares das Comunidades Autônomas foi incluída graças a uma interpretação extensiva da CE (art. 161.2). Mais recentemente a Lei Orgânica 7/1999 adicionou um novo Capítulo (o IV) ao Título IV da LOTC, agregando os conflitos em defesa da autonomia local – municípios e províncias - frente ao Estado ou a uma Comunidade Autônoma.

<sup>29</sup> A rigor esta seria a “verdadeira” *autocuestión*, pois é argüida pelo Pleno a si próprio. Quando suscitada por uma Sala ao Pleno não há identidade de partes.

<sup>30</sup> O controle incidental de constitucionalidade brasileiro é outro exemplo.

<sup>31</sup> PÉREZ TREMPES, Pablo. “Comentario al Art. 55 LOTC”. In: REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, 2001, p. 876 e 877.

Todos esses conflitos são julgados exclusivamente pelo Pleno do TC (LOTC art. 10.b), que atua assim como uma autêntica peça de equilíbrio de uma ordenação complexa de poder, que é o Estado das Autonomias. Ao afirmar a submissão de todos os poderes constitucionais ao Direito, lembra Sánchez Agesta,<sup>32</sup> o Estado “sublinha o caráter de poderes limitados de todos os órgãos cujas competências estão definidas pela Constituição ou pelas leis. E esse é um dos perfis capitais do Estado de Direito”.

## 9.1 Conflitos entre o Estado e as Comunidades Autônomas ou destas entre si

A CE (art. 161.1.c) e a LOTC (art. 59.1.a-b) determinam que cabe ao TC dirimir os conflitos entre o Estado e uma ou mais Comunidades Autônomas ou de duas ou mais Comunidades Autônomas entre si, surgidas da aplicação de competências previstas diretamente pela Constituição, pelos Estatutos de Autonomia ou pelas Leis orgânicas e ordinárias. Ainda que a tutela dessa distribuição de competências possa ser exercida pela justiça ordinária e pelo próprio TC (este ao resolver Recursos e Questões de Inconstitucionalidade), “o conflito é um tipo de processo especial e exclusivamente desenhado para dirimir as controvérsias relativas à titularidade ou ao modo de exercício de tais competências”.<sup>33</sup> As decisões do TC em tais conflitos vinculam a todos os poderes públicos e têm efeitos *erga omnes*. Os conflitos de competência estão regulados na LOTC (arts. 60-72) e podem ser *positivos* ou *negativos*.

### a) Conflitos Positivos

Estão legitimados para suscitar o conflito positivo de competência o Governo do Estado e o órgão equivalente das Comunidades Autônomas. Seu objeto é amplo, pois abarca as normas (disposições) e os atos concretos (atos ou resoluções) dos órgãos do Estado e das Comunidades Autônomas, que supostamente não respeitam a ordem de competência estabelecida na Constituição (arts. 148-150), nos Estatutos ou nas Leis. A tramitação do conflito se dá sempre através de um procedimento escrito e tem características distintas, conforme haja sido interposto pelo Governo do Estado ou por uma Comunidade Autônoma. Somente o Governo pode suscitar o conflito diretamente ao TC no prazo de dois meses da publicação da disposição ou da realização do ato impugnado e, ademais, suspender sua vigência, invocando o art. 161.2 da CE. Não obstante, para evitar problemas de natureza política, tem optado normalmente por seguir o mesmo trâmite a que estão obrigadas as Comunidades Autônomas. Estas devem fazer um requerimento prévio ao Governo do Estado no prazo de dois meses da publicação da norma ou da realização do ato impugnado, possibilitando assim uma solução negociada. Uma vez recebido o requerimento, o Governo tem o prazo de um mês para atendê-lo ou rechaçá-lo. Em caso de rechaço ou falta de contestação, a Comunidade poderá interpor o conflito ao TC no prazo máximo de 30 dias, a partir da notificação do

<sup>32</sup> SÁNCHEZ AGESTA, Luis. Op. cit. p. 391.

<sup>33</sup> PUNSET BLANCO, Ramón, “Conflicto de competencia entre el Estado y las CC.AA”. In ARAGÓN REYES, Manuel (coord.). Op. cit. p. 48.

rechaço ou do término do prazo para resposta. A opção por esse trâmite não impede a prerrogativa exclusiva do Governo de invocar ao TC a suspensão da vigência da norma ou do ato impugnado, ao entabular o conflito. Finalmente, é de ressaltar que se a competência controvertida tenha sido atribuída por uma lei ou norma com força de lei, o trâmite deve obedecer à forma prevista para os Recursos de Inconstitucionalidade.

A sentença põe fim ao conflito ao declarar a quem pertence a titularidade da competência. O TC pode ademais anular as normas ou atos viciados de incompetência e tomar as medidas que considere apropriadas em relação às situações de fato ou de direito criadas.

## **b) Conflitos Negativos**

Os conflitos negativos ocorrem quando o Estado ou as Comunidades Autônomas se omitem em emitir disposições, resoluções ou atos de sua competência. Podem ser argüidos ao TC por pessoas físicas ou jurídicas, quando a omissão se produziu frente a um administrado; ou pelo Governo do Estado, se uma Comunidade Autônoma oferece resistência em exercer as competências que lhe são atribuídas. Rubio Llorente<sup>34</sup> chama os primeiros de “conflitos frente ao administrado” e os segundos de “conflitos políticos”.

Os *conflitos frente ao administrado* ocorrem quando há uma declinação de competência, ou seja, uma pessoa física ou jurídica se dirige a uma determinada Administração Pública (Estado ou Comunidade Autônoma) e esta lhe indica outra como a competente para sua solicitação. Se tampouco obtém êxito na segunda – de novo por declinação ou por falta de decisão afirmativa no prazo de um mês -, pode acudir ante o TC no prazo de mais um mês. O Tribunal, após constatar que as negativas se baseiam numa diferença de interpretação de preceitos constitucionais, estatutários ou legais sobre os respectivos âmbitos de competência, declarará por sentença a Administração competente.

Os *conflitos políticos* se produzem quando o Governo requer a uma Comunidade Autônoma, que exerça determinadas competências, atribuídas por seus próprios Estatutos ou por uma Lei Orgânica de delegação e transferência. Se o órgão requerido se declara incompetente ou mantém-se inativo até o final do prazo fixado pelo Governo (no mínimo um mês), este está autorizado a suscitar o conflito ante o TC, para obrigar a Comunidade a fazer uso de suas atribuições no prazo fixado pela sentença.

Rubio Llorente<sup>35</sup> entende que os conflitos negativos são de escassa utilização e utilidade. Os conflitos políticos ainda não foram utilizados e nos poucos conflitos interpostos pelos administrados o TC tem-se limitado a afirmar a sua falta de jurisdição.

## **9.2 Conflitos entre Órgãos Constitucionais do Estado**

Os chamados *conflictos de atribuciones* não estão previstos na CE, mas tão somente na LOTC (arts. 73-75). Qualquer um dos órgãos constitucionais arrolados no

<sup>34</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. “La jurisdicción constitucional en España”. In: op. cit. p. 398-401.

<sup>35</sup> Ibidem p. 401.

art. 53.1.c da LOTC (Governo do Estado, Câmara dos Deputados, Senado e Conselho Geral do Poder Judiciário), que estime que um outro esteja invadindo atribuições próprias, conferidas pela CE ou pelas Leis Orgânicas, poderá requerer para que as retifique num prazo de um mês. Se a solicitação não for atendida, o órgão está autorizado a suscitar o conflito de atribuições ante o TC. Por conseguinte, a legitimação ativa e passiva pertence apenas a esses órgãos e unicamente para defender suas próprias atribuições.

A primeira sentença do Pleno do TC (STC 45/1986), que resolveu três conflitos suscitados pelo Conselho Geral do Poder Judiciário em relação à sua própria Lei Orgânica, a par de impossibilitar a impugnação de leis por esta via, a reduziu a uma mera *vindicatio potestatis*. Com a STC 234/2000<sup>36</sup> o TC flexibilizou a exigência de que o demandado efetivamente houvesse exercido uma atribuição que não era sua, passando a aceitar que o exercício abusivo de uma atribuição própria, também pode ser pressuposto para a arguição de um conflito de atribuições, caso prejudique a atuação de outro órgão.

A sentença que põe término ao conflito deve determinar a que órgãos correspondem as atribuições constitucionais controvertidas, anular os procedimentos indevidamente executados e resolver as situações jurídicas produzidas ao seu amparo. Não há na LOTC previsões sobre os efeitos dessas sentenças, mas produzem coisa julgada, vinculam a todos os poderes e, como não atribuem subjetivamente um direito, quando declaram a nulidade de uma disposição de caráter geral sua eficácia é *erga omnes*.<sup>37</sup>

### 9.3 Conflitos em Defesa da Autonomia Local

A Lei Orgânica 7/1999 modificou o Título IV da LOTC, adicionando-lhe um novo Capítulo IV (art. 75 *bis, ter, quater e quinque*), que dá aos municípios e às províncias a condição de legitimados ativos para suscitar conflitos de competência ante o TC, se leis ou disposições com força de lei do Estado ou das Comunidades Autônomas vulneram, a seu juízo, a autonomia local. Não obstante, somente pode aceder ao TC individualmente o que seja o destinatário único da lei. Ademais, também estão legitimados um sétimo dos municípios existentes no território de aplicação da disposição com força de lei, desde que representem um mínimo de um sexto da população oficial do território correspondente; ou a metade das províncias existentes no território de aplicação, se representam ao menos a metade da população oficial desse território.

A finalidade é obter do TC uma declaração sobre a existência ou não de lesão à autonomia local e sobre a titularidade da competência. Por tratar-se de disposição com força de lei, a constatação da invasão implica a existência de inconstitucionalidade, mas ela não pode ser declarada na mesma sentença. Por isso, o Pleno deve argüir a si próprio a questão, para que haja uma segunda sentença específica (Auto-questão de Inconstitucionalidade - LOTC art. 55.2). Neste caso o procedimento seguirá os trâmites

<sup>36</sup> "El Acuerdo de la Mesa del Senado de no admitir a trámite la declaración de urgencia de un determinado proyecto de ley efectuada por el Gobierno ha frustrado el ejercicio de una atribución que el Gobierno considera como propia ex artículo 90.3 CE, haciendo imposible la misma en el supuesto planteado..."

<sup>37</sup> GÓMEZ MONTORO, Ángel J. "Comentario al art. 75 LOTC". In: REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.). *Comentarios...* p. 1170-1172.

previstos para a Questão de Inconstitucionalidade. A doutrina tem enfatizado que a verdadeira natureza do conflito em defesa da autonomia local é a de um Recurso de Inconstitucionalidade. Seria nada mais que um recurso disfarçado, com o objetivo de estender aos municípios e províncias a possibilidade de impugnar diretamente leis, sem que para isso fosse necessário reformar a Constituição.

