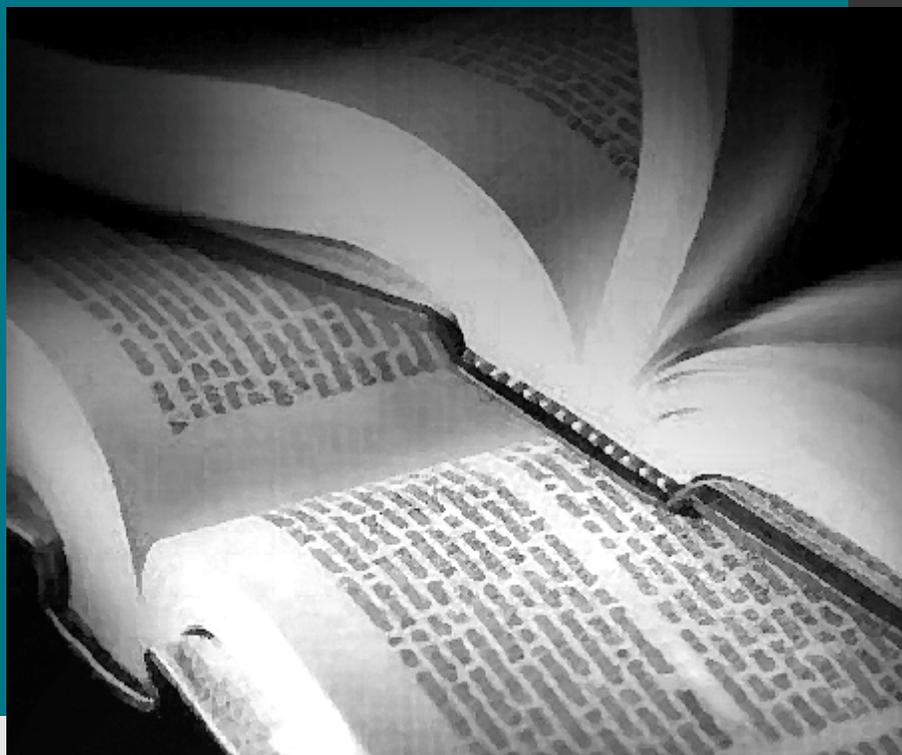
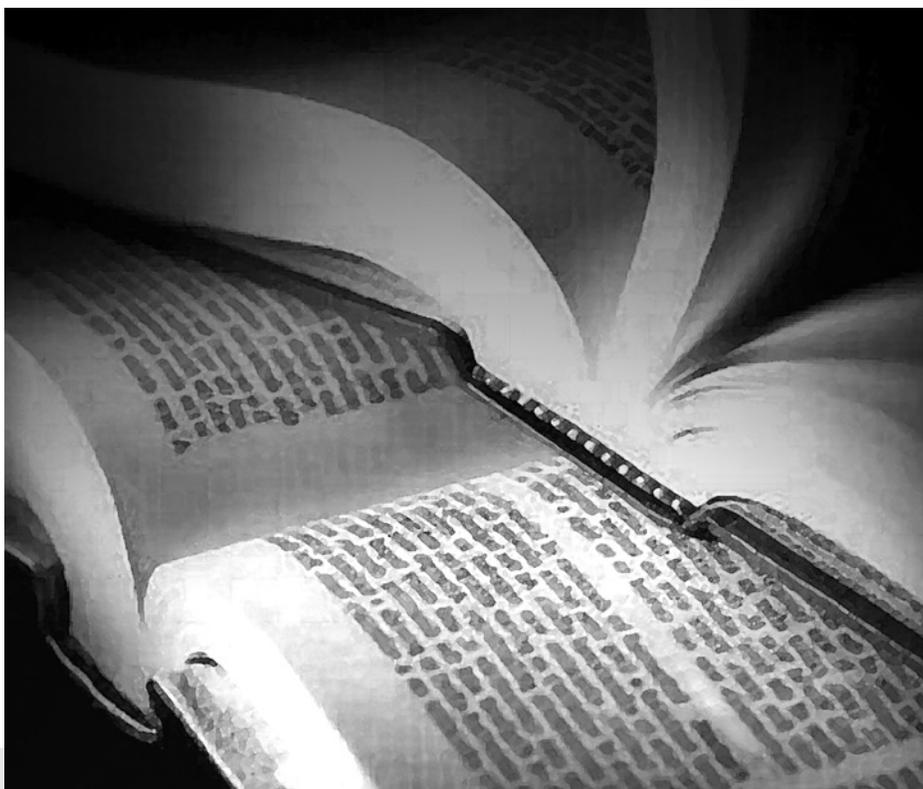


SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



**O poder da lei
versus a lei do poder
- a relativização da lei tributária**
Hélio Silvio Ourém Campos

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



**O poder da lei
versus a lei do poder**
– a relativização da lei tributária
Hélio Silvio Ourém Campos

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministro ARI PARGENDLER

Presidente

Ministro FELIX FISCHER

Vice-Presidente

Ministro FRANCISCO FALCÃO

**Corregedor-Geral da Justiça Federal e
Diretor do Centro de Estudos Judiciários**

Ministra Laurita Vaz

Ministro João Otávio de Noronha

Desembargador Federal Olindo Herculano de Menezes

Desembargador Federal Paulo Espirito Santo

Desembargador Federal Roberto Haddad

Desembargador Federal Wilson Darós

Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria

Membros Efetivos

Ministro Teori Albino Zavascki

Ministro Castro Meira

Ministro Arnaldo Esteves Lima

Desembargador Federal José Amilcar de Queiroz Machado

Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima

Desembargador Federal André Nabarrete Neto

Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro

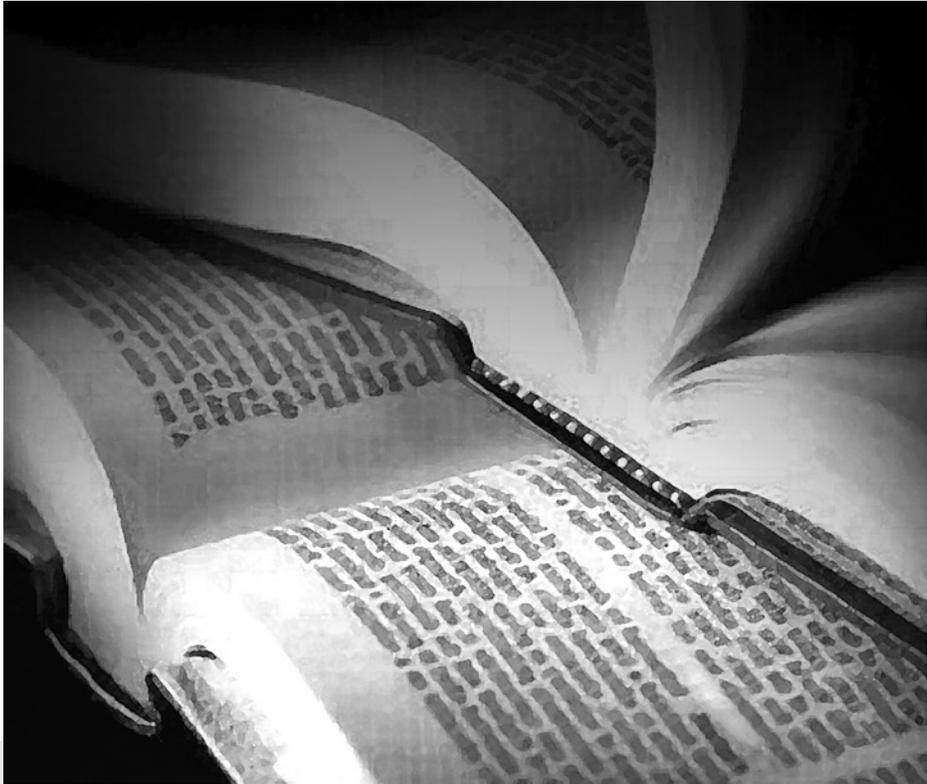
Desembargador Federal Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

Membros Suplentes

Eva Maria Ferreira Barros

Secretária-Geral

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



O poder da lei *versus* a lei do poder – a relativização da lei tributária ***Hélio Silvio Ourém Campos***

Copyright © Conselho da Justiça Federal – 2011

Tiragem: 1.500 exemplares

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que citada a fonte.

As opiniões expressas pelos autores não são necessariamente reflexo da posição do Conselho da Justiça Federal.

EDITORAÇÃO

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Janaína Lima Penalva da Silva – Secretária

SUBSECRETARIA DE INFORMAÇÃO DOCUMENTAL E EDITORAÇÃO

Raquel da Veiga Araújo de Meneses – Subsecretária

COORDENADORIA DE EDITORAÇÃO

Edição e Revisão

Milra de Lucena Machado Amorim – Coordenadora de Editoração

Ariane Emílio Kloth – Chefe da Seção de Edição e Revisão de Textos

Luciene Bilu Rodrigues – Servidora da Coordenadoria de Editoração

Diagramação e arte-final

Brasília Almeida Rios da Costa – Servidora da Coordenadoria de Editoração

Alice Zilda Dalben Siqueira – Servidora da Coordenadoria de Editoração

IMPRESSÃO

Coordenadoria de Serviços Gráficos da Secretaria de Administração
do CJF

C198 Campos, Hélio Sílvio Ourém

O poder da lei versus a lei do poder : a relativização da
lei tributária / Hélio Sílvio Ourem Campos – Brasília: Centro de
Estudos Judiciários, 2011.

509 p. : il. – (Série Monografias do CEJ ; 11)

1. Direito tributário. 2. Hierarquia das leis. 3. Princípio da
legalidade. 4. Ato jurídico perfeito. 5. Princípio constitucional. 6.
Segurança jurídica. I. Título

CDU 336.2

SUMÁRIO

ABREVIATURAS	9
INTRODUÇÃO	25
CAPÍTULO 1. A LEI DO PODER	39
1.1. O <i>Lobby</i> e a Lei	39
1.2. A Lei e os Paraísos Fiscais	54
1.3. As Cortes Constitucionais e a dinâmica do poder	54
CAPÍTULO 2. PRINCÍPIOS	69
2.1. O que é um Princípio	69
2.2. Princípios e Regras Constitucionais	79
2.3. Princípios e Hierarquia	90
2.4. Dirigismo Constitucional	103
CAPÍTULO 3. O PODER DA LEI	107
3.1. Parte Geral (Noções)	107
3.2. Valores e Expressões Objetivas	121
3.3. Parte Especial	125
3.3.1. Segurança Jurídica e Legalidade	125
3.3.1.1. Noções Introdutórias	125
3.3.1.2. Medidas Provisórias	129
3.3.1.3. Hierarquia entre Leis Ordinárias e Complementares. Análise e Jurisprudência	136
3.3.1.4. Ainda sobre a Importância da Lei	143
3.3.2. O Princípio da Legalidade e a Irretroatividade	147
3.3.2.1. Noções Introdutórias	147
3.3.2.2. Leis Interpretativas	151

3.3.2.3. Ato Jurídico Perfeito e Direito Adquirido	155
3.3.2.4. Direito Adquirido contra a Constituição	163
3.3.2.5. Cinco Questões Polêmicas	165
3.3.2.6. Coisa Julgada	169
3.3.2.7. Análise e Jurisprudência	175
3.3.3. O Princípio da Legalidade e a Anterioridade	183
3.3.3.1. Noções Introdutórias	183
3.3.3.2. Anterioridade e Anualidade	191
3.3.3.3. Orçamento	196
3.3.3.3.1. Definição e Enunciação Histórica	196
3.3.3.3.2. O INSS do Brasil. Questões Práticas	201
3.3.3.4. Anterioridade e Isenções Tributárias	204
3.3.4. O Princípio da Legalidade e a Isonomia	211
3.3.4.1. Noções Introdutórias	211
3.3.4.2. Critérios Relevantes	220
3.3.4.3. Segurança Jurídica. Igualdade e os seus contraprinípios ..	245
3.3.4.3.1. Praticabilidade	246
3.3.4.3.2. Seletividade	253
3.3.5. O Princípio da Legalidade e o Devido Processo Legal	255
3.3.5.1. Noções Introdutórias	256
3.3.5.2. Súmula com Efeito Vinculante no Brasil e Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias. Propostas.	264
3.3.5.3. Controle Externo da Magistratura Brasileira. Propostas.....	287
3.3.5.4. Questão de Repercussão Geral. Propostas	307
CAPÍTULO 4. O DIREITO BRASILEIRO, AS LACUNAS CONSTITUCIONAIS, O SILÊNCIO ELOQUENTE E OS CONCEITOS JURÍDICO – CONSTITUCIONAIS INDETERMINADOS	319
4.1. O Direito brasileiro e as Lacunas – previsibilidade legislativa	319
4.2. Tudo o que não está proibido, está permitido?	336
4.3. Lacunas Constitucionais	342
4.4. As Lacunas e o Silêncio Eloquente	349
4.4.1. Parte Geral	349

4.4.2. Silêncio eloquente, reedição e prorrogação de medida provisória no Brasil. Trabalhos Legislativos	355
4.4.3. Reedição e prorrogação de medida provisória, princípios jurídicos implícitos e a jurisprudência no Brasil	366
4.5. As Lacunas e os Conceitos Jurídicos Indeterminados	374
4.5.1. Parte Geral	374
4.5.2. Relevância e urgência. Medida provisória no Brasil. Doutrina e Jurisprudência	396
4.5.3. Relevância e urgência e os trabalhos legislativos	401
REFERÊNCIAS	413

ABREVIATURAS

A

ABDF – Associação Brasileira de Direito Financeiro

ac. – acórdão

AC – Apelação Cível

AComp – Ato Complementar

ACP – Ação Civil Pública

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AFRMM – adicional ao frete para a renovação da marinha mercante

AG – *Amtsgericht* (Tribunal local)

Ag – Agravo de instrumento

AgPt – Agravo de Petição

AgRg – Agravo Regimental

AgRt – Agravo Retido

AGU – Advocacia-Geral da União

AI – Ato Institucional

AIR – Adicional ao Imposto de Renda

Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (periódico)

ALALC – Aliança Latino-Americana de Livre Comércio

ALCA – Área de Livre Comércio das Américas

AMJ – Arquivos do Ministério da Justiça (periódico)

AMS – Apelação em Mandado de Segurança

Ap – Apelação

Ap. crim. – Apelação Criminal

AR – Ação Rescisória

art. – artigo

ATP – Adicional de Tarifa Portuária

B

BACEN – Banco Central do Brasil

BDA – Boletim de Direito Administrativo (periódico)

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (periódico)

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemão)

BGBI – *Bundesgesetzblatt* (Diário Oficial Federal Alemão)

BGH – *Bundesgerichtshof* (Superior Tribunal Federal da RFA)

BGHZ – *Entscheidungen des BGH in Zivilsachen* (Decisões do Superior Tribunal Federal da Alemanha em matéria civil) (periódico) (Carl Heymanns Verlag)

BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento

BIRD – Banco Mundial

BNDDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

BRD – *Bundesrepublik Deutschland* (República Federal da Alemanha)

BVerfG – *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da RFA)

BVerfGE – *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Decisões do Tribunal Constitucional Federal da RFA) (periódico) (J.C.B.Mohr)

C

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CAG – Código de Águas (D 24643/34)

Câm. – Câmara

Can. – Cânone (artigo do CDCan)

Cap. – capítulo

CAt – Conflito de Atribuições

CBA – Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7565/86)

c/c – combinado com

CC – Código Civil (Lei n. 3071/16)

CCom – Código Comercial (Lei n. 556/1850)

CComp – Conflito de Competência

CDC – Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90)

CDCan – Código de Direito Canônico (promulgado em 25 de janeiro de 1983 pelo Papa João Paulo II) (em vigor desde 27.11.1983)

CDCCP – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política (periódico) (RT)
CDTFP – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas (periódico) (RT)
CodEI – Código Eleitoral (Lei n. 4737/65)
CEE – Comunidade Econômica Europeia
CEP – Código de Ética Profissional (dos advogados)
CEPAL – Comissão de Estudos para a América Latina
CF – Constituição Federal (CF de 5.10.1988)
cf. – conforme
CGR – Consultor Geral da República
cit. – citado; citação
civ. – civil; cível
CJ – Ciência Jurídica (periódico)
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (DL n. 5452/43)
Codex – Código de Justiniano
COFIS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
Coment. – Comentários
const. – Constituição; constitucional
CP – Código Penal (DL n. 2848/40)
CPMF – contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira
CPC – Código de Processo Civil (Lei n. 5869/73)
CPC/39 – Código de Processo Civil de 1939 (DL n. 1608/39)
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito (federal)
CPInd – Código da Propriedade Industrial (Lei n. 5772/71) – Revogado expressamente pela LPI (Lei da Propriedade Industrial – Lei n. 9279, de 14.5.1996, DOU 15.5.1996, p. 8353)
CPP – Código de Processo Penal (DL n. 3689/41)
CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CSM – Conselho Superior da Magistratura
CSMP – Conselho Superior do Ministério Público
CTB – Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9503/97)
CTN – Código Tributário Nacional (Lei n. 5172/66)
CUT – Central Única do Trabalhador
CVM – Comissão de Valores Mobiliários

D

D – decreto

DARF – Documento de Arrecadação de Receitas Federais

DASP – Departamento Administrativo de Serviço Público

d.C. – depois de Cristo

DC – Revista de Direito do Consumidor (periódico) (RT)

DDR – *Deutsche Demokratische Republik* (República Democrática Alemã)

Dec-Lei – Decreto-Lei

Dep. – Deputado

Des. – Desembargador

Dig. – Digesto de Justiniano

Dig.Civ. – *Digesto delle discipline privatistiche* (UTET) (4ª ed. do Digesto Italiano) (seção de Direito Civil e Direito Processual Civil) (citação: autor, verbete, volume, página)

Dig.Comm. – *Digesto delle discipline privatistiche* (UTET) (4ª ed. do Digesto Italiano) (seção de Direito Comercial) (citação: autor, verbete, volume, página)

Dig.Pen. – *Digesto delle discipline privatistiche* (UTET) (4ª ed. do Digesto Italiano) (seção de Direito Penal) (citação: autor, verbete, volume, página)

Dig.Proc. – Digesto de Processo, 5 vols., Forense, RJ, 1980/1988 (obra coletiva citada por autor, verbete, volume do Digesto e página)

Dig.Pubb. – *Digesto delle discipline privatistiche* (UTET) (4ª ed. do Digesto Italiano) (seção de Direito Público) (citação: autor, verbete, volume, página)

DJU – Diário Oficial da Justiça da União

DL – decreto-lei

DLeg – decreto legislativo

DOE – Diário Oficial do Estado (citação: abreviatura seguida da sigla do Estado)

DOU – Diário Oficial da União

DRiG – *Deutsches Richtergesetz* (Lei Orgânica da Magistratura Alemã)

E

EAC – Embargos em Apelação Cível

EAR – Embargos em Ação Rescisória

EC – Emenda Constitucional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (L 8069/90)

ECR – Emenda Constitucional de Revisão

ed. – edição

EDcl – Embargos de Declaração

EDiv – Embargos de Divergência

e.g. – *exempli gratia*

EGBGB – *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Lei de Introdução ao Código Civil Alemão)

EGZPO – *Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung* (Lei de Introdução à Ordenança Processual Civil Alemã)

EI – Embargos Infringentes

EJ – Estudos Jurídicos (periódico)

ELETOBRÁS – Centrais Elétricas Brasileiras

em. – ementa; ementário

EmentSTJ – Ementário da Jurisprudência do STJ (periódico) (citação: volume, n. da ementa e página)

Emp. Comp. – empréstimo compulsório

EmReg – Emenda Regimental

EOAB – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8906/94)

ERE – Embargos em Recurso Extraordinário

EReO – Embargos em Remessa Oficial (ex officio)

ESD – Enciclopédia Saraiva de Direito (Saraiva) (obra coletiva) (citação: autor, verbete, volume, página)

est. – estadual

Est. – Estudos

ET – Estatuto da Terra (L 4504/64)

EUA – Estados Unidos da América

ExInc – Exceção de Incompetência

ExImp – Exceção de Impedimento

ExSusp – Exceção de Suspeição

ExVerd – Exceção da Verdade

F

fed. – federal

FGG – *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Lei sobre os assuntos de jurisdição voluntária da RFA)

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

FGV – Fundação Getúlio Vargas

FINSOCIAL – Fundo de Investimento Social

FNT – Fundo Nacional de Telecomunicações

FOB – Free on Board

FPE – Fundo de Participação dos Estados

FPM – Fundo de Participação dos Municípios

FUNRURAL – Fundo Rural

G

Gaio – Institutas de Gaio

GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade*

GenesisProc – Genesis Revista de Direito Processual Civil (periódico) (Ed. Genesis)

GG – *Grundgesetz* (Lei Fundamental da RFA)

GmSOGB – *Genicisamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes* (Câmara Comum dos mais altos Tribunais da Federação da RFA)

GVG – *Gerichtsverfassungsgesetz* (Lei de Organização Judiciária Alemã)

H

HC – habeas corpus

HD – habeas data

I

IAA – Instituto do Açúcar e do Alcool

IAPAS – Instituto de Assistência e Previdência Social

IBC – Instituto Brasileiro do Café

IBDF – Instituto Brasileiro de Direito Financeiro

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IC – Inquérito Civil

ICM – Imposto de Circulação de Mercadorias

ICMD – Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer bens ou direitos

ICMS – imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior

ID-Doutrina – Doutrina (periódico editado pelo Instituto de Direito. RJ-RJ)

IE – Imposto sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados

IF – intervenção federal

IGF – Imposto sobre grandes fortunas

II – Imposto sobre importação de produtos estrangeiros

IIFP – Institut International de Finances Publiques

IIP – Imposto de indústria e profissões

INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social

INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial

INPS – Instituto Nacional de Previdência Social

Inq. – inquérito

INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social

Inst. – Institutas de Justiniano

Instit. – Instituições

IOB – Informações Objetivas (boletim de jurisprudência)

IOF – imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários

IP – inquérito policial

IPI – Imposto sobre produtos industrializados

IPMF – Imposto provisório sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira

IPTU – Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana

IPVA – Imposto sobre a propriedade de veículos automotores

IR – Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza

IRPJ – Imposto de renda de pessoa jurídica

ISS – Imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no ICMS

ITBI – Imposto sobre a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição

ITR – Imposto sobre a propriedade territorial rural

IVA – Imposto sobre valores adicionados
IVC – Imposto de vendas e consignações
IVV – Imposto de vendas a varejo
IVVC – Imposto de vendas a varejo de combustíveis

J

j. – julgado em

JB – Jurisprudência Brasileira (periódico) (Juruá)

JSTF – Lex-Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Lex)

JSTJ – Lex-Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais (Lex) (citação: quando citada só abreviatura e página, refere-se a julgado do STJ); decisões dos TRFs: sigla do TRF, região, abreviatura, página. Exemplo: TRF-3ª-JSTJ 41/235)

JTACivSP – Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo (Lex do v. 1 ao 70; Saraiva do v. 71 ao 82; RT do v. 83 em diante)

JTACrimSP – Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (periódico) (Lex)

JTFR – Lex-Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos (periódico) (Lex Editora)

JuS – *Juristische Schulung* (Formação Jurídica) (periódico) (Beck)

Just. – Revista Justitia, órgão oficial do Ministério Público de São Paulo (periódico)

JZ – *Juristenzeitung* (Jornal dos Juristas) (periódico) (J.C.B.Mohr)

K

KO – *Konkursordnung* (Lei de Falências e Insolvência Civil Alemã)

L

L – Lei (federal)

LA – Lei de Alimentos (Lei n. 5478/68)

LACP – Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347/85)

LAD – Lei das Ações Discriminatórias (Lei n. 6383/76)

LADIn – Lei que regula o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade (Lei n. 4337/64)

LAF – Lei das Alienações Fiduciárias (DL n. 911/69)
LAJ – Lei de Assistência Judiciária (Lei n. 1060/50)
LAP – Lei da Ação Popular (Lei n. 4717/65)
LArb – Lei da Arbitragem (Lei n. 9307/96)
LAT – Lei Antitruste (Lei do Abuso do Poder Econômico) (Lei n. 8884/94)
LC – Lei Complementar
LCM – Lei da Correção Monetária (Lei n. 6899/81)
LCP – Lei das Contravenções Penais (DL n. 3688/41)
LD – Lei das Desapropriações (DL n. 3365/41)
LDA – Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9610/98)
LDC – Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 8158/91)
LDeI – Lei Delegada
LDepInf – Lei do Depositário Infiel (Lei n. 8866/94)
LDi – Lei do Divórcio (Lei n. 6515/77)
LDP – Lei da Defensoria Pública (LC n. 80/94)
LDRA – Lei de Desapropriação de Imóvel Rural para fins de Reforma Agrária (LC n. 76/93)
LDup – Lei das Duplicatas (Lei n. 5474/68)
LECCI – Lei de Execução de Cédula de Crédito Industrial (DL n. 413/69)
LECCR – Lei de Execução de Cédula de Crédito Rural (DL n. 167/67)
LECH – Lei de Execução de Cédula Hipotecária (DL n. 70/66)
LEF – Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6830/80)
LEG – Lei de Engenharia Genética (Lei n. 8974/95)
LEH – Lei de Execução Hipotecária (Lei n. 5741/71)
LEP – Lei de Economia Popular (Lei n. 1521/51)
LEXP – Lei de Execução Penal (Lei n. 7210/84)
LF – Lei de Falências (DL n. 7661/45)
LG – Landgericht (Tribunal regional)
LHD – Lei do Habeas Data (Lei n. 9507/97)
LI – Lei do Inquilinato (Lei n. 8245/91)
LIA – Lei da Improbidade Administrativa (Lei n. 8429/92)
LICC – Lei de Introdução ao Código Civil (DL n. 4657/42)
LIT – Lei das Interceptações Telefônicas (Lei n. 9296/96)
Litis – Revista Trimestral de Direito Processual (periódico) (vs. 1 a 4, 1974 a 1976)
LJE – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (L 9099/95) (v. LPC – L 7244/84)

LLE – Lei da Intervenção e Liquidações Extrajudiciais de Instituições Financeiras (Lei n. 6024/74)

LLic – Lei de Licitações (Lei n. 8666/93)

LLMP – Lei da Liberdade de Manifestação do Pensamento (Lei n. 5250/67)

LMC – Lei de Medidas Cautelares (Lei n. 8437/92)

LMCF – Lei da Medida Cautelar Fiscal (Lei n. 8397/92)

LMS – Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 1533/51)

LNB – Lei da Nacionalidade Brasileira (Lei n. 818/49)

LOAGU – Lei Orgânica da Advocacia Geral da União (LC n. 73/93)

LOJF – Lei de Organização da Justiça Federal (Lei n. 5010/66)

LOM – Lei Orgânica do Município

LOMN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC n. 35/79)

LOMP – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8625/93)

LOMPU – Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC n. 75/93)

LPA – Lei do Processo Administrativo Federal (Lei n. 9784/99)

LPBPS – Lei de Planos e Benefícios da Previdência Social (Lei n. 82 13/91)

LPC – Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei n. 7244/84) (revogada pela LJE – Lei n. 9099/95)

LPF – Lei do Planejamento Familiar (Lei n. 9263/96)

LPI – Lei da Propriedade Industrial (Lei n. 9279/96) (Revogou expressamente o Código da Propriedade Industrial – Lei n. 5772/71)

LPNMA – Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6938/81)

LPS – Lei do Parcelamento do Solo (Lei n. 6766/79)

LR – Lei que regula o procedimento dos recursos extraordinário e especial (Lei n. 8038/90)

LRP – Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6015/73)

LSA – Lei das Sociedades por Ações (Lei das SA) (Lei n. 6404/76)

LUnEst – Lei da União Estável (Lei n. 9278/96)

LTN – Letras do Tesouro Nacional

LTRF – Lei sobre os Tribunais Regionais Federais (Lei n. 7727/89)

LUE – Lei do Usucapião Especial (Lei n. 6969/81)

M

MI – Mandado de Injunção

Min. – Ministro

MP – Ministério Público

MS – Mandado de Segurança

MunchKommBGB – *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* ("Comentário de Munique sobre o Código Civil Alemão (BGB)", 3ª ed., 10 vs., Beck, München, a partir de 1992 – Obra coletiva (citado: v., autor, § do BGB, n. e pág.)

MunchKommZPO – *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung* ("Comentário de Munique sobre a Ordenança Processual Civil Alemã (ZPO)", 3 vs., Beck, München, 1992 – Obra coletiva (citado: v., autor, § da ZPO, n. e pág.)

m.v. – maioria de votos

N

n. – número

O

ob. – obra

obs. – observação

OCDE – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico da Comunidade Européia

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OLG – *Oberlandesgericht* (Tribunal Estadual Superior)

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

Ord. Afons. – Ordenações Afonsinas

Ord. Fil. – Ordenações Filipinas

Ord. Man. – Ordenações Manuelinas

org.jud. – organização judiciária

ORTN – Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional

P

p. ou pg. – página

PA – processo administrativo

PASEP – programa de formação do patrimônio do servidor público

§ ou par. – parágrafo

Par.Ún. – Parágrafo Único
PE – Pernambuco
PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S.A
PIS – programa ou plano de integração social
pp. – páginas
proc. – processo; processual
Prov. – provimento

Q

quest. – questões

R

R\$ – Real (moeda brasileira)
RBDP – Revista Brasileira de Direito Processual (periódico) (Forense) (vs. 1 a 58, 1975 a 1988)
RCADE – Revista do CADE (periódico)
RCDC – Regulamento do Código de Defesa do Consumidor (D n. 2181, de 20.3.1997)
RCJF – Regimento de Custas da Justiça Federal (Lei n. 9289/96)
Recl. – Reclamação
RDA – Revista de Direito Administrativo (periódico) (FGV)
RDE – Revista de Direito Econômico (periódico)
RDFHP – *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Publica*
RDFSF – *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza della Finanza*
RDP – Revista de Direito Público (periódico) (RT) (ns. 1 a 100, 1967 a 1991)
RDPC – Revista de Direito Processual Civil (periódico) (Saraiva) (vs. 1 a 6, 1960 a 1967)
RDPn – Revista de Direito Penal (periódico) (RT – Forense)
RDSF – *Rivista di Diritto e Scienza delle Finanze*
RDT – *Rivista di Diritto Tributario*
RDTr – Revista de Direito Tributário (periódico) (RT)
RE – Recurso Extraordinário
Rec. – Recurso

rel. – relator, relatora

Renovar – Revista de Direito Renovar (periódico) (Ed. Renovar Ltda.)

REO – remessa ex officio

Res. – resolução

REsp – Recurso Especial

Rev.Der.Proc. – *Revista de Derecho Procesal* (Edersa, Madrid)

RF – Revista Forense (periódico) (Forense)

RFA – República Federal da Alemanha

RFDDDD – Regulamento do Fundo Federal de Defesa de Direitos Difusos e Coletivos (D 1306/94) (v. CFDDDD)

RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RHC – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*

RHD – Recurso Ordinário em *Habeas Data*

RIAB – Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros

RIDF – *Rivista Italiana di Diritto Finanziario*

RIL – Revista de Informação Legislativa (periódico) (Senado Federal)

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça

Riv.Dir.Civ. – *Rivista di Diritto Civile* (periódico) (Cedam)

Riv.Dir.Proc. – *Rivista di Diritto Processuale* (periódico) (Cedam)

Riv.Dir.Proc.Civ. – *Rivista di Diritto Processuale Civile* (periódico) (Cedam)

Riv.Trim.Dir.Proc.Civ. – *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (periódico) (Giuffrè)

RJ – Revista Jurídica (periódico) (Porto Alegre)

RJE – Revista de Jurisprudência Escolhida (Revista do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo) (periódico)

RJLEMI – Revista Jurídica LEMI (periódico)

RJTJE – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça dos Estados (periódico) (Vellenich)

RJTJRJ – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (periódico)

RJTJRS – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (periódico)

RMI – Recurso Ordinário em Mandado de Injunção

RMS – Recurso em Mandado de Segurança

ROAB – Revista da OAB (Conselho Federal) (periódico)
ROABRJ – Revista da OAB do Rio de Janeiro (periódico)
ROABSP – Revista da OAB de São Paulo (periódico)
ROC – Recurso Ordinário Constitucional
Rp – Representação
RPGR – Revista da Procuradoria-Geral da República (periódico) (RT)
RPS – Revista da Previdência Social (periódico) (Ed. LTr)
RR – Recurso de Revista
RSTJ – Revista do Superior Tribunal de Justiça (periódico)
RT – Revista dos Tribunais (periódico) (RT)
RTCMSP – Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo (periódico)
RTCSP – Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (periódico)
RTCU – Revista do Tribunal de Contas da União (periódico)
RTDP – Revista Trimestral de Direito Público (periódico) (Malheiros)
RTFR – Revista do Tribunal Federal de Recursos (periódico) (Lex)
RTInf – RT Informa (boletim da Revista dos Tribunais)
RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência, do Supremo Tribunal Federal
RTJE – Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados (periódico)
RTRF-3ª – Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (São Paulo) (periódico)
RvCr – Revisão Criminal

S

SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SE – Sentença Estrangeira
seç. – seção
Sen. – Senador
s/n – sem número
SENAC – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial
SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
SERPRO – Serviço Federal de Processamento de Dados da União
SESC – Serviço Social do Comércio
SESI – Serviço Social da Indústria
SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições de

Microempresas e Empresas de Pequeno Porte
SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico
SRF – Secretaria da Receita Federal
ss. – seguintes
SS – Suspensão de Segurança
ST – Revista Síntese Trabalhista (periódico) (Ed. Síntese)
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
StGB – *Strafgesetzbuch* (Código Penal)
STN – Sistema Tributário Nacional
StPO – *Strafprozeßordnung* (Ordenança Processual Penal)
SUDAM – Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia
SUDECO – Superintendência de Desenvolvimento do Centro-Oeste
SUDENE – Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste
Súm. – Súmula
SUS – Sistema Único de Saúde

T

T – Turma
t. – tomo
TA – Tribunal de Alçada
tb. – também
TCE – Tribunal de Contas do Estado
TCU – Tribunal de Contas da União
TFR – Tribunal Federal de Recursos
TIPI – Tabela de imposto sobre produtos industrializados
Tít. – título
TJ – Tribunal de Justiça
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
trad. – tradução; tradutor
Trat. – Tratado
TRF – Tribunal Regional Federal (citação: abreviatura seguida da região. Exemplo:
TRF-3ª)

TRT – Tribunal Regional do Trabalho
Trib. – tributário ou tributo
ts. – tomos
TSE – Tribunal Superior Eleitoral
TST – Tribunal Superior do Trabalho

U

UJur – uniformização da jurisprudência
ult. – ulterior; ulteriormente
un. – unânime; único
UNESCO – Órgão das Nações Unidas que trata dos aspectos econômicos, sociais e culturais
URSS – antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas
USA – Estados Unidos da América do Norte
US\$ – dólar

V

v. – ver; veja; volume
VerbrKrG – *Verbraucher kreditgesetz* (Lei alemã sobre crédito ao consumidor, de 17.12.1990)
v.g. – *verbi gratia*
Vox – *Vox Legis* (periódico)
vs. – volumes
v.u. – votação unânime

Z

ZPO – *Zivilprozeßordnung* (Ordenança Processual Civil)
ZPR – *Zivilprozeßrecht* (Direito Processual Civil)
ZdZP – *Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß* (Revista do Processo Civil Alemão) (periódico) (Carl Heymanns Verlag)
ZZP – *Zeitschrift für Zivilprozeß* (Revista de Processo Civil) (periódico) (Carl Heymanns Verlag)

INTRODUÇÃO

A IMPUNIDADE E ALGUMAS MEDIDAS DE COMBATE

Desde logo, advirta-se que não se pretende aqui escrever um livro sobre livros; ou melhor, um livro como uma espécie de repetição automática daquilo que já vem contido em outros livros.