Todos os poderes públicos estão obrigados a respeitar o conteúdo do dispositivo da sentença e seus mandatos. Os juízes e tribunais, ademais, devem interpretar a lei conforme à interpretação dada pelo TC (LOPJ art. 5.1). No caso de que haja uma sentença que anule um preceito legal ou disposição com força de lei, terá os mesmos efeitos de uma Declaração de Inconstitucionalidade.

## **10 IMPUGNAÇÃO PELO GOVERNO DE NORMAS INFRA-LEGAIS AUTONÔMICAS**

A impugnação de disposições sem força de lei e resoluções de qualquer órgão das Comunidades Autônomas está prevista no Título V da LOTC (arts. 76 e 77). O prazo para a impugnação é de dois meses da data da publicação da disposição ou resolução no periódico oficial autonômico ou, se não houve publicação formal, da data em que tenha chegado ao conhecimento do Governo. O Conselho de Estado deverá ser consultado antes ou depois da interposição (Lei Orgânica do Conselho de Estado – LOCE art. 22.6). A comunicação da impugnação pelo Tribunal produz a suspensão da disposição ou resolução recorrida pelo prazo máximo de cinco meses, dentro do qual o TC deverá ou não ratificá-la.

Como a CE art. 153.c atribui o controle da Administração autonômica e de suas normas regulamentares à jurisdição contencioso-administrativa, o TC decidiu que a impugnação de regras infra-legais das Comunidades Autônomas admite uma via dupla (STC 64/1990). Isto ocorre porque as infrações à Constituição produzidas por estas normas sem valor de lei - que não sejam casos de incompetência - são as únicas que podem ser impugnadas ante o TC, não obstante também possam ser conhecidas pela jurisdição contencioso-administrativa. Como é sabido, a falta de competência deve ser objeto de Conflito e as ilegalidades desses regulamentos são exclusividade da jurisdição contencioso-administrativa. A única vantagem da impugnação direta no TC parece ser a imediata suspensão do dispositivo ou resolução contestado pelo Governo.

## **11 EFETIVIDADE DAS DECISÕES DO TC**

A CE art. 9.1 estabelece que “os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico” e a LOTC art. 87.1 prevê que “todos os poderes públicos são obrigados a cumprir as decisões do Tribunal Constitucional”. No que tange aos poderes Executivo e Legislativo, Rubio Llorente<sup>38</sup> afirma que “as sentenças do Tribunal Constitucional têm sido sempre rigorosamente respeitadas”, o que

<sup>38</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. “Jurisdicción constitucional y legislación en España”. In: op. cit. p. 428.

reafirma o bom funcionamento do Estado de Direito espanhol. No âmbito do Poder Judiciário a LOPJ art. 5.1 (além da LOTC arts. 38.1 e 40.2), estabelece expressamente a vinculação dos Tribunais à doutrina do TC. Portanto, pende sobre os órgãos judiciais um dever jurídico de acatar a doutrina constitucional (STC 319/1993). Os autores divergem se a vinculação seria apenas em relação ao dispositivo ou se se estenderia aos fundamentos das sentenças. Contudo, a prática forense tem demonstrado que os fundamentos vem sendo levados amplamente em consideração pelos operadores jurídicos, além de facilitarem a admissão dos Recursos de Amparo.

Não obstante, o Poder Judiciário (jurisdição ordinária) pode eventualmente decidir de forma contrária à interpretação do TC e isso supõe a necessidade de mecanismos para sua impugnação. Santos Vijande sustenta que o Recurso de Amparo constitucional é o meio adequado para impugnar as resoluções dos tribunais ordinários contrárias à exegese do TC sobre princípios, direitos ou liberdades compreendidos nos arts. 14 a 30 CE. Para os demais, entende que o controle e a preservação da primazia hermenêutica do TC a respeito da Constituição seria competência da jurisdição ordinária.<sup>39</sup> Ou seja, para os demais artigos caberiam apenas recursos ordinários, tendo por instância máxima o Tribunal Supremo. Para evitar que o TC seja alijado em tais situações - e, por extensão, a própria Constituição - a solução parece estar na CE art. 24.1. O direito à tutela jurisdicional efetiva abre a possibilidade de incorporar as interpretações do TC ao âmbito dos direitos fundamentais sujeitos à proteção através de Amparo.<sup>40</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de jurisdição constitucional espanhol é relativamente recente, mas alcançou uma amplitude e uma complexidade apreciáveis. Como visto, foi a atual Constituição (1978) que introduziu e ajudou a consolidar uma autêntica e moderna jurisdição constitucional, plenamente integrada ao chamado sistema europeu de controle da constitucionalidade. O controle da constitucionalidade das normas ora em vigor é concentrado num Tribunal Constitucional - independente dos três poderes do Estado - e realizado de forma abstrata, através de dois tipos básicos de demandas: o Recurso de Inconstitucionalidade e a Questão de Inconstitucionalidade.

O Recurso de Inconstitucionalidade é o mais típico do sistema concentrado espanhol, pois é uma ação direta ou principal semelhante à Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) brasileira, mas com a diferença fundamental de que possui um prazo limite de três meses para ser interposto. Já a Questão de Inconstitucionalidade, apesar de ser incidental a um processo concreto, também pertence ao controle concentrado. O juiz ou o tribunal que examina o caso concreto está impedido de decidir sobre a constitucionalidade do preceito, limitando-se a suspender o processo e a submeter a “dúvida constitucional” ao Tribunal Constitucional, que é o único legitimado para o efeito. O Alto Tribunal faz um exame puramente abstrato sobre a constitucionalidade da

<sup>39</sup> SANTOS VIJANDE, Jesús María. *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*. Granada: Comares, 1995.

<sup>40</sup> Ver observações de Ángela Figueruelo no item 7. Recurso de Amparo Constitucional.

norma, que posteriormente será levado em consideração pelo juiz ou tribunal para decidir o caso concreto. Todas as demais ações de competência do Tribunal Constitucional, inclusive aquelas que tratam especificamente de normas infra-legais e da complexa relação entre o Estado espanhol e as Comunidades Autônomas, seguem os trâmites, ou do Recurso ou da Questão, sempre que haja uma lei envolvida.

O Recurso de Inconstitucionalidade vem sendo cada vez menos utilizado e isso se deve provavelmente a dois fatores principais. O primeiro é o exíguo prazo para sua interposição, que praticamente não permite a verificação da constitucionalidade da lei aplicada a casos concretos. Sabe-se que a mera comparação abstrata entre lei e constituição as vezes mostra-se insuficiente para flagrar uma inconstitucionalidade. O segundo e mais importante é o sistema parlamentarista de Governo, que faz com que as leis sejam fruto de acordos mais amplos e, portanto, com menos possibilidades de contestações posteriores por parte dos órgãos e autoridades legitimados. No sistema presidencialista brasileiro, por exemplo, as leis podem ser aprovadas contra a vontade do Presidente, o que, por si só, já é uma fonte de conflito. O Recurso de Amparo constitucional é hoje o responsável por mais de 95% das ações julgadas pelo Tribunal Constitucional. Apesar de ser um recurso contra atos dos poderes públicos, que violem os direitos fundamentais, está sendo usado basicamente para instar o Tribunal Constitucional a impugnar decisões do Poder Judiciário, sob a alegação de violação aos princípios da igualdade (art. 14 da CE) e/ou da tutela judicial efetiva (art. 24.1 da CE).

## BIBLIOGRAFIA

ARAGÓN REYES, Manuel. “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 17. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Mayo-Agosto, 1986, p.

\_\_\_\_\_. *Constitución y control del poder*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

\_\_\_\_\_. (coord.). *Temas básicos de derecho constitucional. Tomo III*. Madrid: Civitas, 2001.

CARRERAS SERRA, Francesc de. GAVARA DE CARA, Juan Carlos (org.). *Leyes Políticas*, 8. ed. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2003.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

\_\_\_\_\_. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

DÍAZ-ESTÚA AVELINO, Hugo Augusto. “Veinte años de recurso de inconstitucionalidad en España”. In: FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.). *Derecho Procesal*

*Constitucional*, Vol. III, 4. ed. México: Porrún, 2003, pp. 2335-2376.

DÍEZ PICAZO, Luis. “Constitución, Ley, Juez”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 15. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Septiembre-Diciembre, 1985. pp. 9-23.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El recurso de amparo: estado de la cuestión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001.

\_\_\_\_\_. *La ordenación constitucional de la justicia en España*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1999.

\_\_\_\_\_. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos, 1990.

\_\_\_\_\_. “Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 de la LOTC)”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 21. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Septiembre-Diciembre, 1987. pp. 229-250.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3. ed. Madrid: Cívitas, 1983 (reimpresión: 1991).

\_\_\_\_\_. “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Enero-Abril, 1981, pp. 35-131.

\_\_\_\_\_. “Los fundamentos constitucionales del Estado”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 52. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Enero-Abril, 1998, pp. 11-32.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza, 1984 (1ª reimpresión: 1987).

\_\_\_\_\_. “El status del Tribunal Constitucional”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Enero-Abril, 1981, pp. 11-34.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Constitución y proceso*. Madrid: Tecnos, 1988.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Manual de derecho procesal constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

MONTORO PUERTO, Miguel Ángel. *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Tomo I, Madrid: Colex, 1991.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

QUADRA-SALCEDO, Tomás. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1981.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, 2001.

RIVAS MAURA, Andrés, *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Civitas, 1991.

RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

SÁNCHEZ DE VEGA GARCÍA, Agustín. "Acerca del Recurso Previo de Inconstitucionalidad". In: *Revista de las Cortes Generales (Separata)*, n. 23. Madrid, Segundo Cuatrimestre, 1991.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *El sistema político de la Constitución española de 1978- Ensayo de un sistema*. Madrid: Nacional, 1980.

SANTOS VIJANDE, Jesús María. *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*. Granada: Comares, 1995.

VEGA GARCÍA, Pedro de. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 1999.



# **TRABALHOS FORENSES**



# ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

1ª PROCURADORIA REGIONAL  
EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA CÍVEL DA COMARCA DE PELOTAS

## OBJETO: AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRETENSÃO LIMINAR

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu procurador signatário, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** contra o **MUNICÍPIO DE PELOTAS, VANDERCI DUTRA CARVALHO**, comerciante, estabelecido no largo do mercado público municipal, frente a rua XV de Novembro, ocupando o espaço n. 1 e OUTROS, , com **pretensão liminar**, com fundamento no artigo 1º, incisos III e IV da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, pelas razões de fato e de direito que passa a expor:

### DOS FATOS

Uma das características marcantes do município de Pelotas é a grande quantidade de prédios de inegável valor histórico.

Deste imenso patrimônio, grande concentração está na Praça Coronel Pedro Osório e adjacências.

Ocorre que nos últimos tempos, contrariando a vocação turística do município, foram sendo instaladas bancas fixas de vendedores ambulantes (em visível contradição, eis que o comércio ambulante pressupõe mobilidade), no entorno do mercado público municipal, que, não apenas encobrem os prédios históricos, como tornaram-se fonte de iminente risco ao patrimônio da cidade.