É evidente que as ideias expostas não serão todas inéditas, mas respeitarão o contra-ponto de que não haverá direitos sem os simétricos deveres.

O custeio das atividades do Estado é uma daquelas questões sérias que costumam provocar uma inexorável fadiga do cidadão comum, aquele que verifica que está pagando muitos tributos sem o equivalente retorno em saúde, educação, segurança pública, seguridade social etc.

Também não basta o próprio Estado reconhecer, apenas legal ou formalmente, os direitos fundamentais contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, evitando-lhes, total ou parcialmente, por motivações políticas, econômicas ou com justificativas atribuídas a dificuldades de outras ordens.

É insuficiente um discurso cercado de motivações aparentes de boa vontade se as desigualdades estiverem a aprofundar-se. A execução das políticas de governo precisa apresentar sinais de que a igualdade de oportunidades, que não significa igualdade de resultados, está a se constituir uma realidade naquele Estado; a igualdade de acesso ao sistema de saúde tem, cada vez mais, rareado a morte por mera falta de assistência; a criminalidade não tem se tornado o único caminho de progressão social etc.

Entretanto, a relativização generalizada, bem como a falta de motivação por se buscar qualquer certeza, pode estar produzindo a desestabilização de todas as esferas culturais, e não apenas da ética.

A necessidade de se evitar o dogmatismo, a fim de se atingir uma sociedade mais dinâmica e justificar posturas políticas de toda ordem, tem provocado um verdadeiro “efeito inverso”. De uma sociedade exageradamente rígida a uma outra demasiadamente flexível ou plástica.

Há uma espécie de alinhamento de forças que contagia este momento histórico com a apatia do cidadão comum, mesmo diante do envelhecimento da população e da necessidade de novas receitas públicas para custear, por exemplo, os serviços da seguridade social.

Ainda assim, parece aceitável tratar-se o forte de uma maneira fraca e o fraco de um modo forte.

O Direito Tributário não está imune a este contágio, e, à sua maneira, participa desta relativização de tudo. Entretanto, se há algo de errado com esta área de trabalho, é preciso agendar uma inspiração que evite reformas fiscais cuja pedra de toque seja a regressividade; ou melhor, tributar efetiva e proporcionalmente mais quem tem menos e menos quem tem mais.

Mas, para isto, será necessário romper a apatia do cidadão comum, uma mudança na maneira de ver a disciplina fiscal. Será necessário vencer a certeza de que todos os esforços empenhados darão em nada, quando, no polo passivo da relação tributária, civil ou criminal, estiver alguém economicamente forte, com laços políticos e sociais que relativizam a efetividade das leis.

O reino do relativismo precisa ser combatido, ainda mais entre as questões de massa ou seriadas. Entre elas, destaca-se a sonegação fiscal sistêmica que ainda tem ocorrido no Brasil, e o seu tratamento legal gradualmente abrandado, haja vista as repetidas leis de parcelamento que buscam também ter eficácia criminal. A elas a jurisprudência atribui quando não o efeito abrupto da extinção da punibilidade; em última hipótese, o da suspensão tendente à prescrição terminativa.

A sensação de impunidade e de que nada há a fazer contamina o Estado democrático de Direito, e torna ainda mais importante a reflexão de se já não é hora de, ao invés de mudarem-se incessantemente as leis (inflação normativa), começar-se a estudar mais aprofundadamente os critérios de recrutamento ou de seleção dos julgadores das instâncias superiores, que são, afinal, quem diz o que, na prática, as leis verdadeiramente determinam.

Sem este duplo aspecto, as leis e os seus derradeiros intérpretes, não se superará o estágio de um **indevido processo legal**, que não conduz a resultados sociais satisfatórios e causa desesperança e incredulidade.

Dizer que transitou em julgado um processo de crime contra a ordem tributária pelo fato de a denúncia não haver sido suficientemente específica, de modo a permitir o amplo direito de defesa, jamais poderia trazer como consequência a impossibilidade de aditamento da mesma; e, agora, especificados os fatos, e antes que a prescrição os socorra, o processo não poderia deixar de ter o seu recomeço.

Certamente, isso sequer merece ser entendido como relativização da coisa julgada. Contudo, pode não ser incomum cobrir com o manto da impunidade a extensão de uma coisa julgada que, na realidade, não há.

Este exemplo, por si só, já demonstra as dificuldades que serão enfrentadas. Eis um desafio: a aparente precariedade da jurisprudência brasileira sobre a sonegação e a impunidade quanto aos crimes econômicos, entre eles, os fiscais.

A procura das causas desta constatação terminou por concluir pela necessidade de buscar-se a integração endógena e exógena dos órgãos e entidades públicas, mediante reuniões e seminários dentro e fora do ambiente universitário.

Foram muitos os encontros, a partir de um projeto de pesquisa, buscando aproximar as esferas municipais, estaduais, distrital e federal. Este esforço não se restringiu ao Estado de Pernambuco, pois se buscou contactos e participações efetivas em Brasília, Sergipe, Alagoas, Mato Grosso do Sul etc. Mas ainda é muito pouco.

Advogados, ministros, juízes, desembargadores, auditores, procuradores das entidades federativas, professores universitários, não apenas da área jurídica, mas também da econômica e contábil, orientandos de pesquisa, jornalistas, meios de imprensa em geral foram mobilizados de modo a que viessem a se engajar em um verdadeiro movimento de reflexão sobre o relativismo de valores e a impunidade com fortes repercussões no âmbito tributário.

É natural que advenham reações dos setores que se julguem atingidos. Contudo, sem a integração não advirão efeitos concretos. É necessário aliar a teoria e a prática. É essencial discutir o lugar comum de que,

no Brasil, pagam-se muitos tributos e recebem-se poucos e ineficientes serviços públicos.

Esta seria uma forte justificativa para a evidente aceitação até mesmo dos crimes de sonegação fiscal e de outros que lhe são conexos (falsidades ideológica e material, organização crimosa e quadrilha, corrupção ativa e pasiva, crimes contra o sistema financeiro, evasão de divisas, lavagem de ativos etc.).

O contribuinte pobre, de classe média, o micro, o pequeno e o médio empresários, e também o grande empresário que opta pelo crescimento à custa da sonegação, justifica-se moral e socialmente com este argumento: *não é irregular deixar de pagar os tributos a um Estado que presta poucos e ineficientes serviços públicos.*

É preocupante esta aceitação social.

Primeiramente, se parece consensual que, no Brasil, existam escolas de ótima e de péssima qualidades; hospitais excelentes e terríveis, e que, para a população mais carente, quase sempre sobram as piores alternativas. Por que, então, pensar que o tratamento fiscal seja isonômico? Ou que todos os contribuintes recebam um tratamento equilibrado?

Portanto, se é verdade que, para alguns, há uma carga tributária escorchante e serviços sofríveis de retorno, não se deve generalizar também a respeito.

E não se está falando aqui apenas dos benefícios, incentivos e isenções distribuídos mediante critérios políticos discutíveis, nem tampouco das bem pagas consultorias dos amigos do poder, pois bastaria ver que, considerando como bases de imposição tributária **o patrimônio, a renda e o consumo**, é sobre o consumo que se intensifica a tributação. E é de se preocupar com o fato de que uma pessoa humilde compromete a maior parte do que possui no consumo (alimentos, material de higiene e limpeza etc.).

Logo, a lógica fiscal de optar como base de imposição tributária preferente o consumo, é algo que não pode ser esquecido, e, em qualquer reforma tributária, precisa ser levado em conta.

Quanto ao retorno do dinheiro público, os benefícios e incentivos fiscais são práticas que exigem uma fiscalização eficiente, haja vista o triste passado de fraudes em instituições como a Sudene e a Sudam.

Ocorre que, no Brasil, exatamente em função da visão distorcida de que todos os contribuintes estariam, na prática, merecendo o mesmo rigor de tratamento, a sociedade em geral trata o grande fraudador até com uma certa admiração, como alguém de sucesso que soube lidar com o sistema. O grande fraudador não é tratado como um criminoso. Logo, ele não se sente como tal.

Aliás, não seria inesperado escutar os reclamos de que também o sonegador tem as despesas decorrentes da sonegação, que, algumas vezes, passam pelo pagamento da propina ou pela transferência de prestígio social, afora as despesas provenientes da sua defesa em juízo ou fora dele.

Isso estimula a impunidade, que pode ocorrer pela mera ausência de fiscalização eficiente, ou pela interpretação dos órgãos julgadores administrativos e judiciais.

E note que se trata de um encontro de contas. Se há, ou não, vantagem em sonegar. Logo, se realmente pretende-se reduzir a sonegação no Brasil, faz-se necessário tornar desvantajosa a postura do sonegador, não se permitindo, por exemplo, que faça jus a constantes parcelamentos que suspendam e até excluam a sua punibilidade.

Afora o fato de que o instituto do parcelamento não implica senão em suspensão da exigibilidade da dívida, não fazendo surgir uma nova; pois em nada se confunde com o instituto jurídico da novação. Estender-lhe ao sonegador, retira a atitude de respeito que se precisa ter diante do sistema jurídico, premiando-se o sonegador, que adquirirá uma vantagem concorrencial perante aquele que paga os seus tributos em dia.

Afinal, desvio de dinheiro público ocorre tanto quando o dinheiro se encontra nos cofres públicos e é utilizado para finalidades privadas; quanto quando o dinheiro sequer ingressa nos cofres públicos pela via da sonegação.

Aqui, vale lembrar que não basta punir o corrupto, pois estes, embora devam ser punidos, virão a ser substituídos até com alguma facilidade em um momento histórico de relativização geral, e dentro de uma cultura que aceita e, até admira, a personalidade do grande sonegador como homem de sucesso.

Faz-se imprescindível identificar o corruptor e divulgá-lo como alguém responsável pela precariedade na saúde, educação, segurança etc. E pare-

ce que isso é ainda mais difícil. A dificuldade decorre de questões sociais gerais, mas também de problemas bem específicos. Falta integração entre os órgãos públicos. Esta ausência é tanto endógena, quanto exógena.

As auditorias públicas (municipais, estaduais, distrital e federais), as procuradorias, o Ministério Público, o Poder Judiciário, as polícias – tantas vezes subdivididos em locais e regionais – etc. possuem uma estrutura interna que ainda exige uma aproximação bem maior. E se é assim internamente, muito mais difícil será a integração entre os órgãos públicos diversos.

É necessário aproximar estes órgãos e a sociedade para que se comece a entender que cobrar as dívidas fiscais é um dos caminhos para se reduzir a carga tributária daqueles que efetivamente a pagam. Assim, reduz-se a carga tributária individual do contribuinte adimplente, sem reduzir a carga tributária geral, e, portanto, os recursos das despesas legítimas de um Estado democrático de Direito que não foge para a ficção.

Não vai ser fácil, pois, surpreendentemente, há também a questão do medo. Isto porque se, de um lado, o cidadão comum tem um certo receio de passar por uma auditagem, considere-se também a possibilidade de os auditores terem receio do grande sonegador, não apenas no que se refere a atentados físicos, mas também porque a sonegação organizada, e realizada sistematicamente com todos os crimes conexos que lhe são comuns, quando surpreendida nos seus esquemas, reage.

E a reação não se trata apenas de defender-se material ou processualmente, mas inclusive adota uma postura de ataque, quer processando os fiscais, que não têm a mesma estrutura de defesa judicial, buscando atemorizá-los e evitando que a perquirição continue; quer utilizando dos seus acessos internos na estrutura de poder do próprio Estado.

Logo, se é preciso impedir o abuso da fiscalização; por outro lado, faz-se necessário fornecer-lhe tranquilidade, de modo que se possa agir com o equilíbrio e a firmeza que a função exige. Tudo faz crer que seja imprescindível estabelecer um contraponto nos estudos do Direito Tributário no Brasil.

Nos congressos, seminários etc., assim como deve haver a exposição dos advogados tributaristas, tão brilhantes e com tantas teses bem desenvolvidas; também precisa haver expositores que defendam a sociedade que não os contratam, até porque não tem recursos para tanto.

Talvez assim a juventude, com formação jurídica universitária ou não, conseguirá encontrar o justo meio termo.

É preciso entender que assim como os grandes devedores têm o direito de contratar advogados sérios e competentes para fazerem as suas defesas; a Fazenda Pública tem o dever de também proceder as sustentações orais, sobretudo naquelas causas que repercutem bilhões. Não se trata de interferência do Executivo no Judiciário, mas de exercício regular de um direito-dever em benefício de toda a sociedade, pois é necessário ter em conta que o que é público é de todos nós (*res publica*); e não algo havido como de ninguém.

Caso a inconstitucionalidade seja declarada, esperar-se-ia como normal que o dinheiro fosse devolvido para aquele que realmente pagou a maior, o contribuinte que pagou de fato.

Isso só não ocorreria em duas situações: a) quando aquele que pagou de fato, no preço, autorizar o contribuinte de direito a recolher aquilo que foi indevido; b) quando o contribuinte de direito comprovar que efetivamente arcou com os custos do tributo, sendo ele também o contribuinte de fato. Evidentemente que, nesta segunda hipótese, haveria de abrir os seus livros à fiscalização.

Se algum tributo pago for havido posteriormente como inconstitucional, quem deveria haver de volta o indevido seria aquele que efetivamente pagou. Assim, toda vez que se diz que as mercadorias, os produtos e os serviços estão bem mais caros porque é alto o valor do tributo, é preciso pensar.

Ora, é direito do cidadão-consumidor não apenas saber quanto de tributo há no preço daquele produto; mas também ser informado se aquela empresa efetivamente recolhe os valores fiscais embutidos no preço.

Assim como a empresa acessa (SPC, Serasa, Cadin e outros sistemas de apuração de inadimplência) os dados do consumidor, também deveria o consumidor ter a informação sobre os dados da empresa na qual quer comprar.

É uma questão de responsabilidade fiscal. Seria oportuno utilizar um selo ou outro meio equivalente, para identificar a empresa que cumpre com a sua função social de pagar tributos. As informações precisam ser de mão dupla.

É, nesta linha, que encontro o art. 198, § 3º, do CTN. Não é vedada a divulgação de informações relativas a representações fiscais para fins penais; inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; parcelamento ou moratória.¹

Além disso, quando se diz que há preferência em relação a créditos da Fazenda Pública, também creio que seja uma aparente ilusão.

Afinal, se a opção de inadimplência for em relação a clientes e fornecedores, os mesmos logo cortarão o fornecimento ou resistirão em comprar. Quanto ao Fisco, aquele que trabalhar com execuções fiscais, verificará que a recuperação de ativos é muito baixa, pouco frequentando a preocupação do devedor inadimplente, que, com um mandado de segurança, objetivará atingir a certidão negativa ou equivalente a que faltava, muitas vezes até sem a necessária garantia de pagamento, haja vista uma parte do setor da construção civil, que resiste, dizendo que os seus empreendimentos são desligados das dívidas da empresa.

Pode-se afirmar que as estratégias jurídicas são meios lícitos, às vezes, apelidados de planejamento tributário ou de elisão. Talvez em alguns casos. Mas, exemplificativamente, veja-se os que vão a seguir, e diga se os mesmos são realmente meios lícitos ou meras dissimulações:

1. Formações de sociedades com a posterior dissolução com redistribuição de capital de modo a não pagar o Impostos de Transmissão de Bens Imóveis-ITBI. Se duas pessoas forem comprar um apartamento de poucos mil reais, certamente encontrarão dificuldades de pagar o ITBI, quando da transferência de propriedade mediante o registro, pois, em relação ao poder aquisitivo dos adquirentes, ele será inegavelmente alto. Contudo, se a unidade imobiliária atingir alguns milhões, não seria razoável que comprador e devedor simulassem uma sociedade integralizando o capital com o dito apartamento e o seu valor correspondente, para, logo a seguir, dissolvê-la, agora invertendo o capital integralizado. Aquele que inicialmente ofereceu a unidade imobiliária sairia da sociedade com o dinheiro, e aquele

¹ Lei n. 5172, 25/10/1966, Código Tributário Nacional – CTN, art. 198. § 3º. Não é vedada a divulgação de informações relativas a: I – representações fiscais para fins penais; II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; III – parcelamento ou moratória.

que inicialmente ingressou com o dinheiro, sairia da mesma com o imóvel. Isto tudo para fugir do tributo, ITBI, menosprezando toda a fiscalização.

2. Distribuição de *pro labore* na forma de aluguel de bens próprios – casas, automóveis etc. Se a empresa vai mal, e não puder justificar uma retirada alta de *pro labore*, superaria-se o problema na forma seguinte. Casa (ou as casas), o automóvel (ou vários deles) que são da propriedade do sócio, são alugados à sociedade, que passa a pagar os ditos “aluguéis”. Seria esta uma forma inteligente de dizer que não se paga *pro labore*, mas meros aluguéis?
3. Parcelamentos como formas de extinção de punibilidade e não de simples suspensão. Utilização de laranjas (funcionários da própria empresa ou não) e fantasmas para depósito do faturamento. Com isto, reduz-se o faturamento real e se pagam menos tributos, inclusive à seguridade social. Surpreendido o esquema, busca-se socorrer de parcelamentos especiais, e com isto não apenas suspender o pagamento imediato da dívida, mas até extingui-la, afirmando-se que a dívida parcelada em nada se confunde com a original, decorrente de fraude ao faturamento. A novação funcionaria como uma forma extraordinária de perdão ou de garantia de impunidade. Note-se que se defende o parcelamento da dívida decorrente do ilícito fiscal não como uma forma de suspensão da exigibilidade, ou mesmo da punibilidade; mas como uma maneira inteligente de extinguir a própria punição.
4. Cisões de empresas de modo a pagar o parcelamento com base no faturamento da empresa cindida, e que praticamente não mais funciona, pois toda a atividade passou para a empresa consequente da cisão. Assim, a empresa mãe tem a dívida, que costuma ser bem alta, mas detém um faturamento quase inexistente, e é com base neste que se pretende pagar o débito mediante módicas prestações, calculadas à base de um faturamento artificialmente esvaziado.
5. *Off shores* e maquiagem de preços de transferência. Valores vultosos são encaminhados para o exterior a pretexto de comprar desde jogadores de futebol até produtos de luxo. O valor do produto ou do

jogador é bem menor, mas assim promove-se a evasão de divisas. Por outro lado, quando uma nova mercadoria chegar, diz-se que vale bem menos, pois pagam-se menores tributos (sonegação). Via de regra, notas fiscais são lançadas no estrangeiro com valores relativos ínfimos, bastante distantes daqueles apontados pelo Banco do Brasil, no Siscomex, uma espécie de sistema que baliza o comércio com o exterior. Salvo melhor juízo, o encaminhamento criminal não é uma opção para o juiz, mas uma obrigatoriedade.

6. Más concessionárias de veículos ou empresas de faturização, compras e vendas de notas fiscais, notas fiscais calçadas, exercício irregular no setor de combustíveis, construção civil, usinas de açúcar, estivas, bandas musicais, atividades financeiras suspeitas, especialmente junto a pequenos e médios bancos etc.

Enfim, diante de uma mentalidade que relativiza todos os valores, inclusive os éticos, não deve provocar surpresa o que se vem aqui relatando. Ainda abro destaque:

- a) para os pseudoprocuradores, com poderes mais amplos que os dos próprios pseudossócios de empresas. Parece incrível observar que pessoas modestas aparecem como sócias de empresas; e outras, bem menos modestas, surjam como procuradoras destas primeiras, com amplos poderes para realizar todos os tipos de negócios em nome dos pseudoproprietários. Às vezes, os sócios diretores, por cláusula contratual, são obrigados a assinar, em nome das empresas, em conjunto, para que o negócio jurídico tenha validade, enquanto, ao pseudoprocurador, basta que assine isoladamente;
- b) sobre os pseudorestaurantes, quando atividades de fachada, caberia uma atenção especial, afinal, com os cerca de 8% de ICMS – algo similar ao IVA, poderiam emitir desbragadamente notas fiscais de venda, e, assim, lavar dinheiro “sujo” a um custo de branqueamento bem em conta.

O dever de sinceridade fiscal, como se observa, é um déficit alto no Brasil, e tem retirado a paciência do pagador adimplente, que fica, cada vez mais, onerado com a atitude do mau cidadão e da má empresa (concorrência desleal), que agem pela via dissimulada, e parecem

demonstrar um resultado de sucesso nos processos findos, ainda não sendo desvantajoso deixar de adimplir com as obrigações tributárias. Poderia-se dizer: nada há a ser feito. Penso que não. Entre o que parece possível, cito, de logo, duas iniciativas:

- a) buscando a integração entre os órgãos, sugere-se a criação de COAFs (conselhos de controles de atividades fiscais) regionais. O art. 16, da Lei n. 9613/03, de março de 1998, prevê a sua composição, que não vai além de 15 pessoas. É muito pouco para um País continental como o Brasil. Daí a necessidade de COAFs regionais;
- b) a melhor fiscalização do financiamento das campanhas políticas. Ao Tribunal Superior Eleitoral caberia não apenas indicar o valor real que cada candidato a deputado federal, estadual, senador, governador, prefeito, Presidente da República haveria dispendido nas suas campanhas; mas também deveria disponibilizar para todo cidadão brasileiro os nomes dos financiadores: empresas e instituições. Afinal, se é um direito de uma empresa financiar um candidato que irá representar os seus interesses, é também direito da sociedade estar informada do financiamento. Talvez assim comece-se a pensar que alguns representantes não são tão omissos como parecem ser; afinal, é preciso fixar quem, na verdade, eles estarão representando. Assim, não apenas os problemas de sonegação, dificuldade de fiscalização e efetiva cobrança poderiam ser melhor enfrentados; mas, quem sabe, inclusive os vícios em licitações poderiam ser reduzidos.

É bem verdade que comparar países diferentes é uma atitude de risco, mas vale observar os parâmetros norte-americanos de enfrentamento à sonegação fiscal, não se esquecendo de que, nos EEUU, há um adágio que diz *só duas coisas são certas na vida: a morte e pagar impostos*.

Eis os parâmetros: 1. possibilidade de prisão perpétua, a depender do montante sonegado; 2. a desvantagem de sonegar deve ser superior à vantagem; 3. a sanção deve desestabilizar o criminoso; 4. a sanção deve amedrontar as suas pessoas próximas; 5. deve haver efetividade na punição.

É de se recordar Al Capone e Pete Rose, o maior rebatedor de beisebol de todos os tempos. Presos, independentemente do prestígio.

Saúde, educação, segurança pública, reforma agrária, construção de estradas, aposentadorias e pensões. Tudo isso, e muito mais, o Estado depende dos tributos para custear.

Além de imprimir uma carga tributária escorchante àqueles que a pagam, eis o que ataca a supressão dos recursos públicos pelos chamados “ricos-pobres”, aqueles cujas empresas vão economicamente mal, mas, em suas vidas particulares, não se ruborescem de andar de helicópteros, carros de extremo luxo, com verdadeiros palácios à beira-mar, viagens constantes ao estrangeiro com estadias em hotéis refinadíssimos etc.

Enfim, é necessário distinguir a origem do dinheiro. E não se fala, aqui, da informalidade da microempresa, que precisa do apoio do Estado, mediante uma tributação reduzida, de modo a permitir que cresça e concorra, não permitindo o monopólio ou oligopólio de nenhum setor, de modo a promover o controle de preços pelo setor privado.

É necessário estimular as micro e pequena empresas; é necessário estimular a concorrência. É necessário permitir à grande empresa que possa manter-se no mercado sem a deslealdade na concorrência. Afinal, quanto maior a carga tributária, mais elevada será a deslealdade em benefício do sonegador.

Impunidade. Este é um incômodo que a sociedade precisa afastar. Não vai ser fácil. Afinal, não são apenas leis que podem ser alteradas, mas se depende principalmente de uma mudança de mentalidade da sociedade e dos seus juízes.

Talvez os números da inadimplência estimulem o cidadão a entender o que, na verdade, estar-se a falar.

Valores inadimplidos, por órgão de controle (números apresentados pelo governo federal na Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 303/2006, a regulamentadora do então denominado REFIS 3 ou PAEX, uma espécie de programa de recuperação fiscal ou de parcelamento extraordinário):

1. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: R\$ 343 bilhões.
2. Receita Federal: R\$ 260 bilhões.

3. Previdência Social: R\$ 160 bilhões.
4. REFIS (parcelamento – recuperação fiscal): R\$ 52 bilhões.
5. PAES (parcelamento – parcelamento especial): R\$ 60 bilhões.
6. Parcelamento Ordinário: R\$ 7 bilhões.

Benefícios previdenciários e remunerações de servidores públicos são repetidamente apontados como culpados pelo déficit fiscal. Mas, por que não cobrar de quem deve? E deve tanto.

CAPÍTULO 1

A LEI DO PODER

1.1. O LOBBY E A LEI

Inicialmente, registro que entendo o termo *lobby* como uma série de atividades que buscam exercer pressão, direta ou indireta, sobre os poderes públicos, pretendendo, com isso, postular interesses não necessariamente empresariais, embora rotineiramente o sejam.

Quando se fala em poderes públicos, estão inseridos o Legislativo, o Executivo e, o Judiciário.

Esclareço, ainda, que, ao falar em “*o lobby e a lei*”, embora, naturalmente, reconheça que o processo de elaboração legislativa é uma etapa sujeita aos grupos de pressão, o que, por ora, mais irá me interessar é a possibilidade de *lobby* no ato de aplicação da lei, pois, afinal, a lei mais do que a sua expressão literal, é o comando que os órgãos judiciais derradeiros, ou aqueles que produzem a coisa julgada, entendem que ela efetivamente seja. Um assunto delicado, mas que, inclusive no Brasil, precisa ser estudado.

Nos tempos atuais, e quem sabe sempre foi assim em menor ou maior grau, a informação e a influência são irmãs próximas.

No entanto, não se trata, necessariamente, de algo ilícito, nem mesmo na esfera judicial. Contudo, poderá

assumir uma fisionomia de absoluta irregularidade quando pretende associar-se à venda de decisões, pois aí não apenas se está a discutir a corrupção no Judiciário, mas também uma singular exploração de prestígio, gratuita ou remunerada.

Ministros, desembargadores, juízes já foram objeto de investigações dessa ordem; daí não ser possível ignorar o tema, pois isso enfraquece a autoridade em que se fundamentam as decisões judiciais.

Como justificativa à corrupção ou à prevaricação judicial pode-se apontar os excessos de ambição, de necessidades de consumo, deficiências familiares e pessoais, abandono ou relativização da ética, garantia de impunidade, aceitação ou passividade social etc.

Contudo, não aponte o concurso público como o culpado. Certamente, não é. Não encontro na má avaliação dos candidatos a origem do mal. Aliás, se defeitos existem no instituto do concurso público, e é natural que os haja também em relação aos aplicados aos cargos da magistratura, estadual ou federal, o caminho não parece ser aboli-lo; mas aperfeiçoá-lo a cada dia.

Por outro lado, é equivocado imaginar-se que o único modo de ingresso na magistratura brasileira seja o concurso. Não é.

Aliás, o critério constitucional de investidura, por meio de concurso público, aplica-se apenas à primeira instância (art. 93, inc. I, CF/88)². Além disso, é imperativo constitucional a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases. Mais: as nomeações devem observar a ordem de classificação.

Assim, embora possam existir defeitos neste critério de investidura, creio que não seja o efetivo motivador das supostas vendas de decisões. É claro que questões incidentais podem ser aperfeiçoadas, tais como prestigiar mais a experiência do candidato do que a sua mera capacidade de memorização; não permitir que um examinador, convocado para a banca pelos seus reconhecidos conhecimentos em uma disciplina jurídica

2 Constituição da República – 05/10/1988. “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.”

(Direito Canônico ou Romano, etc.) venha a analisar os candidatos em outra bastante diversa (tributário ou administrativo).

O fato de o concurso não ser o elemento vetor não significa dizer que não possa recrutar pessoas que não sejam imunes a desvios de conduta. Mas parece ser um instrumento com filtros mais ou menos eficazes.

Ainda como critério de investidura há, no Brasil, o critério da escolha política, quer partidária ou associativa. Refiro-me ao quinto constitucional dos desembargadores dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais-federais (art. 94, CF/88)³, ao terço constitucional dos ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único, inc. II, CF/88) e à ampla liberdade de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101, CF/88). Veja-se o registro destes dispositivos constitucionais.

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados, de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo Único.

3 Creio que este tema do quinto constitucional merece, atualmente, uma atenção que ainda não teve da doutrina. Embora a reserva de vagas, uma espécie de quota, destinada a advogados e a membros do ministério público haja surgido constitucionalmente, no Brasil, desde 1934, quando, no art. 104, esta Constituição dispunha sobre a composição dos tribunais locais, dizendo: "Art. 104. Compete aos estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciárias e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos arts. 64 a 72 da Constituição, mesmo quanto à requisição de força federal, e ainda aos princípios seguintes: [...] Parágrafo 6º. Na composição dos tribunais superiores, serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista tríplice, organizada na forma do parágrafo 3º". Pela Constituição de 1891, em nome da soberania dos Estados-membros (modelo norte-americano), a eles próprios caberia dispor sobre a organização dos seus tribunais de justiça. Assim, foi com o anteprojeto da denominada Comissão do Itamaraty, mais precisamente no art. 49, § 1º, que se tentou combater a crítica do **enclausuramento da magistratura de carreira**, buscando-se o ingresso, nas Cortes, de quadros estranhos ao Poder Judiciário. Portanto, a partir de 1934, ao Tribunal competia a livre escolha da lista tríplice a ser encaminhada ao titular do Poder Executivo, dado os vínculos abertos das expressões *notório saber e reputação ilibada*. Com a Comissão Afonso Arinos, sugeriu-se, ao Constituinte de 1988, uma alteração nesta fórmula, mediante a elaboração de uma lista sêxtupla pela própria categoria dos advogados e do Ministério Público, ampliando o critério classista, embora afirmando-se a necessidade da contagem de mais de dez anos na carreira respectiva. Enfim, caso a questão seja a de democratizar o Poder Judiciário, nas suas instâncias superiores, caberia indagar se, também nos tribunais de justiça e nos mais recentes tribunais regionais federais, não seria o caso de estabelecer mandatos para os egressos da advocacia e do ministério público, permitindo-se, com isto, um arejamento democrático ainda maior. Ou se, ao contrário, a política classista e partidária deveria ser progressivamente banida do ordenamento jurídico nacional.

Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

Note-se, portanto, mais um critério de investidura, agora para juízes de segundo grau, que, além da competência originária, detêm a recursal, de modo a confirmar ou reformar as decisões dos juízes de primeiro grau, aqueles provenientes dos concursos públicos.

Seria uma espécie de critério misto, pois, inicialmente, associativo; e, após, político-partidário, em face da necessidade de envio ao Poder Executivo para fazer a escolha final.

É evidente que, a partir de qualquer critério, pessoas isentas, equilibradas e competentes poderão surgir; mas é fundamental que a sociedade volte os olhos para todos os critérios de investidura.

Atente-se para mais um deles, agora dirigido aos ministros, juízes que funcionam como o terceiro grau do Judiciário brasileiro.

Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros. Parágrafo Único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo: I – um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal; II – um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

Aqui, não basta destacar o critério misto, associativo e político-partidário. É preciso, também, a reflexão sobre se, no terço resguardado para os juízes dos tribunais regionais federais, ou no terço reservado para os desembargadores dos tribunais de justiça – vale aqui observar a diferença nas terminologias, juízes e desembargadores – poderiam também compor aqueles juízes e desembargadores provenientes do quinto previsto no art. 94.