O 2º Subgrupamento de Combate a Incêndio, em Laudo Técnico de Vistoria - doc. anexo, constatou o comprometimento de qualquer atividade de combate a incêndio nas imediações do mercado público, em vista da construção de bancas de vendedores ambulantes.

Mais grave, concluiu o laudo que as bancas são fonte de rápida propagação de chamas, podendo colocar em risco a vida de pessoas, eis que o conjunto de bancas transformou-se em verdadeiro labirinto.

Estranhamente, o Poder Público Municipal não tomou qualquer providência em relação ao “conjunto comercial” instalado quase ao lado da sede do Poder Executivo.

Poder-se-ia dizer que a condescendência do Executivo Municipal é motivada pela crise econômica que vive o país, gerando altas taxas de desemprego. Ocorre que se analisarmos o comércio que é realizado no local - e não é este o objetivo da presente

ação - constataremos que trata-se do verdadeiro comércio pernicioso, onde mercadorias de origem obscura, que entram ilegalmente no país, sem qualquer garantia àqueles que as compram, sem segurança às crianças que podem vir a manipulá-las, em verdadeiro acinte aos direitos do consumidor, aos direitos de propriedade da marca e direitos autorais, são expostas ao público.

Não resta dúvida que se de um lado encontra-se o emprego de alguns, de outro coloca-se a segurança de toda a comunidade, seja em relação ao risco de incêndio no local, seja em relação à questão estética, ou mesmo em respeito às relações de consumo, não podendo o município, que tem competência para tanto, permitir a continuidade desta espécie de comércio no local onde se encontra.

## DA LEGITIMIDADE ATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A legitimidade ativa do Estado do Rio Grande do Sul decorre do artigo 5° da Lei n. 7.347, que estabelece:

*“Art. 5° - A ação do principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios.”*

## DA LEGITIMAÇÃO PASSIVA

O Poder Público Municipal figura no pólo passivo da ação em decorrência de sua inércia, porque tinha o dever de impedir a instalação de bancas fixas de camelôs em via pública.

Não adotou o município, após a instalação das bancas, qualquer providência no sentido de transferi-los para local apropriado e que não colocasse em risco valores estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos, além da incolumidade dos cidadãos.

Registre-se que o artigo 30, inciso IX, da Constituição Federal estabelece o dever de proteção do patrimônio histórico-cultural por parte do município:

*“Art. 30 - Compete aos Municípios:*

*(...)*

*IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.*

*(...)”*

Os vendedores ambulantes devem figurar no pólo passivo, por estarem infringindo o plano diretor do município e terem edificado em local irregular, colocando em risco valores estéticos, históricos, turísticos, paisagísticos, além da incolumidade dos cidadãos.

Sendo ao autor impossível indicar o nome de todos os ambulantes que atuam no local, postula que sejam citados por edital. Neste sentido, a jurisprudência esclarece:

AGRAVO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. VILA COMUNITÁRIA. CITAÇÃO. RÉUS DESCONHECIDOS. IMPOSSIBILIDADE DA CITAÇÃO PESSOAL DE TODOS OS OCUPANTES. CITAÇÃO POR EDITAL. ART. 231 DO CPC.

Impossível para a parte autora identificar todos os ocupantes da área, na qual já existe uma associação comunitária.

Quando desconhecidos ou incertos os réus, pelas circunstâncias, inacessível o local, procede-se à citação por edital, nos termos do artigo 231, incs. I e II, do CPC, com divulgação pelo rádio.

Precedentes de citação por edital no MD n. 195176623, 5ª Câmara Cível do TARGS, Porto Alegre, Rel. Jasson Ayres Torres. Agravantes: Maria Lúcia Gazzo de Magalhães por si e como inventariante do espólio de Antenor Flores de Magalhães. Agravados: Almiro Nunes da Fonseca, Simone Davila Fonseca, José Euzébio de Oliveira e outros Associação Comunitária Vila Monte Cristo. J. 02.05.96, un.).

POSSESSÓRIA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. FALTA DE INDICAÇÃO DE ALGUNS NOMES DE INVASORES DO IMÓVEL. INDEFERIMENTO DA INICIAL. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE CITAÇÃO POR EDITAL. PROSEGUIMENTO DE FEITO DETERMINADO.

A sustentada falta de indicação de qualificativos não é causa que vicie um processo, porque a questão do fornecimento de dados para a identificação da parte na exordial, ou mesmo, no curso da demanda, é exigência relativa.

Ora, na situação do autor, há a indicação de vários nomes de pessoas que ocupam o imóvel, podendo as demais ser conhecidas através de atuação de entidades competentes, como as de cadastramento, as policiais e outras que trabalhem com identificação. Assim, pelo fato de não haverem os autores indicado mais dados não se pode elidir o prosseguimento normal do feito, pois, caso se comprove a invasão, encontrar-se-ão legitimados para o exercício de seus direitos possessórios e o Poder Judiciário obrigado a outorgar-lhes a devida prestação jurisdicional.

Citação é caso de comunicação para haver a angularização do processo, havendo, no estatuto, várias formas, inclusive a de edital.

(Ap. 488.660-0 4a C. – J. 10.11.93 – rel. Juiz Carlos Bittar, Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, publicado na RT - 704, pág. 123 a 125).

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Reintegração de posse provida contra várias pessoas desconhecidas e de incerta identificação, que estariam ocupando indevidamente imóvel do autor, ali construindo casebres e barracos. Aplicação do disposto nos arts. 231, I e 232, do CPC. Agravo provido para mandar realizar citação por edital nos termos da lei. Voto vencido.

(Agravo de Instrumento n. 17.720 - 1ª Câmara Cível. Porto Alegre. Publicado nos julgados do Tribunal de Alçada do RGS. Vol 29).

CITAÇÃO POR EDITAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE.  
INVASÃO DE CONJUNTO HABITACIONAL.  
INCIDÊNCIA DA REGRA DO ART. 231, I, DO CPC.

A inexistência de relações jurídicas, contemporâneas ou anteriores à propositura da ação de reintegração de posses, entre os proprietários e notórios invasores de conjuntos habitacionais urbanos, provoca a incidência do art. 231 do CPC, permitindo a citação dos réus por edital. (Julgados TARGS, v-72, pág. 79).

### **DO CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Institui o artigo 1º da Lei n. 7.347/85:

“Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...)

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

(...)”.

Na presente ação, visualiza-se claramente os danos ao patrimônio histórico e turístico do município, face ao risco de incêndio e a evidente transfiguração da paisagem do centro da cidade, onde as bancas de camelôs passaram a esconder prédios históricos.

### **DO PEDIDO E DA PRETENSÃO À LIMINAR**

O pedido objeto da ação civil pública se ajusta às hipóteses dos artigos 11 e 12 da Lei nº 7.347/85.

Desta forma, busca o Estado do Rio Grande do Sul prestação jurisdicional que, mediante, inclusive, expedição do respectivo Mandado Liminar, independentemente de justificativa prévia, determine, referendado por sentença que torne definitiva a concessão liminar, ao Município de Pelotas e aos vendedores ambulantes instalados ao redor do mercado público municipal, a retirada das bancas fixas localizadas naquele local, cominando-se, multa diária enquanto persistir a localização de tais bancas fixas.

A concessão da liminar faz-se necessária pelo risco iminente de incêndio no local, eis que o trânsito de pessoas na área é intenso, possibilitando um acidente de proporções inquestionáveis.

O risco de danos ao patrimônio é cristalino. Mais, ainda, o risco à população que circula no local sem qualquer segurança, pondo, sem saber, em risco suas vidas. Não pode o Estado omitir-se em tal situação e a demora na retirada das bancas, sem dúvida,

potencializa o risco e agravo o dano ao patrimônio dos cidadãos, que deixam de usufruir da visão de prédios de grande beleza arquitetônica, além de espantar turistas que não tem qualquer interesse em circular pelas barracas de madeira instaladas no local.

Diante do exposto, requer:

- a) a citação do município de Pelotas, na pessoa do Sr. Prefeito Municipal, para, no prazo legal, contestar a presente ação;
- b) a citação de Vanderci Dutra Carvalho, através de mandado e dos demais vendedores ambulantes instalados ao redor do mercado público municipal, através de edital, dada a impossibilidade ao autor de identificar os mesmos;
- c) a concessão de medida liminar *“inaudita altera parte”* e a expedição de mandado, r, com ordem de retirada do local dos vendedores ambulantes, bem como desmontagem das bancas fixas (art. 12 da Lei 7.347/85);
- d) a procedência da presente ação, com a confirmação em sentença definitiva da retirada dos ambulantes do local onde se encontram, concedida em medida liminar;
- e) a cominação de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais) a cada vendedor ambulante que, após ser retirado, estabelecer-se no mesmo local;
- f) a condenação do município de Pelotas a fornecer os meios necessários (operários, ferramentas e transporte) à remoção das bancas para outro local;
- g) a intimação do Ministério Público para, querendo, integrar o pólo ativo da presente ação conjuntamente com o Estado do Rio Grande do Sul, ou intervir como fiscal da Lei.

Protesta pela apresentação de todo o gênero de provas em direito admitidas.

Dá-se à causa o valor de alçada.

Pede deferimento.

Pelotas, 25 de março de 1998.

José Pires Bastos  
Procurador do Estado  
OAB.RS 34498

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

Excelentíssimo Senhor Desembargador 1º Vice-Presidente do E. TJRS.

Proc. nºs 70002321347 (Embargos Infringentes) e 70008575599  
(Embargos de Declaração).

Embargante: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Embargado: QUERODIESEL - TRANSPORTE E COMÉRCIO DE  
COMBUSTÍVEIS LTDA.

O **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, por seu agente firmatário, comparece ante Vossa Excelência, nos autos do feito em epígrafe, para, tempestivamente, recorrer do v. aresto de fls., via a interposição de RECURSO ESPECIAL ao C. STJ, fundado no permissivo constitucional do art. 105, III, a e c, da Constituição da República, REQUERENDO, a tanto, o recebimento e juntada das inclusas razões, bem como, a remessa dos autos à C. Instância Superior, depois de se manifestar, querendo, a recorrida.

P.D.

Porto Alegre, 27 de Agosto de 2004.

Luiz Carlos Adams Coelho  
Procurador do Estado  
OAB 8612

**RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL**

Colendo STJ:

O v. aresto de fls., proferido em sede de embargos infringentes e complementado pela decisão contida em embargos de declaração, merece ser integralmente reformado, baixo os fundamentos a seguir ventilados:

**DO CABIMENTO DO RECURSO:**

A presente irresignação recursal é cabível, pois não há mais recursos a serem deduzidos perante a E. Instância ordinária, sendo, igualmente, tempestiva.

No tocante ao fundamento da alínea a, as questões federais foram efetivamente

prequestionadas nos autos, mediante, inclusive, o manejo de embargos de declaração, com vistas ao suprimento de lacunas do v. *decisum* hostilizado, eis que o mesmo malferiu, negando-lhes vigência, as disposições dos arts. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99; 168, I, do CTN; e 10, última parte, da Lei Complementar n. 87/96, a par de divergir de julgados proferidos em sentido diverso, promanados dessa C. Corte Superior.

A propósito do requisito do prequestionamento, destaque-se, em acautelamento de direitos, que, a dito propósito, essa C. Corte não exige a discriminação, nos arestos recorridos, dos *dispositivos* legais federais vulnerados, mas, sim, que as correlatas **questões** tenham sido debatidas na correlata instância - hipótese dos autos. A assertiva é corroborada pelos seguintes julgados:

“Não obsta o conhecimento do recurso a falta de menção, pelo acórdão, de determinado dispositivo legal, se a questão jurídica foi enfrentada” (STJ- 3ª Turma, Resp. 106.671-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 10/3/97, deram provimento, unânime, DJU 14/4/97, p. 12.742).

“Para que o requisito de admissibilidade do prequestionamento esteja satisfeito, é dispensável a menção expressa, por parte do tribunal a *quo*, do dispositivo federal tido como violado pelo recorrente especial. Basta que a Corte de Apelação tenha apreciado e solucionado a questão federal agitada no recurso excepcional” (RSTJ 102/170).

“Se a contrariedade à lei federal importa em nulidade formal do próprio acórdão, não há cogitar de embargos declaratórios para prequestionamento, nem argumentar com suposta aquiescência tácita do sucumbente”. (STJ- 4a Turma, Resp. 11035-SC, Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 31/8/92, proveram, unânime, DJU 21/9/92, p. 15.693).

Igualmente, mostra-se satisfeito o requisito recursal atinente ao dissídio pretoriano, porquanto comprovada a existência da divergência e cotejados os pontos de convergência/dissonância entre os acórdãos recorrido e paradigma.

## DOS ANTECEDENTES DO RECURSO

Cuida-se de ação declaratória, pela qual, em suma, a demandante, na qualidade de **substituído tributário** de ICMS, visa à emissão de preceito jurisdicional declarando-a legitimada a recuperar quantia determinada pela diferença entre o valor que lhe foi cobrado, a título de imposto, pelo *substituto tributário* e o relativo ao efetivo valor da revenda das mercadorias (combustíveis) aos adquirentes finais.

Em primeiro grau de jurisdição, a pretensão inicial restou desacolhida, cuja decisão, em sede de apelo, foi reformada pelo C. TJRS. Decidiu-se, então, em resumo, que, em casos de venda de veículos a consumidor por preço final inferior ao estabelecido através de base de cálculo presumida, a recorrida faz *jus* ao reembolso da respectiva diferença.

Manejados embargos infringentes pelo Estado, o C. Grupo Cível negou provimento ao recurso, por maioria, referendando o julgado proferido em apelação. E, a

despeito de a decisão proferida pelo Pleno do C. STF na ADIn n. 1.851-AL, em que se declarou a constitucionalidade do Convênio ICMS n. 13/97, constar tanto do voto norteador do acórdão recorrido, quanto dos votos vencidos, não se lhe atribuiu o efeito insito àquela modalidade de decisão (eficácia vinculante), o que determinou o manejo de embargos de declaração, com vistas ao suprimento da correlata omissão judicial. Inobstante, rejeitaram-se os declaratórios, com isso subsistindo a nulidade correspondente à não-sujeição do aresto por ofensa aos ditames do art. 102, § 2º, da Constituição e, no plano legal federal, do art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9868/99.

## DAS RAZÕES DE RECURSO

### a) *Da nulidade do v. aresto embargado*

Ostensivamente, o estatuído pelo art. 28 e seu parágrafo único, da Lei federal n. 9.868/99, veicula matéria de *ordem pública*, porquanto, em reiterando mandamento estatuído, soberanamente, pelo art. 102, § 2º, da Lei Fundamental, mais não faça que instrumentalizar, em plano legal processual, a autoridade e respeitabilidade dos julgados dotados de eficácia *erga omnes* - caso das declarações de *constitucionalidade* do regramento jurídico infraconstitucional, proferidas pela Excelsa Corte —, a par de assegurar indispensável harmonia entre as inúmeras espécies normativas existentes na ordem jurídica nacional.

Ora, assim como as decisões judiciais com trânsito em julgado ou observância imediata não comportam “interpretação”, mas pronto e efetivo cumprimento, as proferidas nos moldes de prefalado art. 28, parágrafo único, reclamam atendimento instantâneo e incondicional por seus destinatários específicos, é dizer, pelos agentes do Poder Executivo e do próprio Poder Judiciário. Logo, por mais relevantes que, eventualmente, possam ser os fundamentos vislumbrados ou acolhidos por Tribunal de hierarquia inferior, em sentido contrário aos prestigiados pela Corte prolatora de decisão munida de eficácia vinculante (o C. STF), terão, os primeiros, de se curvar, sem exceções, aos segundos, sob pena de se esboroarem, irremediavelmente, tanto os princípios de harmonia e hierarquia do ordenamento positivo nacional e dos provimentos jurisdicionais, quanto os alusivos à certeza, segurança e eficácia das relações jurídicas apreciadas e proclamadas pelo Estado-juiz.

Pois, bem. Como é público e notório, a Excelsa Corte, quando do julgamento da AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (Med. Liminar) n. 1851-5-AL, proposta pela Confederação Nacional do Comércio frente ao estatuído pelo Convênio ICMS 013/97, decidiu, por sua composição **Plenária**, pela **constitucionalidade** da vedação convencional à apropriação, tanto pelos Estados, quanto pelos sujeitos passivos, das “diferenças” resultantes, para mais (em detrimento dos sujeitos passivos) ou para menos (em prejuízo da entidade tributante), do confronto entre a base de cálculo presumida do ICMS e a atinente ao valor “real” das operações praticadas pelos *substituídos*, como estabelecido pela Cláusula Segunda do diploma celebrado pelas Unidades federadas. Conseqüentemente, está-se frente a situação de *tollitur quaestio*, descabendo, a tal ou

qual Pretório, decidir em sentido contrário, providência que, em ocorrendo, só faz, na prática, alimentar os jurisdicionados com vãs expectativas sobre a procedência de seus supostos direitos, e perpetuar, desnecessariamente, a solução de litígios, baixo o manejo de recursos voltados a recuperar a primazia das decisões proferidas em consonância com preferida orientação pretoriana suprema.

Outro não é o entendimento esposado, no ponto, por essa C. Corte Superior de Justiça, como o atesta o seguinte excerto de aresto proferido no AGA 438757/MT - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO:

“Nos termos dos arts. 26, 27 e 28, da Lei n. 9.868/99, a **declaração de constitucionalidade tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário**, a partir do respectivo julgamento, já que, além de tal ato ser público, ainda se anota que a decisão do Pretório Excelso, em tal circunstância, é irrecorrível, e, por consequência, o **decidido em sede de ADIn é de observância imperativa pelos órgãos do Poder Judiciário, inclusive por esta Corte Superior**”.

Em razão de se estar, assim, frente a questão de ordem pública, prevista, inclusive, primariamente, na própria Lei Fundamental (art. 102, § 2º), à Corte inferior não é dado eximir-se de apreciá-la, como proclamado pelo seguinte acórdão:

Acórdão

**RESP 120240/SP; RECURSO ESPECIAL**

1997/0011579-8

Fonte

DJ DATA:29/09/1997 PG:48169

RDR VOL. :00010 PG:00228

Relator

Min. **ADHEMAR MACIEL** (1099)

Data da Decisão

01/09/1997

Orgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

### **Ementa**

PROCESSUAL CIVIL, QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA (COISA JULGADA) SUSCITADA EM SEDE DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. **APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL ESTADUAL: IMPRESCINDIBILIDADE, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. RECURSO PROVIDO.**

I - AINDA QUE SUSCITADA TÃO-SOMENTE EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, **DEVE O TRIBUNAL ESTADUAL PRONUNCIAR-SE SOBRE AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA APRECIÁVEIS DE OFÍCIO.**

II - OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, ESPECIALMENTE AQUELES NOS QUAIS SÃO SUSCITADAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA APRECIÁVEIS DE OFÍCIO, E OS VIABILIZADORES DA INSTÂNCIA EXCEPCIONAL, NÃO DEVEM SER TIDOS PELOS MAGISTRADOS COMO CRÍTICA AO SEU TRABALHO, MAS, SIM, COMO OPORTUNIDADE PARA MELHORAR A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. TAL RECURSO TEM COMO ESCOPO O SUPRIMENTO DE OMISSÕES, A ELIMINAÇÃO DE CONTRADIÇÕES, O ACLARAMENTO DE OBSCURIDADES APONTADAS NA DECISÃO EMBARGADA, BEM COMO O PREQUESTIONAMENTO DE QUESTÕES FEDERAIS E A APRECIÇÃO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA. NADA IMPEDE, ENTRETANTO — NA VERDADE, TUDO ACONSELHA, EM BUSCA DO APERFEIÇOAMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E DA RESIGNAÇÃO DO VENCIDO —, QUE O MAGISTRADO, CONSTATADA A OMISSÃO, A CONTRADIÇÃO, A OBSCURIDADE, A AUSÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO OU A NÃO APRECIÇÃO DE QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA, ALÉM DE SANÁ-LA, FORTALEÇA OS FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAM O “DECISUM” GUERREADO.

III - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO PARA CASSAR O ACÓRDÃO RECORRIDO.

### **Decisão**

POR UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO.

### **Resumo Estruturado**

NECESSIDADE, TRIBUNAL, ESCLARECIMENTOS, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, OCORRÊNCIA, COISA JULGADA MATERIAL, REFERÊNCIA, INAPLICABILIDADE, LEI ESTADUAL, RESTAURANTE INDUSTRIAL, CARACTERIZAÇÃO, QUESTÃO, ORDEM PÚBLICA.

Ao solver controvérsia relacionada com decisão judicial contrária a precedente firmado pelo STF, no bojo do RESP 514246/RJ, julgado em 17/02/2004, relator o douto Min. Teori A. Zawaski, esse C. Tribunal Superior asseverou o seguinte:

“O que é ilegítimo, e ofende o art. 481 e seu parágrafo do CPC, é o acolhimento da inconstitucionalidade por órgão fracionário, sem submissão da matéria ao Plenário e, **ainda mais, adotando entendimento contrário ao de precedente do STF**”.

Nessas condições, competia ao E. Colegiado a *quo*, inarredavelmente, enfrentar a questão de ordem pública ventilada nos autos e solucioná-la à luz do precedente firmado, pertinentemente, com eficácia vinculante, pela Corte Suprema. Consagrada a tese contida no voto norteador do v. acórdão, materializou-se situação de negativa de vigência aos arts. 102, §2º, e 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99, na medida em que a E. Corte recorrida superpôs o seu entendimento sobre a matéria litigiosa em sentido oposto ao externado, com a eficácia adrede referida, pelo C. STF. Daí, a nulidade absoluta do

aresto hostilizado.

**c) Falta de interesse de agir em sede declaratória, ante a ocorrência da prescrição da ação condenatória:**

Superada, eventualmente, a prefacial antecedente, forçoso será anuir à ocorrência, na espécie, da prescrição da pretensão condenatória, na forma do art. 168, I, do CTN, explicitamente prequestionado no feito.