Portanto, mais restritos serão os espaços para os juízes provenientes de concursos públicos, que assumiram a sua investidura com base em

critérios exclusivamente técnicos. Sem a experiência política anterior, poderão não ter a dinâmica suficiente para concorrer em equivalência para o terceiro grau.

Assim, o critério misto, associativo e partidário, não apenas reservaria o terço direto que lhe foi constitucionalmente resguardado, mas também teria uma reserva relativa indireta, decorrente dos outros dois terços, porquanto possam participar do certame aqueles juízes e desembargadores originários do critério do quinto constitucional, no qual o modo de investidura também era o misto, associativo e político-partidário.

Também é importante destacar o critério constitucional de recrutamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil, consignado no art. 101, da Constituição da República. Note-se que, embora não se trate de um puro Tribunal Constitucional, porquanto tenha competências mais amplas, efetivamente também exerce esta função.

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo Único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Embora mais adiante, quanto ao critério de investidura, venha a se desenvolver um estudo comparativo entre o Supremo Tribunal Federal do Brasil e outras Cortes Constitucionais, desde já recebe relevo a opção do legislador constituinte da Constituição brasileira de 1988, atribuindo ao Presidente da República (Executivo) e ao Senado Federal a liberdade de escolha, firmando as autoridades máximas que, no Brasil, compõem o Poder Judiciário, sem estabelecer-lhes mandatos nem fixar origens para a designação.

Não há percentuais para juízes de carreira, nem percentuais que expressamente estejam resguardados aos partidos políticos, às universidades, às casas legislativas etc.

É bem verdade que, no Brasil, também há as chamadas jurisdições com competências especiais: a militar (CF/88, arts. 122/124), a eleitoral (CF/88, arts. 118/121) e a trabalhista (CF/88, arts. 111/117); todas integrantes do Poder Judiciário.

Contudo, é possível afirmar que é o critério político ou misto, os utilizados para a constituição das instâncias superiores do Poder Judiciário brasileiro.

Embora isso não surpreenda aqueles que lidam diretamente com o Judiciário nacional, creio que razoável parcela da população não tenha ainda a consciência disso.

Também é importante refletir que, por qualquer critério, será possível escolher autoridades judiciais íntegras e competentes. A questão é saber se é oportuno falar em mudanças. Afinal, a venda de sentenças e acórdãos tem se tornado um assunto lamentável, e preocupantemente repetitivo, e o tema da investidura não deve passar ao largo.

Reforçando a importância deste tema na formação de uma cidadania consciente, cabe lembrar que foi ou tem sido objeto de investigação no Brasil casos como o do presidente do tribunal de justiça de um importante estado brasileiro, de ministros de tribunais superiores, de desembargadores de tribunais de justiça, de juízes de tribunais regionais federais e até a chamada operação “Xeque-Mate”, em que, supostamente, o irmão de uma das mais importantes autoridades executivas do Brasil ofereceu serviços de *lobby* no Judiciário de terceiro grau.

Efetivamente, contudo, verifica-se uma grande apatia da sociedade civil, salvo engano, não provocando temor naqueles que optam pelo caminho dos *lobbies* ilícitos.

Normalmente, são descobertos mediante interceptações telefônicas; gravações em filmes, por vezes, também sonoros e requisição de documentos bancários.

A utilização de confissões, provas testemunhais ou a convocação dos corruptores para denunciar os corruptos são situações anômalas, ou mesmo impossíveis, pois, quase sempre, não é do interesse dos corruptores abrir mão de uma importante fonte de lucro. Mas o *lobby* não é algo necessariamente negativo ou ilícito.

Por exemplo, cabe lembrar que, no Supremo Tribunal Federal, houve o embate sobre o aborto para grávidas de fetos sem cérebro. De um lado, a igreja católica utilizando a sua força e prestígio para solicitar o apoio dos ministros contra a interrupção da gravidez. De outro, entidades feministas

que, a título da defesa dos direitos humanos, buscavam convencer os ministros do contrário.

Mensagens eletrônicas, cartas tradicionais, encaminhamento de livros, fotos e relatos de casos de bebês nascidos sem cérebro, pareceres médicos, e, até mesmo, os *lobbies* nos gabinetes foram estratégias empregadas, parte a parte, de maneira a refletir o clamor popular sobre o assunto.

Visitas de ex-ministros do Supremo Tribunal Federal, ligados ao clero, foram feitas aos atuais ocupantes buscando convencê-los. Contraindo-se a isto, outros lembravam de um Estado democrático e laico não poder subordinar a interpretação das normas constitucionais a dogmas de fé.

E a necessidade de consciência cívica não é alertada apenas por questões substancialmente envolventes, tal como o aborto de anencéfalos ou o pagamento de contribuições previdenciárias por pessoas já aposentadas; mas também por outras tecnicamente reveladoras do enorme poder de decisão e de modulação, inclusive temporal, dos atuais acórdãos de uma Corte Constitucional, a saber:

- a) leis podem ser consideradas nulas pela Corte Constitucional, e, mesmo assim, continuar a produzir efeitos. Uma espécie de aplicação do adágio de que *é melhor evitar o mal maior*, tal como seria reconhecer a inconstitucionalidade do salário mínimo, pois o seu valor fixado não atenderia às necessidades vitais básicas do trabalhador e as de sua família nos setores da moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (art. 7º, inc. IV, CF/88), e, mesmo assim, autorizar a continuidade da sua aplicação. Seria tal como dizer: *a situação ruim deve subsistir se o melhor não puder ser alcançado*;
- b) as chamadas *situações ainda constitucionais*, que, embora incompatíveis com a Constituição, perdurariam por um certo tempo. Seria o caso de admitir que a defensoria pública não deveria ter prazo em dobro, em face do princípio processual da igualdade de armas, mas, diante da sua real falta de estrutura, que o prazo duplo permaneça até que se venha a estruturá-la. Uma espécie de *apelo ao legislador* para que o mesmo sensibilize-se. Evidente-

- mente que, acaso não se estabeleça um prazo peremptório de cumprimento, o apelo não irá muito além do aconselhamento; e, acaso se estabeleça, há quem veja nisso uma postura de ativismo judicial ou de invasão do Poder Judiciário na esfera legislativa;
- c) o estabelecimento de diferenças entre prazos decadenciais e prescricionais de contribuições previdenciárias, adotando como *critério de modulação de efeitos*, para os fins de repetição de indébito ou de recuperação do que foi pago, a data de ajuizamento da ação. Tal foi o caso consignado no Recurso Extraordinário n. 556.664-1, quando o Supremo Tribunal Federal deliberou por aplicar efeitos *ex nunc* à sua decisão, esclarecendo que a modulação operava-se tão somente em relação a eventuais repetições de indébitos ajuizadas após a decisão assentada na sessão do dia 11/06/2008, não abrangendo, portanto, os questionamentos e os processos já em curso.

Imagine tudo isto passando à margem do interesse e do conhecimento da cidadania. Seria inadequado falar em Estado democrático de Direito; pois, no máximo, caberia chamá-lo de *Estado de Direito manco*.

Efetivamente, contudo, setores deste Estado e da sociedade, ainda mais em questões que envolvam altas somas financeiras, estariam bem alertas.

Assim, os *lobbies* estariam forçosamente presentes, não se tratando de uma mera opção a sua existência.

Primeiramente, cogita-se dos tais encontros informais. É evidente que, em uma sociedade madura, tais acessos deveriam diminuir ou desaparecer. Afinal, cafés, bares, restaurantes etc., utilizados como pontos de encontro fora dos horários de expediente, provocariam, na melhor das hipóteses, dúvidas sobre a técnica e o conteúdo dos julgamentos.

As atuais regras de deontologia e a necessidade de transparência no agir público mantêm importantes reservas contra esses procedimentos que trazem em si uma aparência de suspeição.

Evidentemente que os *lobbies*, a depender da relevância do tema, ocorrerão, mas devem ser feitos, não apenas nos horários oficiais dos expedientes, mas nos locais profissionais. O descumprimento desta regra de conduta precisa ser sancionado, pois se se pretende influenciar uma

orientação pública, isto precisa ser feito em público, e mediante a possibilidade de *igualdade de oportunidades* perante a outra parte no embate.

Enfim, reconhecendo-se que o objetivo final do lobista é o de analisar, debater e tentar influenciar o conteúdo de um ato jurídico, é provável que ele identifique o *público-alvo* com bastante antecedência, oferecendo-se para intermediar atividades de recreio. Daí a preocupação com os encontros dos magistrados realizados a preços módicos nas paradisíacas praias brasileiras.

Note-se, contudo, que nem todo *lobby* tem caráter estritamente político ou social, pois há também aqueles que detêm jaez técnico ou misto, buscando conjugar ambas as características. Recorde-se dos seminários e congressos jurídicos.

Aqui, a situação é ainda mais sutil. Penso que a ampla divulgação pública não apenas do encontro, mas também dos patrocinadores é um meio de permitir a cidadania ativa e fiscalizadora. Em um momento histórico, no qual tanto se fala de *controle*, esta seria mais uma maneira de produção de transparência.

É evidente que o lobista profissional deterá uma estratégia apurada de atuação, que se assemelhará a uma verdadeira campanha publicitária ou de comunicação social. É o denominado *processo de Lasswell*, no qual cinco fatores irão contribuir para a formação da estratégia: *quem, diz o quê, a quem, como e porquê*.

É claro que o *onde, o quando e a intensidade* definirão o plano de abordagem. Ora, em questões com alto conteúdo financeiro, como é caso das questões tributárias, tudo isto é meticulosamente calculado. Assim, sendo para os lobbistas tão relevantes as estratégias de comunicação, é mesmo de se esperar a participação de pessoas da imprensa na prática desta atividade.

A indagação que se faz é se isso é ético? Se, dentro deste ponto de vista, é adequada a coexistência entre o jornalismo e o *lobby*. Esta pergunta tanto mais importância terá quando se avistam não apenas notícias jurídicas nos meios de comunicação, mas também, com a dimensão que passam a ter, as seções e os *sites especializados* na área jurídica.

É preciso ter a consciência de que as notícias podem não estar ali, e do modo como estão, como uma consequência da imparcialidade do órgão, pois, bem ao contrário, pode ser algo deliberado e parcial, não indo

além de uma estratégia de influência para propagar argumentos de uma só das partes.

Cabe mesmo o registro de que a imprensa costuma ser o elemento central de uma boa estratégia de *lobby*.

Assim, se uma classe social ou empresarial quiser uma reforma tributária que lhe beneficie é de extrema importância a habilidade como ela dará visibilidade ao assunto por meio da mídia.

Logo, a utilização de mensagens fortes (*o percentual do PIB que ocupa a carga fiscal de um país*, e o não esclarecimento sobre quem está pagando, quem está sonegando e quem simplesmente resvala para a inadimplência; ou a *transferência nos preços* de valores fiscais cobrados do consumidor, mas não repassados para o erário); o contato pessoal com alguns jornalistas formadores de opinião; a visibilidade por meio de entrevistas do presidente de uma associação ou o convite a altas autoridades judiciais para o recebimento de condecorações fornecidas por grupos, associações ou corporações não podem passar despercebidos.

Assim, o *lobby* pode explorar não apenas o lado técnico da defesa de uma tese, mas também um conhecimento maximizado da estrutura, organização e funcionamento do *órgão alvo*, além da indispensabilidade de contatos pessoais, que precisariam ser conservados regularmente de maneira que se saiba quem é o lobista e a quem ele representa. Quanto mais pessoal for o nível de contato, mais efetivo o resultado e a possibilidade de acesso.

Trata-se, portanto, de uma estratégia de influência. Uma *espécie de contra-poder*, pois se a lei preconiza algo que não é da sua conveniência, busca-se uma interpretação judicial, reorientando-lhe o conteúdo por intermédio das margens de influência.

Não se trata, portanto, de eliminar um parecer técnico, mas de redimensionar-lhe a substância. Aí, entretanto, um desafio para a atividade de *lobby*. Não se trata de assediar o julgador, mas de fornecer-lhe uma solução, contribuir como um técnico, de modo a fornecer credibilidade à futura decisão. Não se trata de tornar o problema ainda mais complicado, mas de solução mais fácil.

Isso exige competência técnica e uma lógica de excelência. Daí, a qualidade pessoal do lobista, que termina a serviço da estrutura, geralmente empresarial, que ele representa.

Quanto mais alta a instância de julgamento, mais imprescindível é a *lógica de excelência*. Passa a ser prioritária a escolha da personalidade a se fazer representante dos interesses postulados. Um ex-ministro, um ex-senador etc.

Note-se que o lobista pode e deve acreditar no que faz e possuir abertura ao diálogo para não ficar fechado a filiações partidárias. É importante que conheça pessoalmente os decisores derradeiros, e tenham, perante estes, credibilidade e competência comprovadas.

Em outras palavras, precisa-se ter experiência. É conveniente que sejam simples nas exposições de modo a facilitar a leitura dos eventuais memoriais apresentados.

Novamente, insista-se: a atividade de *lobby* não é necessariamente ilícita, e, por isto, precisa ser transparente, desenvolver-se em audiências públicas, e não em contactos informais, dotados de opacidade e de suspeições. Embora as empresas e os seus interesses econômicos sejam os seus principais clientes, não se pode abstrair que já se começa a expandir a grupos ambientais, culturais e de direitos humanos, por exemplo.

Assim, ao se falar em *lobby*, é preciso tentar vencer a barreira fixada entre *elas, que fazem lobby; e nós, que não fazemos*.

É preciso admitir que também a sociedade civil menos apática, e mais dinâmica, necessita tentar sustentar as suas opiniões junto aos poderes públicos. Não apenas perante o Executivo e o Legislativo, mas perante o Judiciário.

Ocorre que, consciente disto, cabe à sociedade buscar os nomes dos lobistas e compreender melhor os seus interesses. Se for possível, reduzir os pontos de confronto e focar os comuns.

Assim, ao invés de imprecisar contra os *lobbies*, até porque eles são inevitáveis, é necessário estar consciente das suas existências e buscar regularizá-los, registrar os lobistas e exigir deles que apontem os interesses que representam. Logo, é fundamental a cidadania consciente e operante. Hoje, no Brasil, e em grande parte dos países ocidentais, já se conquistou o “*direito de falar*”, mas ainda se está longe de conquistar o “*direito de ser ouvido*”. É inútil pregar no deserto. Grande parte dos lobistas não são amadores, mas altamente profissionalizados.

Então, cabe à sociedade civil buscar um papel de destaque, e estar mais consciente de que se falar está fácil, falar e ser ouvido é um desafio e um milagre que não cairá do céu. Direito é luta e o combate está só começando.

É provável que se afirme que a sociedade civil já esteja caminhando por novos direitos, avançando o *lobby* dos ambientalistas, da defesa dos direitos dos animais, o *lobby* dos agricultores, sendo, portanto, estranha a desconfiança contra o instituto dos *grupos de pressão*. Pois não se trataria de mera troca de favores ou de influências, mas de um efeito da democracia moderna que não se esgota no simples ato de votar.

O lobista seria uma espécie de facilitador democrático, permitindo à democracia uma nova roupagem, um novo ponto de equilíbrio. Assim como a mídia, teria um espaço importante na conformação de um novo Estado democrático de Direito.

Em uma realidade em que quase tudo se exerce sob pressão, natural seria organizá-la no exercício direto ou indireto perante os poderes públicos. Assim, seria perfeitamente possível compatibilizá-la com o exercício regular da advocacia ou de atividades de consultoria jurídica e conexas.

Contudo, é necessário e urgente cogitar uma forma de tornar o exercício da atividade de *lobby* tão transparente quanto possível; ou melhor, desejável, em favor do referido equilíbrio democrático.

Não é uma tarefa fácil, inclusive porque, nas circunstâncias atuais, dificilmente uma empresa aceitará autoproclamar-se como sendo estritamente de lobistas, pois, progressivamente, esta atividade costuma ser exercitada conjugadamente com outra ou outras. Na área fiscal, certamente, não será diferente.

Assim, é uma questão relevante de estratégia cogitar se o *lobby* a ser realizado o será de base ou de topo, ou mesmo se ambos, sem que, com isto, banalize-se a atividade.

Se a *opção for de base*, provavelmente, pretende-se buscar e utilizar a pressão da opinião pública a influenciar uma determinada decisão. Será preciso refletir sobre a sua utilidade perante aquilo que verdadeiramente pretende-se. Aqui, poderá valer-se de uma utilização maciça dos meios de comunicação social e das demonstrações públicas de que efetivamen-

te conta-se com a razão. A internet poderá ser muito útil, dado a larga utilização que, cada vez mais, tem sido objeto.

Se a *opção for de topo*, pretende-se pressionar os decisores das instâncias derradeiras, que constituem a hierarquia superior do poder, condicionando-lhes as decisões. Dirige-se diretamente a quem tem o poder de decisão, embora isto possa ser feito utilizando-se várias fórmulas.

Pode-se buscar ações meramente informativas, apenas para dar-lhe conhecimento de opiniões ou posições de grupos de relevo naquela sociedade. Pode-se pretender discutir um determinado assunto específico, ou ser institucional ou geral.