Com efeito. O E. Colegiado rejeitou a arguição estatal de prescrição da ação, com fundamento, de um lado, na teoria dos “cinco mais cinco” (cinco anos à homologação do crédito tributário, mais cinco à propositura da demanda, pelo sujeito passivo) e, de outro, na circunstância de se tratar, na espécie, de ação declaratória. Todavia, se é correto afirmar que o ICMS é imposto incidente no bojo de obrigação de *trato sucessivo*, ou seja, em períodos contínuos e pré-determinados de apuração (geralmente, mensais), não será menos correto dizer que cada um desses períodos reflete relação obrigacional tributária certa e autônoma frente às geradas em períodos anteriores e às relativas a períodos de apuração futuros. Assim, quando a Fazenda Pública, por seus prepostos, recebe os valores expressos nas guias de informação e apuração do ICMS (GIAs), dando-lhes a correlata quitação, sem nada opor ou ressaltar quanto aos mesmos, mais não faz que **homologar** o lançamento relativo ao correlato período. Em outras palavras, a autoridade fazendária, nessas oportunidades, não necessita de enunciar “fórmulas” alusivas à homologação, como a de declarar, e.g., que, “*na data X, homologou-se, expressamente, o lançamento relativo ao crédito tributário Y, correspondente ao período de apuração Z*”, pois isso já ocorreu através do recebimento, sem restrições, do tributo devido, declarado e recolhido pelo sujeito passivo. E, por certo, a possibilidade de se revisar o lançamento, expressa no art. 149, do CTN, não infirma a procedência da assertiva, **baixo o singelo e suficiente fundamento de que não se “revisa” ou “retifica” o que não existe, ou seja, um lançamento ainda não perfectibilizado**. Constatada a ocorrência de alguma das situações elencadas nos incisos de indigitado art. 149, a Fazenda Pública disporá de cinco anos a revisar o lançamento ou, dá no mesmo, de proceder a “novo” lançamento tributário, mediante desconstituição do precedentemente realizado.

Por isso é que, em feitos análogos ao presente, o Estado tem sustentado, invariavelmente, a inaplicabilidade, à espécie, da teoria dos “cinco mais cinco”. Diferentemente das relações tributárias marcadas pela singularidade e instantaneidade, como a do profissional que recolhe o IR incidente sobre a remuneração percebida pela prestação de determinado serviço a terceiro, sem a participação do órgão fazendário competente a administrar o tributo, que dispõe, a partir de então de cinco anos a convalidar o pagamento do tributo, o recolhimento do ICMS pressupõe, forçosamente, o concurso da autoridade fazendária, que, ao receber a GIA e o comprovante de pagamento do imposto estadual, coteja os créditos fiscais informados com os débitos *idem*, referendando ou glosando a atividade do sujeito passivo, inclusive porque a apuração de validade da correlata obrigação específica não prescinde de verificação de idêntico predicado quanto à relação atinente ao período de apuração imediatamente anterior.

Registre-se, ainda, que o silêncio ou inércia da Administração em “homologar” o lançamento, após o decurso do prazo de cinco anos, não é a única modalidade de homologação “tácita” desse último. Admitindo-se, *ad argumentandum tantum*, que a quitação, pelo Fisco, do ICMS recolhido não se equipara à homologação “expressa”, forçoso é anuir ao entendimento de que a decisão fazendária definitiva sobre o descabimento da restituição do tributo ao sujeito passivo, tal a não mais sujeita a reconsideração ou impugnação na esfera administrativa, equipara-se, iniludivelmente, à “homologação expressa”. Pois, no momento em que o Poder Público se pronuncia, formalmente, sobre a existência e validade de determinado crédito tributário, nos termos *supra* (em caráter definitivo), mais não faz que emitir declaração explícita sobre a procedência do mesmo. A partir de então, não mais há cogitar de ulterior “convalidação”, “referendo” ou “ratificação” do lançamento, como pretendido pela apelante, pois a pertinente decisão administrativa traduz o entendimento final da Fazenda Pública sobre o crédito tributário questionado pelo sujeito passivo. Logo, ainda que só se considere homologado o lançamento pela decisão indeferitória da restituição pleiteada administrativamente (o que se admite para fins de estrita argumentação, repise-se), verificar-se-á que o pedido formulado, a dito propósito, ocorreu a destempo, mostrando-se insuscetível de ser atendido judicialmente.

Tampouco procede, s.m.j., a assertiva judicial sobre a inaplicabilidade à espécie da prescrição, por se cuidar de ação “declaratória”. Pois, como destacado, acuradamente, pela jurisprudência, “*Firmado o princípio da imprescritibilidade da ação declaratória, prescrita a ação condenatória fundada na mesma relação jurídica, cuja declaração se pretende, resulta faltar à parte interesse de agir para a declaratória*” (RTFR 144/221. No mesmo sentido: RTFR 135/103, RTJESP 109/70).

Consumado, assim, o lapso prescricional quinquenal da ação de repleção de eventual indébito de ICMS, contado das datas de recolhimento do tributo e/ou do trânsito em julgado de decisão proferida em sede contenciosa administrativa,

#### **d) Mérito: Pela alínea ‘a’**

No mérito, tem-se que, a despeito de a matéria derivar, primariamente, de mandamento constitucional auto-suficiente e, logo, dotado de aplicabilidade imediata (art. 150, § 7º, da CR/88), ela também é regulada pela LC 87/96, art. 10, que normatiza a restituição do ICMS pago em operações tributáveis ocorridas em sede de *substituição tributária*, à vista da atribuição, à mesma confiada, de estabelecer normas gerais sobre definição e demais efeitos dos institutos tributários, constitucionalmente estabelecida. Não por outra razão, essa C. Corte Superior tem apreciado e decidido incontáveis litígios sobre a matéria em foco, com o detalhe de que as respectivas decisões são proferidas em conformidade com a Constituição, baixo as diretrizes a tanto estabelecidas pelo C. STF, no bojo da ADIn adrede destacada.

Nem poderia ser diferente. Com o advento da EC n. 03/93 (DOU de 18/3/93), que acresceu o parágrafo 7º ao art. 150 da Lei Fundamental, pôs-se termo a controvérsia que, de há muito tempo, grassava nos meios doutrinário e jurisprudencial pátrios, no

tocante à validade do instituto da *substituição tributária* ou, quanto menos, acerca da determinação de seus efetivos conteúdo e alcance — o que, vale recordar, acontecia com inegável frequência, quando se tratasse da chamada substituição tributária “progressiva” ou “para a frente” —. Sobretudo, supriu-se uma, até então, injustificável lacuna normativa constitucional. Afinal, em traduzindo a juridicização da atividade de apropriação, pelo Estado, de parte das riquezas produzidas ou auferidas pelos particulares, como instrumento de satisfação das necessidades públicas, o ordenamento tributário qualifica-se como segmento do direito constitucional em que se estabelecem todos os seus princípios e regras fundamentais - que não são poucos -, dos quais, notoriamente, a legislação infraconstitucional tributária, inclusa a complementar, jamais poderá discrepar.

A despeito do enunciado contido no preceito constitucional e na última parte do art. 10 da LC 87/96, segundo o qual o direito à restituição de impostos deriva, apenas, de *consideranda* sobre o plano da “existência” (não ter acontecido a operação presumida), no mesmo se esgotando, continuou-se a argumentar, como na hipótese vertente, sobre a “possibilidade” de se recuperar precitada “diferença”, como se as hipóteses de *substituição tributária*, em âmbito de ICMS, traduzissem mero enfeixamento de operações tributáveis ditas ‘comuns’ ou ‘ordinárias’ e, assim, a apuração do valor do tributo devesse obedecer aos mesmos critérios utilizados em tais operações. Em prol dessas alegações, invocam-se, invariavelmente, prescrições e preceitos infraconstitucionais anteriores à Emenda n. 3/93. Todavia, essa última, evidentemente, não “se reporta” à doutrina e à legislação inferior sobre a substituição ‘para a frente’, nem, por óbvia via de consequência, traduz “endosso”, “chancela” ou validação” constitucional a instituto tributário preexistente; ao revés, há de ser encarada como **manifestação primária e suprema de criação do direito**, à qual tanto o ordenamento anterior, quanto o que lhe é posterior devem irrestrita conformidade. Significa dizer que, independentemente do que, no ponto, disponha a legislação infraconstitucional, passada e vigente, referenciado instituto **passou a existir, como figura constitucional**, a partir da promulgação da EC 03/93. Desde então, a matéria não mais comporta exame à luz, apenas, de princípios doutrinários extraídos de recitada legislação, como se o mandamento do art. 150, § 7º, da CR/88 não existisse ou, se muito, limitasse-se a sufragá-la, sem nada estatuir a respeito.

De acordo com aventado art. 10, legal complementar, que reproduz, fielmente, o mandamento do art. 150, § 7º, da Lei Maior, é assegurada a “restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido **que não se realizar**”. No que interessa ao debate, o enunciado em foco estabelece, incisivamente, que **a não-realização do fato impositivo ‘in concreto’ é a única hipótese a autorizar restituição do tributo**, nada dispondo quanto à devolução de “diferenças” entre o valor do imposto pago na operação presumida e o que seria, eventualmente, devido na operação concreta, de venda de mercadoria, pelo substituído, a consumidor final.

Com efeito. Nos casos de *substituição tributária*, não há cogitar, *permissa máxima vênia* de Vossas Excelências, de duas ou mais hipóteses de incidência do imposto (é dizer, de tantos quantos forem os fatos geradores que, se não existisse a substituição, manifestar-se-iam, no decorrer do ciclo tributável); isso, face ao singelo, porém suficiente

fundamento de que, mediante o uso de *ficção*, determinada por considerações pré-jurídicas — ou, mais exatamente, de natureza político-econômica, sob critérios de praticidade ou, até, sobre a inviabilidade de se cobrar o tributo, eficazmente, nas etapas seguintes—, o ordenamento jurídico contempla, no caso, **hipótese única de incidência do ICMS**, qual seja, a saída de veículos do estabelecimento industrial (montadora). Significa dizer que o **substituto não “enfeixa” ou “acumula” a responsabilidade pelo pagamento de tributo supostamente devido pelo(s) substituído(s), como se fora *sui generis* espécie de “arrecadador” de impostos devidos por outrem, que agregaria ao seu próprio débito tributário, para serem recolhidos ao Fisco “em conjunto”**; simplesmente, existirá, aí, um fato gerador **específico e singular**, que pode ser retratado, para fins ilustrativos, como um negócio jurídico efetuado diretamente do substituto ao adquirente final da mercadoria

Assim, no momento em que se vislumbrarem, em determinado evento, dois ou mais fatos imponentes, estar-se-á frente a qualquer outra figura tributária — quiçá, *v.g.*, um caso de *diferimento*, no qual, grosso modo, existe e subsiste pluralidade de fatos geradores, apenas se transferindo a obrigação de pagamento do imposto devido em cada um deles para etapa ou etapas posteriores —, menos diante de hipótese de aludida substituição.