Também o tempo de ação será algo variável, pretendendo-se auferir grande visibilidade, ou não. Assim, assuntos como os transgênicos, opções nucleares de energia, reformas fiscais podem exigir estratégias de *lobby* segundo planos prévia e detalhadamente definidos.

De alguma forma, a despeito de que os assuntos possam vir a ser novos, o *lobby* parece ser tão antigo quanto a própria democracia, ou mesmo tão antigo quanto à natureza humana. O que há de novo é a organização com que está vindo a ser exercido.

Os interesses podem ser novos; mas os jogos de influência, não. Afinal, grupos de interesses sempre existiram e continuarão a existir. Os encontros nos corredores e nas antecâmaras do Parlamento inglês, nos extertores do século XVIII, dado que o acesso às sessões parlamentares era vedado a estranhos, é uma das origens possíveis do termo *lobby*.

Outra origem possível do termo refere-se aos locais onde os legisladores reuniam-se, pois, ao entorno, constavam pessoas a defender os mais variados interesses. Assim, o Federal Hall, de Nova York, como o primeiro assento do Congresso Americano em 1789; ou mesmo o Congress Hall, de Filadélfia, nos salões ao redor da Assembleia, também justificam o termo.

Há mesmo quem defenda que a expressão decorreu de uma situação frequente no século XIX, nos Estados Unidos, mais precisamente em Washington. Um ex-presidente dos EEUU (1869-1877), Ulysses Grant, possuía o hábito de frequentar o Hotel Willard, próximo à Casa Branca. Lá, almoçava ou descontraía-se em um bar ao final do dia. Percebendo-se disto, representantes de grupos de interesses o esperavam no *hall de entrada*. Daí uma outra alternativa para o termo *lobby*.

O fato é que, embora seja um termo cada vez mais comum, pouco ou quase nada tem sido, sistematicamente, estudado. Certamente, ele não deixará de existir sob o pretexto de se lançar algo tão produtivo no silêncio.

E se diga que, particularmente, os profissionais da área jurídica não podem adotar a postura do *não conheço e nunca vi*. Afinal, mesmo que o único motor fosse o interesse histórico, seria preciso lembrar William Hull, que foi contratado pelos veteranos do Exército da Virgínia para pressionar o Congresso norte-americano a deferir-lhes pensões pelos serviços na Guerra da Independência; ou mesmo Sam Ward, o chamado *Rei dos lobistas*, no século XIX.

Trata-se de uma atividade que consagra, nos anos 30 e 40, Thomas Corcoran, considerado o pai do *lobby* moderno.

Assim, a teoria política ou jurídica não pode desconhecer a atividade de tentativa de influenciar decisões, quer pela aprovação, quer pela rejeição, pois isso faz parte da democracia, não apenas aquela do passado; mas, também, e cada vez mais organizadamente, do futuro do regime democrático.

Logo, é de se esperar que, entre os advogados, quer de maneira indireta, quer direta, essa atividade venha também a ser exercida, sendo ela a principal, ou não.

Entre os grandes e médios titulares e gestores de corporações e empresas, esta não deve ser uma atividade desconhecida, pois, além de conduzir contactos com governantes e altas autoridades públicas, podem realizar atividades lobistas ocasionais (grandes festas, eventos esportivos etc. – pois os aproximam das referidas autoridades), que, mesmo não incorporadas nas estatísticas merecem ser contabilizadas.

Ex-políticos, ex-altos funcionários administrativos e judiciais, além de dominarem os mecanismos nos quais representam os interesses corporativos, possuem redes de conhecimentos pessoais que lhes permitem colaborar não apenas com tais interesses, mas também com o exercício da própria atividade de advocacia de uma maneira efetivamente eficiente.

A questão é que isto não deve se manter sob sigilo, pois a colaboração pode ser apenas técnica, porquanto sejam peritos em suas áreas; e não, necessariamente, estando contaminada por caracteres eminentemente políticos.

Podem estar encaminhando ideias novas em face da larga experiência que possuem, e, assim, exercendo uma pressão indireta em favor das melhores soluções para os problemas sujeitos às decisões. Funcionariam como um intermediário perante o poder público de modo a encaminhar a melhor solução, quer para a corporação ou empresa que representam, quer para os interesses regionais ou da própria nacionalidade.

Assim, desde uma proposta de nova legislação até a realização de visitas organizadas em favor da construção de um complexo industrial ou unidade empresarial, o importante é que a decisão lançada caracterize-se pela isenção e pelo interesse público.

Ora, também os meios menos tradicionais não podem ser desprezados. Refiro-me, agora, aos *blogs*, que constituem uma recente forma de expressão através da **internet**. Costumam versar sobre um determinado tema (ambiental, jurídico etc.). Assim, em relação também a questões jurídicas, podem vir a prestar apoio a uma nova democracia eletrônica.

Atualizados com frequência, podem vir a constituir jornais digitais temáticos, e que contam com a característica da interatividade, pois qualquer pessoa poderá comentar o conteúdo abordado. Evidentemente que não se pode estimular os falsos *blogs*, algumas vezes chamados de *flogs*, pois o carácter anônimo e a eventual falta de seriedade com que são construídos e conduzidos tiram-lhe a credibilidade.

Outros meios eletrônicos também estão em pleno desenvolvimento, tais como o controle dos motores de busca, que terminam por inserir a informação pretendida logo na página inicial de resultados, ao ser digitada uma determinada *palavra-chave*. Também os telefones celulares, através do uso do *sms*, ao convocar manifestações cívicas, ou para a presença em conferências, seminários, congressos constituem instrumentos típicos da democracia do século XXI, pois atribuem visibilidade ao tema proposto.

No entanto, é fundamental, mais uma vez, destacar a necessidade de uma conduta à altura da seriedade do assunto conduzido.

Quanto aos advogados, indaga-se se, nesta postura de necessária ética e transparência, na qual estaria a atitude de identificar os seus clientes, os valores que recebem e o que fazem para isso, haveria, ou não, a barreira do sigilo.

Até que ponto o sigilo devido aos clientes constituiria realmente uma barreira. É de se imaginar que o advogado-padrão também está a serviço da sociedade antes de mais nada, não cabendo a utilização de mídias de sons e de sons e imagens de maneira criminosa ou a encobrir um crime, que constitui uma atitude de confronto com os objetivos sociais mínimos de convivência comunitária.

Enfim, há *lobbies* políticos e técnicos, sendo direito de todos não apenas o de falarem, mas, sobretudo, o de serem ouvidos.

É, na avaliação de resultados, que se refletirá sobre o êxito, ou não, da atividade. Assim, os objetivos podem vir a ser atingidos ou não e, se atingidos, poderão ser total ou apenas em parte.

Também esta fase (pós-campanha) costuma ser fundamental para o lobista, não apenas em razão do interesse já defendido, mas em face dos novos interesses que poderão vir a ser, no futuro, perante os mesmos públicos-alvo.

Exige-se a publicidade e a mais ampla visibilidade de um código de conduta que restrinja a percepção de presentes, financiamentos de bens móveis ou imóveis a baixos custos, dádivas; enfim, que, se não provocam a imediata suspeição da autoridade que os recebem, merecem ser acompanhadas por toda a sociedade que acredita em adotar uma postura ativa diante da busca senão da igualdade de resultados, ao menos da igualdade de oportunidades perante os poderes políticos.

1.2. A LEI E OS PARAÍÇOS FISCAIS

1.3. AS CORTES CONSTITUCIONAIS E A DINÂMICA DO PODER

O “*Caso Marbury*”. Em 1803, houve o famoso precedente “*Marbury vs. Madison*”. O juiz Marbury foi nomeado magistrado de um tribunal de distrito por John Adams, então presidente conservador dos EUA, em final de mandato, e derrotado pelo republicano Thomas Jefferson na luta pela Casa Branca. Madison foi designado secretário de Estado de Thomas Je-

fferson, e não queria confirmar a referida nomeação. Assim, Jefferson, buscando pressionar o juiz-presidente Marshall, apelou ao “poder dos estados” contra o “órgão não eleito e irresponsável” do judicial federal. Foi, nestas circunstâncias, que o juiz-presidente Marshall estabeleceu um verdadeiro marco doutrinário sobre o princípio da constitucionalidade e as atividades de fiscalização da conformidade das normas inferiores perante a lei fundamental.

O juiz-presidente Marshall, em seu pronunciamento no caso, começou a dizer que a função primeira da Constituição é a de identificar os poderes do governo, enumerando-os ou limitando-os. Esta limitação para ser eficaz traz imanente a lógica da existência de uma lei superior, que se ergue acima das leis ordinárias. Logo, todos os atos inferiores colidentes com a lei fundamental estarão desrespeitando-a. Daí, a função de um tribunal seria a de esclarecer o alcance das normas, e aplicá-las aos casos concretos.

Assim, com base nos poderes deferidos aos juízes pela própria Constituição norte-americana (art. 3º, seção II, número I, e art. 6º, seções II e III), caberia ao Supremo Tribunal a revisão judicial de casos que implicassem em dúvidas instaladas entre a lei fundamental e as normas inferiores.

Note-se que, entre a derrota de John Adams, 1800, e o “*Caso Marbury*”, em 1803, havia uma evidente contenda política, ao lado da questão jurídica.

A solução encontrada trouxe grandes repercussões históricas para a prática constitucional no mundo, mas não representava, necessariamente, uma ideia dominante.

Tanto não era bem assim que, no caso “*Eaking vs. Raub*”, de 1825, o juiz estadual do Supremo da Pensilvânia, Gibson, pronunciava-se em direção oposta, afirmando que a magistratura federal não teria competência de *judicial review*; ou, então, esta referida competência deveria estender-se a todos os outros órgãos de soberania, que também juraram guardar a Constituição.

Outro mito sobre a doutrina de Marshall foi o de que possuiria a intenção de interpretar extensivamente a Constituição e de adotar meios de atualização analógica, permitindo-se, assim, aos juízes um papel excepcional de interferência política, pois, se as palavras pudessem ser, pela

interpretação, reescritas, a atividade judicial em muito se aproximaria da atividade de legislar.

No entanto, o próprio Marshall, no precedente “*Gibbons vs. Ogden*”, afirmou:

Os esclarecidos patriotas que construíram a nossa Constituição e o povo que a adoptou devem considerar-se como tendo empregue as palavras no seu sentido natural e como tendo querido dizer o que disseram [...] não conhecemos nenhuma regra para interpretar a Constituição, para além das que nos são dadas pela linguagem do instrumento⁴.

Portanto, esta discussão que confere aos juízes um caráter excepcional de interferência política é algo bastante antigo, cabendo, por ora, recordar as duas vertentes que se instalaram no direito norte-americano. De um lado, os “atualistas”, e, de outro, os “originalistas”.

Entre os atualistas, são apresentados precedentes de reforço. Por exemplo, o caso “*McCulloch vs. Maryland*”, 1819. Aqui, os magistrados disseram que estavam a interpretar uma Constituição “que durará séculos”, e que deveriam adaptá-la ao tempo que estava a passar.

Contraopondo-se a esta compreensão, afirmavam os originalistas ou literalistas que existiam as emendas à Constituição, e que se afastar da “intenção original” dos seus autores apenas seria permitido por meio de aditamentos, segundo o processo previsto no próprio texto da lei fundamental.

Mas os adaptacionistas, que defendem uma interpretação atualizada da Constituição, não se rendem, e afirmam que os juízes do Supremo só estariam realmente aplicando o texto constitucional, se puderem deduzir consequências para a atualidade.

Mas a guerra de argumentos continua, respondendo os originalistas que se os juízes são os guardas da Constituição, quem guardaria os guardas? Ou seja, também é preciso estabelecer limites contra o ativismo judicial.

Os atualistas, entretanto, advertem que é moroso o processo de reforma constitucional e de emenda (*um sistema de bloqueios e atrasos na pro-*

4 Constituição dos EUA, anotada e seguida de estudos sobre o sistema constitucional dos Estados Unidos. (ROGEIRO, 1993, p. 155).

dução normativa, por vezes, corresponde à ideia federalista dos *checks and balances*), e atualizá-la, pela via da interpretação, seria uma forma de impedir que a lei fundamental passasse a ser um documento morto, na qual não são encontradas respostas para as grandes questões nacionais.

Estejam os atualistas ou os originalistas com a razão, o fato é que o Supremo Tribunal norte-americano aparece com um papel de profundo realce diante das grandes polêmicas políticas dessa sociedade, passando pela proteção das liberdades individuais, pela consolidação da natureza jurídica dos poderes da União nos EEUU, pela fixação dos limites do mecanismo de *checks and balances*, por questões relativas a regimes econômicos durante a Grande Depressão e o *New Deal* etc.

Neste diapasão, cabe a leitura atenta do art. 3º, Seção I, da Lei Fundamental norte-americana:

O poder judicial dos Estados Unidos será atribuído a um Supremo Tribunal e a tribunais inferiores que forem oportunamente definidos e estabelecidos pelo Congresso. Os juízes, tanto do Supremo como dos tribunais inferiores, *manter-se-ão nos seus cargos enquanto bem servirem* e receberão por períodos determinados uma remuneração pelos seus serviços, que não poderá ser reduzida durante a sua permanência no cargo.

Assim, a Constituição procurou manter a independência dos tribunais perante os Poderes Legislativo e Executivo. Naturalmente, esta foi a palavra-chave: *independência*. Logo, o tema central é o da independência e os mecanismos como ela poderia vir a ser atingida e mantida.

Daí, a afirmação de que os juízes seriam mantidos nos cargos “*enquanto bem servirem*”. Conclui-se que são vitalícios, salvo se forem condenados por crime de responsabilidade. Protege-se os juízes tanto do presidente que os nomeou, quanto dos subsequentes. O que se pretende é protegê-los das pressões quer venham do Congresso, ou de outras ordens.

É, por isso, que se registra a preocupação com a remuneração dos juízes, de modo que o Congresso não a reduza a níveis tão baixos que forcem os mesmos a pedir demissões.

Em todo o tempo, o assunto central é o da independência do órgão judicial, menos pelos juízes, e evidentemente em face das grandes questões nacionais e individuais da cidadania.

Relembrando, contudo, o art. 78, do *The Federalist*, escrito por Alexander Hamilton, o que se pretende não é a superioridade do Judiciário sobre o Legislativo, mas que o poder do povo seja superior a ambos, e, daí, se a vontade do povo, declarada na Constituição, vier a ser afrontada pela vontade do legislador, é a vontade do povo, presente na lei básica, que deve prevalecer.

Certamente, esta perspectiva não precisaria conduzir ao chamado “governo dos juízes”, mas à garantia da Constituição como norma fundamental.

Assim, se os poderes do Supremo são enormes, e os seus membros duráveis e persistentes, pois nunca se demitiriam, mesmo alguns dos chamados pais fundadores (*founding fathers*) desconfiavam do potencial carácter tirânico do indesejado surgimento de uma supermagistratura federal.

É, por isto, que o art. 3º, do Texto de 1787, embora deposite num “Supremo tribunal o poder judicial dos EUA”, deixou ao Congresso competência para, por lei, organizar a restante estrutura dos tribunais federais.

Em suma, todo o sistema foi construído não para os juízes, mas para garantir a independência de modo que eles possam dizer a vontade do povo sem o medo das pressões políticas, econômicas ou de outras ordens.

Assim, do Caso “*Marbury vs. Madison*”, para além de extrair a missão específica dos tribunais e a ideia da limitação dos poderes, avistando a Constituição como lei suprema, é preciso tomar em conta a ideia de limite dentro de um juízo de equilíbrio.

A destruição da presunção de constitucionalidade de uma lei, como tarefa excepcional que é, continua a lançar desafios de aprimoramento de controles, de modo a revitalizar permanentemente a ideia de limite, inclusive no que se refere à própria Suprema Corte.

Esta é uma tarefa em permanente construção, que, ainda no século XXI, desenvolve-se, por exemplo, nas novas Constituições dos países do leste europeu.

Talvez por isso, cerca de 120 anos depois do caso “*Marbury*”, transparece inegável a influência deste precedente na confecção da Constituição austríaca de 1920, embora existam diferenças claras, como no caso dos efeitos da decisão judicial. O art. 89 da Constituição austríaca assinalou que os tribunais ordinários não teriam faculdade para examinar a valida-

de das leis devidamente promulgadas. Mas criou um tribunal especial: o Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), que poderia examinar a validade de uma lei.

Eis a via do art. 140, que permitia ao tribunal decidir a petição do governo federal sobre a inconstitucionalidade das leis provinciais e a petição de um governo provincial sobre a inconstitucionalidade das leis federais.

Além disso, pelo art. 188, adicionado por emenda de 30/07/1925, também podendo analisar a validade de uma lei já publicada, ou um projeto de lei destinado a ser submetido à decisão de um corpo legislativo.