Aliás, por intermédio do mesmo processo de ficção jurídica, adrede aventado, a base de cálculo dessa incidência tributária, também única, corresponderá ao somatório de todas as presumíveis incidências posteriores. E, exatamente por serem futuras e incertas, hão de ser apuradas mediante ‘*estimativa*’ ou ‘*presunção*’ legal de que ocorrerão por determinados valores. Não por outra razão, a Lei Fundamental, ao contemplar a substituição tributária progressiva (art. 150, § 7º), não cogita de reembolso de “diferenças” decorrentes do imposto pago sobre o preço ‘estimado’ de venda a consumidor final e o efetivamente praticado, quando este for inferior àquele, mas, apenas, quando não acontecer a operação final. Por quê? Porque, de um lado, o fato gerador ocorreu, na plenitude, com a tão-só saída da mercadorias do estabelecimento fabricante, tendo por sujeito passivo, exclusivamente, o respectivo titular (na espécie, a montadora), desconsiderado(s) o(s) substituído(s), **que são estranhos à relação impositiva**; de outro, porque os elementos necessários à apuração da correlata base de cálculo manifestam-se, válida e suficientemente, desde logo (as estimativas ou projeções acerca de um preço final presumível, de acordo com os critérios a tanto fixados em lei), não necessitando, portanto, de aguardar a ocorrência de eventos futuros, produzidos, de resto, por um “não sujeito passivo” do imposto (o substituído), o que seria ilógico, para se dizer o mínimo, e comprometeria, irremediavelmente, a natureza do instituto da substituição tributária, desnaturando-o. Assim, pode-se concluir, sem medo de errar, que referido preceito constitucional contempla fato gerador dotado de **condição resolutiva** e, jamais, suspensiva diante de evento negativo, futuro e incerto (a inocorrência da venda a adquirente final, motivada, *v.g.*, pelo perecimento ou devolução do bem ao fabricante), a ficção cede lugar à realidade, desfazendo-se a relação obrigacional tributária, eis que, aí, um dos elementos de fato com que a primeira contava (a concretização da venda a consumidor) não se implementou. Tanto isso é verdadeiro, que o tributo, na

substituição progressiva, é validamente exigível (porquanto configurados todos os elementos essenciais conformadores da respectiva imposição tributária) desde o momento em que se promove a saída do bem ou mercadoria do estabelecimento fabricante, conservando tal predicado ainda que o mesmo permaneça com o revendedor ou concessionário durante um, dois ou mais anos. O tributo só será restituível se prefalado evento manifestar-se de forma definitiva e irreversível.

**d) Mérito: Pela alínea ‘c’**

Visto que a norma complementar tributária não pode destoar da pertinente regramatrix constitucional, ampliando ou restringindo o sentido e alcance das disposições da Lei Maior sobre determinada matéria, a hipótese legal de restituição do ICMS, em casos de substituição tributária, prevista no art. 10, segunda parte, da Lei Complementar n. 87/96, será idêntica à vislumbrada por seu paradigma constitucional, vale dizer, só ocorrerá quando a operação presumida não se realizar, tal como, no ponto, decidiu a Suprema Corte, reiterando o teor do aresto proferido na ADIn 1851:

“AGRG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 266.523-1 MINAS GERAIS

RELATOR            MIN. MAURÍCIO CORREA  
 AGRAVANTE        RICAR AUTOMÓVEIS LTDA:  
                           ROBERTO OLIVEIRA DE FARIA  
 ADVOGADO:        LEONARDO GUEDES DE CARVALHO E OUTROS  
 AGRAVADO:        ESTADO DE MINAS GERAIS  
 ADVOGADA:        PGE-MG - MARDELE DÉBORA C. ESQUERDO

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEGITIMIDADE. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA E VALOR REAL DA OPERAÇÃO. DIFERENÇAS APURADAS. RESTITUIÇÃO.

1. É responsável tributário, por substituição, o industrial, o comerciante ou o prestador de serviço, relativamente ao imposto devido pelas anteriores ou subsequentes saídas de mercadorias ou, ainda, por serviços prestados por qualquer outra categoria de contribuinte. Legitimidade do regime de substituição tributária declarada pelo Pleno deste Tribunal.

**2. Base de cálculo presumida e valor real da operação.**

**Diferenças apuradas. Restituição. Impossibilidade, dada a ressalva contida na parte final do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, que apenas assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga somente na hipótese de que o fato gerador presumido não se realize.**

Agravo regimental não provido”.

De sua vez, esse C. CTJ, atento à orientação traçada, no ponto, pela Excelsa Corte, passou a interpretar a questão controvertida, em sede legal federal, de acordo com a constituição, é dizer, em sentido oposto ao prestigiado pelo acórdão vergastado. Enquanto, assim, a E. Corte recorrida proclama, no aresto de fls., a validade da recuperação, pelo *substituído tributário*, da diferença a maior entre o valor do ICMS apurado sobre base de cálculo presumida e o calculado sobre o efetivo valor da operação concreta, por se tratar, supostamente, de medida consentânea com o princípio da não-cumulatividade, os julgados contidos no **REsp. 491.513-GO** (cópia inclusa, em inteiro teor) e no AgRg no Agravo de Instrumento n. 425.618-RS, **afeiçoados à eficácia vinculante da decisão proferida na ADIn n. 1851** e à vista, ainda, da circunstância de que o art. 10, da LC 87/96, limita-se a reproduzir recitado mandamento constitucional, veiculam entendimento assim externado:

“É certo que o entendimento desta Corte admitia que o contribuinte do ICMS, sujeito ao regime de substituição tributária para frente, se compensasse, em sua escrita fiscal, dos valores pagos a maior, nas hipóteses em que a base de cálculo tivesse sido inferior à anteriormente arbitrada (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 9.677, relator Ministro Humberto Gomes de Barros; Recurso Especial n. 278.840, relator Ministro José Delgado). Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.851-AL, interpretando o disposto no art. 150, § 7º, da Constituição Federal, entendeu não ser restituível a diferença entre o imposto pago sobre a base de cálculo presumida e aquele que seria devido no caso da venda realizada por preço inferior. O Excelso Pretório considerou que somente nas hipóteses da não ocorrência do fato gerador presumido é que se permite a repetição dos valores recolhidos. Desconsiderou, pois, a circunstância de ter sido o tributo pago a maior ou a menor por parte do contribuinte substituído. Transcrevo, ainda, outro julgado proferido pela Suprema Corte que reproduz o mesmo entendimento:

*“A tese da agravante não foi acolhida pelo Plenário desta Corte que, ao julgar o mérito da ADI 1851, entendeu que o § 7º do art. 150 da Constituição não garante ao contribuinte o direito de se creditar da diferença do ICMS, recolhido sob o regime de substituição tributária “para frente”, quando o valor estimado para a operação final for maior que o efetivamente praticado. Agravo regimental improvido”* (STF, Primeira Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 354.035/MG, relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 19/12/2002).

Diante disso, revejo a anterior compreensão acerca da matéria para fins de adotar a nova diretriz estatuída pelo Supremo Tribunal Federal, **até porque a norma legal apontada como violada no presente apelo, qual seja, o art. 10 da Lei complementar n. 87/96, tem o mesmo teor do preceito contido no art. 150, § 7º, da constituição Federal**” (Voto proferido pelo eminente Min. João Otávio de Noronha, Relator, no REsp. 491.513-GO).

No mesmo sentido, o decidido no AgRg no Agravo de Instrumento n. 425.518-RS:

“A tese da agravante não encontra respaldo na orientação jurisprudencial adotada por esta Corte. Consoante assinalado no decisório agravado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIN n. 1.851-AL, entendeu não ser restituível a diferença entre o imposto pago sobre a base de cálculo presumida e aquele que seria devido no caso da venda realizada por preço inferior. Definindo o fato gerador presumido como definitivo, e não provisório, entendeu o Supremo Tribunal Federal que somente nos casos de não-realização da venda presumida afigura-se possível a restituição ou complementação do imposto pago. Sendo assim, afastou a possibilidade de pagamento “a maior” do tributo.

Com efeito, diante dessa nova diretriz estabelecida pelo Excelso Pretório, cumpre rever-se a anterior orientação deste Tribunal. Nesse mesmo sentido, segundo já salientado, confirmam-se os seguintes precedentes: REsp n. 436.019, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 10/3/2003; REsp n. 442.788-MG, relator Ministro Luiz Fux, DJ de 24/3/2003; EDcl no RMS n. 13.915-MG, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 24/2/2003; e RMS-RJ, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 10/2/2003.

Diante dessas considerações, **nego provimento ao agravo regimental**”.

Diante do precedentemente exposto, o recorrente espera e requer seja conhecido e provido o presente recurso, mediante, sucessivamente, decretação de nulidade do v. acórdão impugnado, por omissão, pela E. Corte a quo, na apreciação de questão de ordem pública, *supra*, conformada pela inobservância do estatuído pelo art. 28, parágrafo único, da Lei n.º 9.868/99; ou pelo acatamento à arguição de carência de ação declaratória, face à prescrição da ação condenatória; e, no mérito, via a decretação de improcedência da ação, com a consequente inversão dos ônus sucumbenciais.

Em assim procedendo, Vossas Excelências reafirmarão seu já consagrado e inexcédível senso de JUSTIÇA.

Porto Alegre, 27 de Agosto de 2004.

Luiz Carlos Adams Coelho  
Procurador do Estado  
OAB 8612

PUBLICADO EM: 30/03/2006

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COORDENADORIA DA PRIMEIRA TURMA

DIVISÃO OS APOIO A JULGAMENTOS  
ATAS DE JULGAMENTOS

ATA DA 7ª SESSÃO ORDINÁRIA EM 9 DE MARÇO DE 2006.

PRESIDENTE : EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI.

SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA EXMO. SR. DR. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO.

SECRETÁRIA: Bela. MARIA DO SOCORRO MELO.

Às 14:00 horas, presentes os Exmos. Srs. Ministros JOSÉ DELGADO, LUIZ FUX e DENISE ARRUDA, foi aberta a sessão.

Ausente o Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO.

Lida e não impugnada, foi aprovada a ata da sessão anterior.

## **JULGAMENTOS**

(1759) RECURSO ESPECIAL N. 725.063/RS (2005/0012851-3) RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADOR: LUIZ ADAMS COELHO E OUTROS RECORRIDO: QUERODIESEL TRANSPORTE E COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA ADVOGADO: ELAINE SABKA E OUTROS.

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, NOS TERMOS DO VOTO DO SR. MINISTRO RELATOR.

RECURSO ESPECIAL Nº 725.063 - RS (2005/0012851-3)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR: LUIZ CARLOS ADAMS COELHO E OUTROS

RECORRIDO: QUERODIESEL TRANSPORTE E COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA

ADVOGADO: ELAINE SABKA E OUTROS

## **EMENTA**

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO. FATO GERADOR RESUMIDO. VENDA REALIZADA A PREÇO MENOR DO QUE O UTILIZADO COMO BASE DE CÁLCULO.

1. “Pacifcou-se, nesta Corte, a partir do julgamento pelo STF da ADIn 1.851-4/

AL, Pleno, Min. Ilmar Galvão, DJ em 08.05.2002, a adoção da orientação traçada pelo STF, no sentido de ser devida a restituição do ICMS apenas nas hipóteses de não-ocorrência do fato gerador; não, portanto, nos casos em que a comercialização se dá em valor inferior ao utilizado como base de cálculo do imposto”. Precedente: REsp 705719/RS, 1ª T., de minha relatoria, unânime, DJ de 17.10.2005.

2. Recurso especial a que se dá provimento.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a grégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 09 de março de 2006.

Ministro Teori Albino Zavascki  
Relator

Documento: 2302218

EMENTA/ACORDÃO

DJ: 27/3/2006

## RECURSO ESPECIAL Nº 725.063 - RS (2005/0012851-3)

RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR: LUIZ CARLOS ADAMS COELHO E OUTROS

RECORRIDO: QUERODIESEL TRANSPORTE E COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA

ADVOGADO: ELAINE SABKA E OUTROS

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, em demanda visando à declaração do direito ao creditamento de valores pagos a título de ICMS referentes à diferença entre os preços presumido e o efetivo de venda, no âmbito da substituição tributária, deu, por maioria, parcial provimento à apelação e reformou sentença de parcial procedência do pedido. Foram opostos embargos infringentes, cujo aresto se encontra ementado da seguinte forma:

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS. VALOR DE VENDA INFERIOR AO PRESUMIDO PARA

EFEITO DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. FATO GERADOR. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. DIREITO DE COMPENSAÇÃO. PRELIMINARES.

1) O direito de pleitear a restituição do crédito tributário cobrado a maior extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da extinção do crédito. Estando o ICMS submetido ao lançamento por homologação, considera-se homologado o lançamento - e definitivamente extinto o crédito - cinco anos após a ocorrência do fato gerador. 2) Não há falar em impossibilidade jurídica do pedido (por ofensa ao artigo 166 do Código Tributário Nacional), se tratam os autos de ação declaratória e não de repetição de indébito. 3) Constitui direito do contribuinte do ICMS que comercializa combustíveis e lubrificantes buscar compensar o valor do imposto cobrado antecipadamente a maior no regime da substituição tributária, porquanto o imposto deve incidir sobre o valor real e efetivo da venda e não sobre valores fictícios arbitrados pelo fisco. A não realização, na prática, da totalidade da hipótese de incidência, que tem além de um núcleo objetivo, aspectos subjetivo, espacial, temporal e quantitativa, faz com que inoccorra o fato gerador no tocante à parcela não alcançada, gerando o direito de restituição ao contribuinte. PRELIMINARES AFASTADAS. EMBARGOS DESACOLHIDOS. (fl. 1836)

Foram rejeitados os embargos de declaração opostos com o propósito de sanar omissões apontadas (fls. 1872-1874).

No recurso especial (fls.1927-1942), fundado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, o recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: (a) arts. 102, § 2º, e 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, porque o Tribunal de origem fez prevalecer sua posição em detrimento de posicionamento contrário adotado pelo STF; (b) art. 168, I, do CTN, porquanto (I) a pretensão de repetição do crédito tributário já foi alcançada pela prescrição, uma vez que, no caso do ICMS, não se aplica a teoria dos “cinco mais cinco”, mas se conta a prescrição da data do recolhimento do tributo e (II) prescrita a ação condenatória fundada na mesma relação jurídica, falta à parte interesse de agir para a ação declaratória; (c) art. 10 da Lei Complementar 87/96, porque, em síntese, o direito à devolução só é possível quando o fato gerador não se realizar. A divergência jurisprudencial escora-se em julgado desta Corte que, interpretando o citado artigo 10 da Lei Complementar nº 87/96, decidiu no sentido da tese recursal.

Sem contra-razões (fl. 1999).

É o relatório.

## **RECURSO ESPECIAL Nº 725.063 - RS (2005/0012851-3)**

### **EMENTA**

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO. FATO GERADOR PRESUMIDO. VENDA REALIZADA A PREÇO MENOR DO QUE O UTILIZADO COMO BASE DE CÁLCULO.

1. “Pacificou-se, nesta Corte, a partir do julgamento pelo STF da ADIn 1.851-4/

AL, Pleno, Min. Ilmar Galvão, DJ em 08.05.2002, a adoção da orientação traçada pelo STF, no sentido de ser devida a restituição do ICMS apenas nas hipóteses de não-ocorrência do fato gerador; não, portanto, nos casos em que a comercialização se dá em valor inferior ao utilizado como base de cálculo do imposto”. Precedente: REsp 705719/RS, 1ª T., de minha relatoria, unânime, DJ de 17.10.2005.

2. Recurso especial a que se dá provimento.

## VOTO

### **O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI(Relator):**

1.Quanto à possibilidade de devolução da diferença, referente ao recolhimento de ICMS, entre a tributação sobre o valor presumido e o valor da venda realizado a menor, a matéria já foi por mim apreciada. Transcrevo, a propósito, o teor do voto proferido no REsp 705719/RS, 1ª T., unânime, DJ de 17.10.2005:

“2.No mérito, pacificou-se, nesta Corte, a partir do julgamento pelo STF da ADIn 1.851-4/AL, Pleno, Min. Ilmar Galvão, DJ em 08.05.2002, a adoção da orientação traçada pelo STF, no sentido de ser devida a restituição do ICMS apenas nas hipóteses de não-ocorrência do fato gerador; não, portanto, nos casos em que a comercialização se dá em valor inferior ao utilizado como base de cálculo do imposto.

É esse o entendimento expresso, entre outros, nos seguintes julgados: AGA 455.386/SP, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 04.08.2003; ROMS 15.306/RJ, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 30.06.2003; RESP 318.921/DF, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 23.06.2003; RESP 470.390/RJ, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 12.05.2003; ROMS 14.180/RJ, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 04.08.2003, esse último assim ementado:

“RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - EMPRESA REVENDEDORA VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS - RESTITUIÇÃO DE VALORES RECOLHIDOS A MAIOR - IMPOSSIBILIDADE - EXEGESE DO ART. 150, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ADIN n. 1.851-4/AL - FATO GERADOR NÃO OCORRIDO - DEVOLUÇÃO - UTILIZAÇÃO DE NOTA FISCAL DE RESSARCIMENTO - IMPOSSIBILIDADE.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.851-4/AL, relator Ministro Ilmar Galvão, entendeu a Excelsa Corte, à luz do comando do § 7º, do artigo 150, da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional n. 03/93, que o contribuinte tem direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária para frente apenas quando o fato gerador não se realizar, afastada a possibilidade de ‘compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da última operação’.

Ainda que se admitisse que a recorrente tem valores a restituir em razão da não ocorrência do fato gerador, a devolução não poderia ser autorizada na forma

em que requerida pelo substituído, qual seja, a emissão de nota fiscal de ressarcimento ao fornecedor, substituto tributário.

Na substituição tributária, o substituto não poderá fazer as vezes do Estado para restituir ao substituído exação supostamente indevida. Recurso não provido”.

3. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para denegar a segurança. É o voto.

Na hipótese dos autos, de forma análoga à situação do precedente citado, não se trata de não realização do fato gerador, mas sim de pedido de repetição do ICMS relativo à diferença entre o preço de venda e a base de cálculo presumida. Desta forma, por ser a pretensão da demandante contrária à jurisprudência desta Corte, o acórdão recorrido deve ser reformado para reconhecer a improcedência do pedido inicial.

2. Nesta perspectiva, resta prejudicado o exame das questões referentes à violação aos arts. 102, § 2º, e 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99 e art. 168, I, do CTN.

3. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido, invertido o ônus da sucumbência. É o voto.

Documento: 2221449

RELATÓRIO, EMENTA E VOTO

## **RECURSO ESPECIAL Nº 725.063 - RS (2005/0012851-3)**

### **VOTO-MÉRITO**

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX:** Sr. Presidente, acompanho V. Exa. e faço coro com sua última alegação de que, para aferirmos na instância especial, se o preço do produto é exorbitante e completamente fora do mercado, teríamos que fazer uma análise fático-probatória interdita pela Súmula nº 7. Dou provimento ao recurso especial.

**PRESIDENTE O SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI  
RELATOR O SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI  
SESSÃO DA PRIMEIRA TURMA: 09/03/2006**

Nota Taquigráfica

Documento: 2291303

VOTO MÉRITO

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2005/0012851-3

REsp 725063 / RS

Números Origem: 101280569 70002321347

PAUTA: 09/03/2006

JULGADO: 09/03/2006

Relator

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretária

Bela. MARIA DO SOCORRO MELO

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR: LUIZ CARLOS ADAMS COELHO E OUTROS

RECORRIDO: QUERODIESEL TRANSPORTE E COMÉRCIO DE  
COMBUSTÍVEIS LTDA

ADVOGADO: ELAINE SABKA E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e  
Serviços**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 09 de março de 2006.

Maria do Socorro Melo  
Secretária

Documento: 2289522

CERTIDÃO DE JULGAMENTO



**PARECERES**



## PARECER Nº 13.659

CONVÊNIO. ACORDO INTERNACIONAL A SER FIRMADO ENTRE O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E INSTITUTO PÚBLICO ESTRANGEIRO. NECESSIDADE DE PRESENÇA DO ENTE FEDERAL PARA VALIDADE.

Não obstante apresentar-se como *convênio*, a minuta juntada ao expediente, pela qual o Estado pagaria a ente cubano pela realização de atividades na área médica, é contratação de serviços.

Não tem o Estado do Rio Grande do Sul personalidade internacional, devendo o referido pacto ser firmado pela República Federativa do Brasil, representada pelo Chefe de Estado, no caso, o Presidente da República.

Aplicação do art. 84, VIII, da Constituição Federal.

### 1 RELATÓRIO

A Secretaria da Saúde pretende estabelecer o que denomina *convênio*, (...) *objetivando colaboração, consultoria e assessoria ao programa “primeira infância melhor”, da Secretaria de Estado da Saúde. Referido convênio deverá ser firmado com o Centro de Referência Latinoamericano para la Educación Preescolar (CELEP), órgão pertencente ao Ministério de Educação de Cuba.*

A Casa Civil apresentou manifestação informal preliminar no sentido de necessidade de que o referido *convênio* fosse firmado pelo Presidente da República, com base no art. 84 da Constituição Federal.

A pedido da Secretaria consulente, o expediente retornou para juntada de novos elementos.

Juntados documentos, veio o expediente para manifestação desta Equipe de Consultoria/PDPE.

É o relatório.

### 2 FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, necessário verificar-se o conteúdo do chamado *convênio*. Para tanto, utilizo-me da última minuta juntada ao expediente.

Vejamos, inicialmente, o objeto:

#### CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO

O presente Convênio tem por objeto a colaboração, consultoria e assessoria do CONVENIADO ao Programa PRIMEIRA INFÂNCIA MELHOR da CONVENIENTE.