Foi a partir de 1929, por disposição expressa da Lei de Reformas da Constituição Federal, que se determinou que o Tribunal Constitucional deveria decidir sobre a inconstitucionalidade de leis federais ou de leis provinciais, mediante petição do Tribunal Supremo (*Oberstergerichtshof*) ou do Tribunal Supremo Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*), quando a lei de que se trate sirva como base de uma sentença a ser prolatada pelo Tribunal Supremo que fez a petição.

Lembre-se de que Hans Kelsen, em uma comunicação à sessão em 1928, do Instituto Internacional de Direito Público, sugeriu que seria conveniente permitir o exercício de tais faculdades a uma minoria derrotada do corpo legislativo que houvera aprovado uma lei inconstitucional.

Uma outra diferença entre o sistema austríaco e o norte-americano era a de que, no sistema austríaco, as questões constitucionais não seriam analisadas em um juízo de primeira instância, mas diretamente perante um tribunal de última instância.

Em outras palavras, a apreciação do conceito e do controle de constitucionalidade não é uma obra acabada, nem mesmo no que atine à estrutura, à organização e ao funcionamento dos muitos Tribunais Constitucionais que foram, na prática, ratificando a possibilidade do estabelecimento de limites para o poder, mediante a conferência de independência para os juízes.

São muitos os problemas que aí se avizinham. A partir de agora, portanto, será feita a apresentação da organização e da estrutura de alguns Tribunais Constitucionais pelo mundo, pois se a consolidação destas ideias, há pouco expostas, ainda está se desenvolvendo, parece adequada uma análise de Direito Comparado.

Quanto ao Tribunal Constitucional português, a legislação que o rege começa a ser apontada na Lei n. 28, de 15 de novembro de 1982, que dispõe sobre a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional. Foi emanada da Assembleia da República, nos termos do art. 244, da Lei Constitucional n. 1, de 30 de setembro de 1982. Essa lei tem sofrido várias alterações, entre outras, a saber:

- a) normas constantes da versão original da Lei do Tribunal Constitucional, eliminadas pela alínea *d*, do art. 3º, da L. N. 85, de 7 de novembro de 1989. Entre os assuntos modificados, destacam-se as alterações na primeira designação dos juízes do Tribunal Constitucional e as providências orçamentárias relativas à execução da própria lei;
- b) a L. n. 13-A, de 26 de fevereiro de 1998, que traz alterações à lei sobre a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional.

Desde já, observe-se a possibilidade constitucional de erigir reflexões de estrutura e de funcionamento dos Tribunais Constitucionais, não constituindo estes importantes temas cláusulas pétreas ou núcleos inalteráveis dentro de um moderno constitucionalismo democrático e pluripartidário.

Aqui, destaco a apresentação, no Plenário da Assembleia da República, da Proposta de Lei n. 130/II – organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, um texto inserido no Diário da Assembleia da República, 2ª Legislatura, 2ª Sessão Legislativa, 1ª Série, n. 134, de 8 de outubro de 1982.

Na abertura dos trabalhos, o então ministro para os assuntos parlamentares, Marcelo Rebelo de Sousa, afora saudar a Assembleia da República, registrou que a dita Assembleia ali se tratava de um:

Órgão de soberania que dispõe de competência exclusiva para exercer o poder de revisão constitucional, bem como para legislar sobre as matérias que se prendem com os domínios mais relevantes da estrutura do Estado e da sua organização política, econômica e social.

É, nesta índole de relevância, mas também de alterabilidade, que o constitucionalista Marcelo Rebelo de Sousa, professor catedrático da

Universidade de Lisboa, iniciou com alguns registros históricos sobre a natureza dos Tribunais Constitucionais, e também sobre o modo como isto estava desenvolvendo-se até aquela época.

Vale a pena registrar o caminho europeu da aversão ao controle, passando pelo controle por órgãos estritamente políticos, pela influência de um direito norte-americano concreto até o próprio Tribunal Constitucional, que estava e continua, ainda, a moldar-se:

Falar da evolução histórica dos sistemas orgânicos de fiscalização da constitucionalidade é falar da própria história do constitucionalismo moderno e contemporâneo. [...] O constitucionalismo moderno, nascido na Europa da matriz da Revolução Francesa, desconhecia ou era mesmo avesso a qualquer sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis. De facto, uma das linhas constitucionais saídas da revolução de 1789 – a linha liberal – consagrava o parlamentarismo puro, a soberania parlamentar, o primado indiscutível da lei, como expressão genérica e abstracta da vontade colectiva. Daí que a geração das constituições liberais do século XX, ou excluíssem a fiscalização da constitucionalidade das leis ou a cometessem a órgãos essencialmente políticos, nomeadamente ao próprio Parlamento.

[...]

Na própria França, até 1946, apenas as Constituições do ano VIII e de 1852 previram a fiscalização da constitucionalidade, atribuindo-a a órgãos políticos [...]

Mas da Revolução Francesa derivou também uma outra linha constitucional – de feição antiliberal – preconizando um sistema de governo convencional, de concentração de poderes.

[...]

Simplesmente, não é em qualquer das duas linhas referidas do constitucionalismo europeu que mergulha as suas raízes o sistema de fiscalização da constitucionalidade pelos tribunais. É na história norte-americana, e, mais concretamente, na prática constitucional seguida pelos Estados Unidos da América desde 1803.

[...]

Pouco a pouco, entre as duas grandes guerras, generaliza-se, na Europa, a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, sob a forma difusa, ou seja distribuída pelos diversos tribunais, muitas vezes cumulativamente com a clássica fiscalização pelo Parlamento. Foi o caso dos direitos suíço, norueguês, dinamarquês e grego, onde o controle jurisdicional se radicou mesmo sem disposição constitucional expressa.

Simultaneamente, entre 1920 e 1931, Tribunais Constitucionais surgiam na Áustria, na Checoslováquia e na Espanha. A 2ª Grande Guerra veio acelerar o processo iniciado décadas antes. Estados onde subsistia a exclusão do controle da constitucionalidade das leis adoptaram a fiscalização pelo Parlamento ou sua emanção. Assim, a França em 1946. Estados em que tal garantia era competência predominante ou reservada de órgãos políticos acentuaram a componente jurisdicional, mesmo difusa.

Assim, a Itália, de 1948 a 1956. Estados que tinham experimentado a fiscalização jurisdicional difusa concentraram-na num só Tribunal – ou o Supremo Tribunal, como na Irlanda ou no Japão, ou num novo Tribunal Constitucional, para o efeito criado, como na Itália, na República Federal da Alemanha, em Chipre, na Turquia em 1961, na Grécia em 1968, e, mais recentemente, na vizinha Espanha.

Era uma fase histórica que começava. Depois da aversão do Estado liberal a qualquer fiscalização da constitucionalidade das leis; após a consagração deste controle com o advento do Estado social de direito, com a crise da lei em sentido material e com a relativização do parlamentarismo absoluto; passado o período de exclusiva garantia político-parlamentar da constitucionalidade das leis; ensaiada a fiscalização jurisdicional difusa de origem norte-americana – chegava-se à fiscalização tendencialmente concentrada ou pelo menos uniformizada pelo novo Tribunal Constitucional. Frutificara a semente Kelseniana da Constituição austríaca de 1920.

Claro que esta evolução só foi vivida em estados com regime político democrático e com pluralismo partidário. No chamado estado de legalidade socialista, o modelo inicial manteve-se, rigidamente, e não vingou, salvo excepções como Jugoslávia, a fiscalização jurisdicional autónoma da constitucionalidade das leis.

Assim, é de se considerar que, do ponto de vista histórico, os Tribunais Constitucionais são bastante recentes, e, dentro de um regime demo-

crático que consagra um pluralismo partidário, é mesmo uma expectativa estudá-los e propor possibilidades de mudanças.

Quanto às fórmulas para a sua composição, uma das mais usuais é a de cumular magistrados de carreira com personalidades políticas e jurídicas. A escolha, contudo, poderá ser decorrente de diversos órgãos governamentais, e não apenas do Poder Executivo, mesmo que com a arguição, ou mera homologação, do Poder Legislativo ou de uma sua fração.

Em verdade, a fórmula de escolha dos membros do Tribunal Constitucional está diretamente ligada ao problema da partidarização. Por isto, no processo de votação do Tribunal Constitucional português, levantou-se o tema de que seria difícil afirmar que um governo seja apartidário, ou mesmo que a maioria que ampara o governo nas suas votações seja apartidária.

Assim, se é um determinado governo e uma determinada maioria parlamentar que escolhe os juízes de um Tribunal Constitucional; a partir da sua própria composição, o referido Tribunal terá dificuldades em revelar-se com garantias de apartidarismo.

Tornar transparente e aberto a reflexões das comunidades este embate é algo fundamental, é um direito fundamental de cidadania.

Para reduzir esta possibilidade de partidarização, há quem proponha um sistema de lista fechada, em vez de votação separada de nomes específicos. Contra o sistema de lista, no processo de votação do Tribunal Constitucional português, avocou-se o “negócio consciente das forças partidárias”, o que seria uma espécie do que se chamou de “almocismo”.

Previamente, nos almoços dos dirigentes partidários, cozinhar-se a lista, e, depois, bastaria fazer funcionar a “máquina de votação” no Plenário. Assim, a lista quer numerada, ou por letra, conduziria à partidarização dos juízes do Tribunal Constitucional, cujos nomes não se submeteriam ao teste explícito do Plenário.

É de se notar, contudo, que, na formação das listas, poderia haver uma reserva proporcional por cada partido. De fato, haveria a partidarização, mas esta não seria mascarada e monopolizada pela maioria que funda o governo.

Insista-se: do tipo de eleição dos juízes do Tribunal Constitucional, em boa medida, dependerá as futuras decisões. Logo, quer se concorde

com o sistema de lista, ou não, o que não se pode é desconhecer e analisar o processo eleitoral de escolha ou recrutamento.

Por isso, no procedimento de discussão para a instituição do Tribunal Constitucional português, chegou-se a se referir quanto ao tema sob o caráter de “questão passional da composição do Tribunal Constitucional”.

Afirmava-se que a composição deste tribunal precisaria dar uma mínima garantia de outorga de credibilidade, isenção e dignidade ao órgão, esfumando aos menores laivos de imparcialidade. Em outras palavras, não se poderia extrair um tribunal com uma maioria serviente.

Não se tratava, apenas, de restrições de idade, de formação intelectual, de cidadania, de cumulação com outras atividades profissionais ou do estabelecimento de maiorias qualificadas para as votações dos temas centrais de Estado. Nem mesmo, tão somente, da criação de obstáculos processuais em cadeia, em que se joga com as desigualdades econômicas impedindo ou dificultando excessivamente o acesso ao tribunal.

Era preciso evitar a ideia de um tribunal em que o poder, quer econômico, quer político, tem sempre razão.

Para que se constituísse um verdadeiro progresso a criação de um Tribunal Constitucional seria preciso vencer a atitude de desconfiança decorrente da eleição destes juízes. Não bastaria um período mínimo de licenciatura, quer dos próprios juízes quer dos advogados que militam perante o tribunal.

Dispondo o tribunal sobre temas tão fundamentais ao Estado e à população, até mesmo seria de indagar sobre a oportunidade de, em um tribunal com composição reduzida, permitir-se o julgamento em sessões ou câmaras, e não recolher todas elas para o plenário. Evitaria-se, assim, uma espécie de mini-Tribunal Constitucional ou um Tribunal Constitucional de via reduzida.

Ainda dentro do tema da despartidarização do corpo de juízes do Tribunal Constitucional, aparece como elemento central a vitaliciedade dos mesmos. Sobre isso, demonstrou-se ter havido consenso quando da instituição do Tribunal Constitucional português.

Não seria saudável a vitaliciedade para estes juízes, nem mesmo para aqueles deputados que, aparentemente, pretendessem maleabilizar os mandatos.

O Deputado António Muniz fez registrar, quando indagava por esclarecimentos ao Ministro e Professor Marcelo Rebelo de Sousa:

Além de algumas críticas já aqui levantadas, queria transmitir ao Sr. Ministro algumas dúvidas que se me põem. **A primeira é o facto de os juízes não poderem ser reconduzidos consecutivamente mais do que uma vez. Eu sei que não se pode exigir, nem seria saudável, que estes cargos fossem vitalícios**, mas atendendo à falta de técnicos especializados, e atendendo muitas vezes à possibilidade de esses mesmos técnicos não pretenderem aceitar a proposta de preenchimento do lugar constitucional [...]

Sobre a vitaliciedade, respondeu Marcelo Rebelo de Sousa:

Efectivamente penso que há boas razões para não se prolongar por mais de 12 anos o exercício de funções por juízes do Tribunal Constitucional, basta olhar para os mandatos dos órgãos de soberania que em certo caso são de alguma maneira objecto de intervenção do Tribunal Constitucional, nomeadamente o Presidente da República, e por outro lado **pela preocupação de não criar, através de um exercício longo de funções, um excessivo, não diria governo dos juízes, mas um excessivo emodorramento no funcionamento do Tribunal Constitucional.**

Atualmente, o mandato é de nove anos; e não renovável. Mas, diante de todas estas discussões, cabe a referência da situação atual do Tribunal Constitucional português, quanto ao relevante tema da sua composição. A legislação é minudente, como se verá a seguir.

É a partir do art. 12º que se define a disciplina normativa sobre a composição e constituição do tribunal:

art. 12º 1. O Tribunal Constitucional é composto por 13 juízes, sendo 10 designados pela Assembléia da República e 3 cooptados por estes. 2. Seis de entre os juízes designados pela Assembléia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas.

Quanto aos requisitos de elegibilidade, diz o art. 13º:

1. Podem ser eleitos juízes do Tribunal Constitucional os cidadãos portugueses no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos que sejam doutores, mestres ou licenciados em direito ou juízes dos restantes tribunais. 2. Para efeito do número anterior, só são considerados os doutoramentos, os

mestrados e as licenciaturas por escola portuguesa ou oficialmente reconhecidos em Portugal.

Quanto às candidaturas, preceitua o art. 14º:

1. As candidaturas, devidamente instruídas com os elementos de prova da elegibilidade dos candidatos e respectivas declarações de aceitação de candidatura, são apresentadas em lista completa por um mínimo de 25 e um máximo de 50 Deputados, perante o Presidente da Assembléia da República, até cinco dias antes da reunião marcada para a eleição. 2. As listas propostas à eleição devem conter a indicação de candidatos em número igual ao dos mandatos vagos a preencher. 3. Nenhum Deputado pode subscrever mais de uma lista de candidatura. 4. Compete ao Presidente da Assembléia da República verificar os requisitos de elegibilidade dos candidatos e demais requisitos de admissibilidade das candidaturas, devendo notificar, em caso de obscuridade ou irregularidade, o primeiro subscritor para, no prazo de 2 dias, esclarecer as dúvidas ou suprir as deficiências. 5. Da decisão do Presidente cabe recurso para o Plenário da Assembléia da República.

Quanto à relação nominal dos candidatos, diz o art. 15º: “Até 2 dias antes da reunião marcada para a eleição, o Presidente da Assembléia da República organiza a relação nominal dos candidatos, a qual é publicada no Diário da Assembléia da República.”

Quanto à votação, enuncia o art. 16º:

1. Os boletins de voto contêm todas as listas de candidatura apresentadas, integrando cada uma delas os nomes de todos os candidatos por ordem alfabética, com identificação dos que são juizes dos restantes tribunais. 2. Ao lado de cada lista de candidatura figura um quadrado em branco destinado a ser assinalado com a escolha do eleitor. 3. Cada Deputado assinala com uma cruz o quadrado correspondente à lista de candidatura em que vota, não podendo votar em mais de uma lista, sob pena de inutilização do respectivo boletim. 4. Consideram-se eleitos os candidatos que obtiverem o voto de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções. 5. A lista dos eleitos é publicada na 1ª série-A do Diário da República, sob a forma de resolução da Assembléia da República, no dia seguinte ao da eleição.

Quanto à reunião para cooptação, o art. 17º diz:

1. Ocorrendo vagas de juízes cooptados, são as mesmas preenchidas pelos juízes eleitos pela Assembléia da República em reunião a realizar no prazo de 10 dias. 2. Cabe ao juiz mais idoso marcar o dia, hora e local da reunião e dirigir os trabalhos e ao mais novo servir de secretário. 3. Ocorrendo vagas de juízes eleitos pela Assembléia da República e de juízes cooptados, são aquelas preenchidas em primeiro lugar.

Quanto à relação nominal dos indigitados, diz o art. 18º:

1. Após discussão prévia, cada juiz eleito pela Assembléia da República indica em boletim, que introduz na urna, o nome de um juiz dos restantes tribunais ou de um jurista, devendo o presidente da reunião, findo o escrutínio, organizar a relação nominal dos indigitados. 2. A relação deve conter nomes em número igual ou superior ao das vagas a preencher, incluindo os de juízes dos restantes tribunais em número pelo menos suficiente para preenchimento da quota de lugares a estes reservada e ainda não completada, repetindo-se a operação as vezes necessárias para aquele efeito.