Agora, as obrigações das partes:

#### CLÁUSULA QUARTA - DAS OBRIGAÇÕES DAS PARTES

(...)

I - à CONVENIENTE:

a) garantir os recursos financeiros para a execução deste Convênio, conforme Plano de Trabalho que é parte integrante deste instrumento;  
(seguem-se outras no sentido de assegurar o andamento dos trabalhos por parte do conveniado)  
(...)

II - ao CONVENIADO:

- a) Executar as ações necessárias à consecução deste Convênio;
- b) Apresentar à Assessoria Técnica de Planejamento da CONVENIENTE, relatório das atividades desenvolvidas;
- c) Orientar na elaboração de diagnóstico da situação da atenção à Primeira Infância no Rio Grande do Sul, a partir de consulta a documentos oficiais e outras fontes;
- d) Prestar assessoramento à elaboração da formulação do Programa a ser aplicado e delimitação de ações a serem realizadas em cada etapa;
- e) Preparar o programa de capacitação inicial do Grupo Técnico Estadual e acompanhar as capacitações dos Grupos Técnicos Municipais;
- f) Proceder revisão técnica da tradução e adaptação do suporte bibliográfico e material do programa;
- g) Garantir a necessária estabilidade da equipe de consultores do CONVENIADO;
- h) Acompanhar e avaliar a implantação do Programa em suas diversas etapas, assegurando a presença de consultores do CONVENIADO com uma regularidade trimestral;
- i) Elaborar relatórios das atividades desenvolvidas pelos consultores em cada etapa do Programa “Primeira Infância Melhor”;
- j) Solicitar, quando necessária, a prorrogação de vigência deste Convênio, no mínimo 60 (sessenta) dias antes de seu término, com a devida justificativa;
- k) Prestar contas através de relatórios trimestrais apresentados à Assessoria Técnica de Planejamento da Secretaria de Estado da Saúde.

Tem-se, portanto, a prestação de serviços de consultoria, orientação e planejamento na formulação e na execução do programa ali referido, da parte do CELEP. Ao Estado, caberá a viabilização da estrutura para a implementação do programa, bem como o pagamento pelos serviços executados pelos funcionários cubanos.

Assim, como questão prejudicial, tenho que, não obstante denominar-se *convênio*, a proposta da Secretaria da Saúde, na verdade, quanto ao conteúdo, é um contrato.

Não há interesses comuns, paralelos, buscando a mesma consecução. Haveria convênio se, por exemplo, houvesse intercâmbio de pessoas ou troca de tecnologias, ambas no sentido de buscar a melhoria das condições das populações das duas partes. Contudo, o que há, na verdade, é a contratação de um serviço: o Estado vai pagar para que o CELEP lhe ensine como viabilizar o programa *Primeira Infância Melhor*.

Não é um convênio, é um ato internacional com natureza contratual. Insere-se, portanto, no estudo dos tratados internacionais.

Os tratados internacionais são assim definidos por Vitor Hugo Mota de Menezes (*in Lições Elementares de Direito Internacional Público*. Manaus, 1999; p. 59-61):

Todavia, para um entendimento inicial, é mister esclarecer que o termo tratado é aplicado a todo ajuste internacional, e tem sido substituído por outras

designações que, embora não fujam à natureza fundamental desses tipos de acordo, apresentam certas particularidades que, de alguma forma, as distinguem entre si:

(...)

convênio - usado na designação de acordos políticos, embora também empregado para designar ajustes de menos importância.

E, mais adiante, assim classificados (p. 61-62):

### 3 CLASSIFICAÇÃO (...)

#### 3.2 Quanto à natureza:

Relativamente à natureza, classificam-se em tratados contratos e tratados-leis ou tratados normativos:

3.2.1. Tratados-contratos - assemelham-se, no seu contexto, aos contratos. Visam esses acordos à fixação de normas que disciplinam interesses recíprocos dos Estados.

Subdividem-se em executados e executórios:

3.2.1.1. *Os tratados executados são os que fixam normas definitivas e permanentes e que devem ser executados de imediato. São, por exemplo, os tratados de limites e os que estabelecem cessão ou permuta de territórios;*

3.2.1.2. *Os tratados executórios dispõem sobre situações que devem ser disciplinadas pelas normas neles fixadas à medida que se apresentem. São os tratados de extradição, os de comércio e outros.*

3.2.2. *Tratados-leis - também chamados de tratados normativos são os que regulam determinadas relações jurídicas ou políticas ou de ambas as naturezas e os que, disciplinando relações econômicas, sociais ou administrativas, dão origem às uniões internacionais, (...).*

Não há dúvida que se está, aqui, frente a um tratado-contrato executório, segundo a classificação acima trazida.

Para firmar tratados (e, como se verá adiante, não só eles), necessário que esteja presente ente público internacional. O Estado do Rio Grande do Sul é um ente público interno, não tem personalidade jurídica internacional (assim como provavelmente tampouco o tenha o CELEP, mas isso é questão que deve ser resolvida internamente em Cuba). A República Federativa do Brasil é pessoa jurídica de direito público externo e interno, devendo, portanto, ela firmar o *convênio* (o que, no nosso entendimento, é na verdade um tratado-contrato) por intermédio de seu representante, o Chefe de Estado (Presidente da República).

É o que se infere das lições de Celso D. de Albuquerque Mello (*in* Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro, Renovar, 2001; p. 202-203):

Essa capacidade de concluir tratados é reconhecida aos Estados soberanos, às organizações internacionais, aos beligerantes, à Santa Sé e a outros entes internacionais. Pode-se acrescentar que os Estados dependentes ou os membros de uma federação também podem concluir tratados internacionais em certos casos especiais; os Estados vassallos e protegidos possuem o direito de convenção quando autorizados pelos suseranos ou protetores. O Direito Interno (Constituição) pode dar aos estados federados este direito, como ocorre na Suíça, na Alemanha Ocidental e na URSS. O governo federal no

Brasil não será responsável se um Estado membro da federação concluir um acordo sem que seja ouvido o Poder Executivo Federal e nem seja aprovados pelo Senado. (...) Para se verificar se um Estado dependente possui ou não o direito de convenção, é necessário um exame em caso a caso porque a situação do dependente é fixada pelo dominante.

E, mais adiante (p. 257):

Salienta Rezek que um estado-membro da federação brasileira não pode contratar com uma organização internacional a não ser que seja empréstimo.

A Constituição Federal referenda essa idéia:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:  
(...)

*VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;*

Não há como excluir o *convênio* (contrato, quanto ao conteúdo) objeto do presente exame, da classificação constitucional: se não for tratado (e, pelo que expus acima, aparentemente o é), pelo menos é ato internacional. Desse modo, correto o entendimento de que necessária a presença da Presidência da República no ato.

A isso tudo, acrescento que o próprio Tribunal de Contas já se manifestou em caso muito semelhante ao presente, contratação de serviços hospitalares entre o município de Barra do Quaraí e a cidade de Bella Unión, da República Oriental do Uruguai, permitindo prever que semelhante posição adotará no caso presente quando do exame das contas deste Governo. O parecer nº 41/2000 vem assim ementado (juntei cópia no expediente):

Convênio entre Município brasileiro e hospital de Município vizinho no Uruguai. Impossibilidade. Destinação de recursos. Impossibilidade. Matéria de direito internacional e comunitário. Competência constitucional da União. Serviços públicos de interesse local. Garantia de acesso. Consulta. Executivo Municipal de Barra do Quaraí.

Esclareço, ainda, que os precedentes juntados ao expediente não servem ao presente caso, já que retratam situações distintas.

Quanto ao(s) convênio(s) firmados pelo município de Santa Rosa, a contratação deu-se com o Instituto Ibero Latino Americano de Saúde e do Trabalho (ILSAT), com sede em São Paulo, e o ILSAT é quem contratou os serviços do Policlínico Docente Plaza de la Revolución de Havana, Cuba. No caso do presente expediente, trata-se de Instituto com sede em Havana, Cuba. E, ainda que o pagamento pelos serviços dê-se na conta do Consulado de Cuba em São Paulo, a sede do Instituto permanece sendo a capital cubana e o dinheiro, uma vez depositado, poderá ser remetido pela via diplomática àquele país (o que até poderia ser visto como uma manobra para fugir da necessidade de assinatura do tratado no presente caso). Por outro lado, o objeto do referido convênio

é distinto do presente.

Quanto ao contrato de colaboração empresarial firmado entre a Empresa Cubana Exportadora, Importadora e Comercializadora de Produtos de Ciência e Técnica Agropecuária (CATEC) e o Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S.A. (LIFAL), a dessemelhança é ainda mais acentuada e dispensa maiores comentários: trata-se de contratação entabulada por pessoa jurídica de direito privado (LIFAL, uma sociedade anônima), sendo situação totalmente distinta de eventual contratação com um ente público, como é o caso do Estado do Rio Grande do Sul.

Por fim, ainda que fosse desnecessário, tenho por bem referir que no âmbito do Direito Administrativo vigora o princípio da legalidade.

A respeito, trago brevemente as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (obra citada, p. 68):

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a idéia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (1996:82) e corresponde ao que a já vinha explícito no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei”.

No direito positivo brasileiro, esse postulado, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal que, repetindo preceito de Constituições anteriores, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

*Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.*

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes (*in* Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional; São Paulo, Atlas, 2002; p. 781):

O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, em que será permitida a realização de tudo o que a lei não proíba.

Assim, ao Administrador só é permitido fazer o que a lei permite, ainda mais como no caso presente, onde há competências federativas bem delineadas. Ao exigir o que deve exigir, e deixar de exigir aquilo que a lei não lhe autoriza que exija, nada mais faz do que cumprir a lei (no caso, a Constituição), a qual, como já dito, é o seu balizador.

### 3 CONCLUSÕES

Ante o que foi exposto, concluo que, não obstante o interesse e a nobreza do programa que a Secretaria da Saúde pretende implementar, para assinatura do referido *convênio* necessária a presença conjunta do Exmo. Sr. Presidente da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 84, VIII, da Constituição Federal.

É o parecer.

Porto Alegre, 02 de julho de 2003.

Luís Carlos Kothe Hagemann  
Procurador do Estado

044214-2000/03-6

Processo nº 044214-20.00/03-6

Acolho as conclusões do PARECER nº 13.659, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria do Procurador do Estado Doutor LUÍS CARLOS KOTHE HAGEMANN.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Saúde.

Em 04 de julho de 2003.

Helena Maria Silva Coelho,  
Procuradora-Geral do Estado

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul foi criada em 1971, pelo Prof. Orlando Vanin, então Consultor-Geral do Estado. Tomou a feição atual em 1974, sendo Consultor-Geral do Estado o Prof. Mário Bernardo Sesta, quando passou a ser publicada pelo instituto de Informática Jurídica - IIJ (atualmente denominado Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional - PIDAP). Em decorrência da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 10, de 30 de novembro de 1979, passou a chamar-se Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. A correspondência deve ser dirigida para Av. Borges de Medeiros, nº 1501 - 13º andar (CAERGS) em Porto Alegre - RS.