Quanto à votação e designação, diz o art. 19º:

1. A cada juiz cooptante é distribuído um boletim de voto do qual constem, por ordem alfabética, os nomes de todos os indigitados. 2. À frente de cada nome figura um quadrado em branco destinado a ser assinalado com a escolha do cooptante. 3. Cada cooptante assinala com uma cruz os quadrados correspondentes aos indigitados em que vota, não podendo votar num número de indigitados superior ao das vagas a preencher, nem num número de indigitados que não sejam juízes dos restantes tribunais que afecte a quota de lugares a estes reservada, sob pena de inutilização do respectivo boletim. 4. Considera-se designado o indigitado que obtiver um mínimo de 7 votos na mesma votação e que aceitar a designação. 5. Se após 5 votações não tiverem sido preenchidas todas as vagas, organiza-se nova relação nominal para preenchimento das restantes, observando-se o disposto no artigo anterior e nos ns. 1 a 4 do presente artigo. 6. Feita a votação, o presidente da reunião comunica aos juízes que tiverem obtido o número de votos previstos no n. 4 para que declarem por escrito, no prazo de 5 dias, se aceitam a designação. 7. Em caso de recusa, repete-se, para preenchimento da respectiva vaga, o processo previsto nos números e artigos anteriores. 8. A cooptação de cada indigitado só se considera definitiva depois de preenchidas todas as vagas. 9. A lista dos cooptados é publicada na 1ª Série-A do Diário da República, sob a forma de declaração assinada pelo juiz que tiver dirigido a reunião, no dia seguinte ao da cooptação.

Quanto à posse e juramento, preceitua o art. 20º:

1. Os juízes do Tribunal Constitucional tomam posse perante o Presidente da República no prazo de 10 dias, a contar da data da publicação da respectiva eleição ou cooptação. 2. No acto de posse prestam o seguinte juramento: *Juro por minha honra cumprir a Constituição da República Portuguesa e desempenhar fielmente as funções em que fico investido.*

Quanto ao período de exercício, explícita o art. 21º:

1. Os juízes do Tribunal Constitucional são designados por **um período de nove anos**, contados da data da posse, e cessam funções com a posse do juiz designado para ocupar o respectivo lugar. 2. **O mandato dos juízes do Tribunal Constitucional não é renovável.** 3. Os juízes dos restantes tribunais designados para o Tribunal Constitucional que, durante o período de exercício, completem 70 anos mantém-se em funções até ao termo do mandato.

Quanto à independência e à inamovibilidade, diz o art. 22º: “Os juízes do Tribunal Constitucional são independentes e inamovíveis, não podendo as suas funções cessar antes do termo do mandato para que forem designados, salvo nos casos previstos no artigo seguinte.”

Quanto à cessação de funções, enuncia o art. 23º:

1. As funções dos juízes do Tribunal Constitucional cessam antes do termo do mandato quando se verifique qualquer ds situações seguintes: a) morte ou impossibilidade física pemanente; b) renúncia; c) aceitação de lugar ou prática de acto legalmente incompatível com o exercício das suas funções; d) demissão ou aposentação compulsiva, em consequência de processo disciplinar ou criminal. 2. A renúncia é declarada por escrito ao presidente do Tribunal, não dependendo de aceitação. 3. Compete ao Tribunal verificar a ocorrência de qualquer das situações previstas nas alíneas a, c e d do n. 1, devendo a impossibilidade física permanente ser previamente comprovada por 2 peritos médicos designados também pelo Tribunal. 4. A cessação de funções em virtude do disposto no n. 1 é objecto de declaração que o presidente do Tribunal fará publicar na 1ª Série-A do Diário da República.

CAPÍTULO 2

PRINCÍPIOS

2.1. O QUE É UM PRINCÍPIO?

Neste capítulo de sua História de Portugal, ALEXANDRE HERCULANO DE CARVALHO E ARAÚJO (1985), vulto máximo do romantismo português, relata-nos, com todo o vigor de seu estro insuperável, os singulares episódios que marcaram a construção do Convento da Batalha (ou Santa Maria da Vitória). Como se sabe, D. JOÃO I, Mestre de Aviz, tendo vencido os castelhanos em Aljubarrota (1385), mandou edificar, em cumprimento a um voto que fizera, o referido Convento. A obra foi confiada ao arquiteto português AFONSO DOMINGUES, que, ficando cego no curso dos trabalhos, viu-se, sem mais, substituído pelo irlandês DAVID OUGUET, antes de dar início à formidável abóbada da casa capitular.

Ouguet, menosprezando a pedra de fecho concebida por seu antecessor, alterou o risco primitivo, e, por isto, a abóbada ruiu, algumas horas depois de ser dada por concluída.

Chamado à presença do rei, AFONSO DOMINGUES, apesar de ressentido (a página que reproduz o suposto diálogo que manteve com D. JOÃO I, inscreve-se entre as mais belas e dramáticas das já escritas em língua portuguesa), retomou a direção dos trabalhos e, na data aprazada, deu por terminada sua notável obra, que tem resistido ao peso dos séculos. Tão consciente estava da

exatidão de seus cálculos, que, retiradas as vigas que sustinham a abóbada, debaixo dela permaneceu, sem comer nem beber, durante três dias. (ATALIBA, APUD CARRAZZA, 1991, p. 23-25).⁵

A expressão princípio foi introduzida, na Filosofia, por Anaximandro. Esta palavra foi utilizada por Platão no sentido de fundamento do raciocínio (Teeteto, 155 , d), e, por Aristóteles, como a premissa maior de uma demonstração (Metafísica, v. I, 1.102 b 32-1.1013 a 19). Nesta mesma linha, Kant deixou consignado que “princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo” (Crítica da Razão Pura, Dialética, II, A). Em qualquer ciência, princípio haverá de ser entendido como alicerce, ponto de partida. Pressupõe um posicionamento em um patamar privilegiado, sendo como que a pedra angular de um sistema. Desprezar o que é fundamental traria consequências bem desastrosas, tal como foi transcrito no trecho acima, em que o saudoso Geraldo Ataliba rememora a “Abóbada” de Afonso Domingues.

Pode-se dizer, portanto, que o princípio é o momento em que algo tem origem. É o começo, a causa primária, o elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. É assim que o entendo, por alguns motivos, a saber: a) este é o senso comum. O homem médio, ao ouvir uma referência ao termo princípio, logo pensará em começo. O sentido mais utilizado para a expressão princípio é o de começo;

b) segundo José Ferrater Mora, em seu *Dicionário de Filosofia* (1991, p. 322-323), “foi Aristóteles que precisou vários significados deste termo: ponto de partida do movimento de uma coisa; *o melhor ponto de partida*; o elemento primeiro e imanente da geração etc.” (Grifo nosso);

c) não é outra a conclusão que se retira ao consultar um dos mais conhecidos cultores do idioma nacional, Aurélio Buarque de Hollanda.

Enfim, seguindo o que se atribui a Aristóteles, um dos significados do termo princípio é o de “*melhor ponto de partida*”.

Com esta informação, reconheço uma certa noção abstrata em seu contorno. Na verdade, em um sentido radical, só se deveria falar em prin-

5 Após os três dias, Afonso Domingues morreu onde estava, sobre uma pedra na qual, depois, foi retratado. A sua imagem foi colocada em um dos ângulos da casa capitular. As suas últimas palavras foram: “A abóbada não caiu... a abóbada não cairá!” (HERCULANO, 1990, p. 192-193).

cípio quando, dentro de uma certa ordem, nada lhe fosse anterior. Nada o deveria preceder.

Seria como se a história fosse uma linha reta infinita, e o seu primeiro ponto fosse denominado princípio. No entanto, a história do Estado, e do próprio indivíduo, às vezes caminha em círculos. E, em uma ordem circular, há indiferença quanto ao que esteja em primeiro ou em último.

Esclarecendo melhor e adotando o Brasil como exemplo, é bastante comum, em momentos importantes da nossa história, praticamente, reproduzir-se o passado. Veja-se, apenas exemplificativamente, o teor do art. 3º, da Emenda Constitucional n. 11, publicada em, 17 de outubro de 1978, em comparação com o art. 18, das Disposições Transitórias, da Constituição de julho de 1934:

Art. 3º. São revogados os atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos da apreciação judicial." (Grifo nosso) (Emenda Constitucional n. 11/78)

Art. 18. Ficam aprovados os actos do Governo Provisório, dos interventores federaes nos Estados e mais delegados do mesmo Governo, e excluída qualquer apreciação judiciaria dos mesmos actos e dos seus efeitos. (Grifo nosso) (Disposições Transitórias n. 34)

Em outras palavras, a história humana está repleta de avanços e retrocessos. Ela não é uma reta, pois possui vários começos (princípios).

Cada civilização tem o seu princípio ou os seus princípios. Estes não são verdadeiros ou falsos, embora sirvam de fundamento para uma cultura em um determinado espaço e tempo. São fotografias de um momento político. Em um princípio, o decisivo é que tenha efetividade. Se dele nada resultar, não cabe se falar em princípio. Na ideia de princípio está engajada a noção de continuidade. Não haverá princípio, se não existirem efeitos.

Assim, no modo de pensar o direito (corpo orgânico, organizado), é preciso ter em conta a importância do princípio. O modo de enxergá-lo poderá variar, pois não é unívoco o corpo social que ele controla e promove.

Defendo, aqui, que o direito controla e promove um corpo social heterogêneo. Justifico. A norma jurídica é feita, em regra, para dirigir comportamentos humanos. Ela prescreve comportamentos e instituições, constituindo uma elevada técnica de controle social.

Quando controla, normalmente, promove uma situação de manutenção do que já existe. Ocorre que o propósito do Estado democrático de Direito, no Brasil (art. 1º, Constituição) é o de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]” (MIRANDA, 1973, p. 417 e ss.)

Assim, no Brasil, a interpretação que se dá ao direito não deve ser apenas aquela de contenção, mas também precisa haver um esforço no sentido da promoção do bem-estar e da harmonia. Aí, parece de extremo relevo a atuação do Poder Judiciário, dado que, com a Constituição, houve o começo de um novo Estado.

Logo, se um princípio constitucional se apresentar em contradição com a realidade, isso é de provocar preocupação; pois pode estar sendo utilizado apenas de maneira a impressionar os leigos, o que desmerece um saber de qualidade superior. Não basta estar presente no papel, pois é necessário que tenha consequências.

Se não for assim, estará instalada a desordem, em que há indiferença quanto ao que esteja em primeiro ou em último.

É bem verdade que se poderá alegar que o princípio está em formação, e são desenvolvidos todos os esforços de modo a desenvolvê-lo. Além do mais, certos indivíduos já o poderiam ter assimilado. Ocorre que o Direito, soem afirmar, costuma refletir o todo ou a maioria. De acordo com Viehweg:

A maioria é, assim, um topos ou lugar comum de argumentação, ao qual se contrapõe, por outro lado, o topos do mais sábio, do técnico, do especialista; quando dizemos, então, que uma decisão qualquer deve caber a quem entenda do assunto e não a um conjunto de opinantes que se impõem pelo número⁶. (VIEHWEG, 1979, p. 4)

6 Disse, ainda este mesmo autor: “o raciocínio tópico, que se vale dos repertórios de topoi; vale, portanto, em certos limites, e toda vez que se tenta dar-lhes alcance maior, percebemos, de imediato, que ele se vê envolvido por contradições lógicas. Assim, na base de um princípio, como o da supremacia do interesse público, é possível fazerem-se várias inferências; mas, embora assim pareça, o princípio não pode valer incondicionalmente; pois isto leva a incongruências. Mesmo princípios universais, como dar a cada um o que é seu, encontram limitações argumentativas na própria tecitura social, em que os interesses e intenções do indivíduo nem sempre coincidem com os interesses e intenções das interações em que se vêem envolvidos”. (VIEHWEG, 1979, p. 4-5).

Pelo exposto, parece ser bastante razoável pensar como José Souto Maior Borges, quando afirma:

A violação de um princípio constitucional importa em ruptura da própria Constituição, representando, por isso mesmo, uma inconstitucionalidade de consequências muito mais graves do que a violação de uma simples norma, mesmo constitucional. (BORGES, 1975, p. 13)

Repita-se a ideia-base que estou defendendo: não haverá princípio (causa), se não houver efeito (consequência). E é aí que a observação experimental parece ser de um extremo relevo. É no acompanhamento das atividades dos Poderes do Estado que se tirará a prova do espaço existente entre o que se diz e o que se faz.

No entanto, é uma característica do raciocínio indutivo a possibilidade de novas observações. Ou, como foi dito, de maneira poética, por Karl Popper, que não se retira o universal de casos particulares. Com a palavra o filósofo:

Ora, está longe de ser óbvio, do ponto de vista lógico, haver justificativa no inferir enunciados universais de enunciados singulares, independentemente de quão numerosos sejam estes; com efeito, qualquer conclusão colhida desse modo sempre pode revelar-se falsa: independentemente de quantos casos de cisnes brancos possamos observar, isso não justifica a conclusão de que todos os cisnes são brancos. (Grifo nosso) (POPPER, 1989, p. 27-28)

É animador pensar, sinceramente, que a indução apenas constrói frágeis figuras de vidro, que não podem ser tidas como absolutas. Isto traz um certo alento, diante da conduta de considerar que só é possível legislar, no Brasil, com normas de alguns dias e renováveis. (Ver art. 62, da Constituição da CF/88); isto com a ratificação da mais alta esfera do Judiciário nacional.

Segundo os números fornecidos pelo Serviço de Controle de Informação do Senado Federal, até 7 de maio de 2001, foram editadas/reeditadas 5.839 medidas provisórias. No governo Lula (período de 2003 a 19/03/2008), foram emitidas 312 medidas provisórias, conforme consta no sítio do Instituto Liberal. (Conforme a minha pesquisa, o governo em que mais foram reeditadas medidas provisórias foi o segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (dezembro de 98 a dezembro de 2002), com 2.166

reedições; enquanto no primeiro mandato deste mesmo Presidente (janeiro de 1995 a dezembro de 1998) foram editadas 160 medidas originárias).

No entanto, será sempre possível esperar uma mudança desse quadro, em que o Executivo edita e o Judiciário não opõe a resistência esperada. De fato, para fazer justiça aos fatos, se a inércia do Judiciário já foi uma constante (pelo menos, à época em que comecei a escrever estas reflexões), hoje não é mais, havendo múltiplos casos de rejeição, tal como pode ser citada a incidência de percentuais inflacionários dos Planos Collor I (abril de 1990) e Verão (janeiro de 1989).

Pode-se, mesmo, dizer que o caso do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) tem inviabilizado o Judiciário brasileiro, tal o número de demandas que provocou, e ainda está por provocar, chegando aos milhões.

É de se detalhar, ainda, que, embora esteja a se discutir questões que remontam ao final dos anos 80 e início dos anos 90, apenas cerca de dez anos depois é que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal brasileiros vieram a se pronunciar sobre o caso.

Atualmente, os milhões de processos trazem para o governo um déficit de caixa que não se sabe muito bem como resolver. São os problemas do passado atacando o futuro.

Esta é a experiência atual. Mas, experiência é uma palavra que, em grego, como em latim, deriva da raiz *per*. Ora, esta é a mesma raiz da expressão *perigo*, contudo é caminhando (pé) pelo desconhecido que muitas coisas novas são avistadas. Afinal, quem acredita que sabe uma coisa, jamais procurará a resposta⁷. Se o andar e ver não nos traz o conhecimento absoluto, se é que ele existe, serve-nos de método.

Admitir como princípio algo que não tem continuidade (efeitos), não me parece plausível. Mesmo com a dedução de que o último passo do processo cognoscitivo seria atingir o princípio, não encontro guarida para causa sem efeitos.

Poder-se-ia retrucar tal argumento, afirmando que a função da dicção normativa expressa resume-se ao fato da mera presença na norma. Ocorre

7 Sócrates proclamava que *só sabia que nada sabia*, enquanto alguns dos seus discípulos aplicavam-se em louvarem-se que eram os mais sábios dos homens. Talvez, só se reconheça um filósofo mais pelos seus atos do que pelas suas palavras. Realmente, creio que, no País dos verdadeiros bens, nada está para ser comprado.

que, se for assim, repudia-se a noção de reconhecer ao direito o carácter de algo vivo, escondendo-se em uma consciência meramente formal. E até a moral (foro interno) termina por exigir obras concretas.

Neste momento, rememoro Ihering, citado por Karl Engisch, e o próprio Engisch, em sua *Introdução ao Pensamento Jurídico*, quando relembra o raciocínio dos romanos de que a ciência jurídica precisa ser prática, embora não se deva limitar a questões de cariz exclusivamente prático. É na zona de interseção entre a prática e a teoria que está a tarefa de descoberta do direito. Nas próprias palavras do autor:

Havendo uma ciência jurídica, esta há-de ser uma ciência prática. Os romanos, aos quais cabe o inesquecível mérito de terem fundado esta ciência, sabiam muito exactamente o que nela lhes importava. Eles celebrizaram-na como a 'divinarum atque humanorum rerum notitia', considerando-a, por consequência, como a mais viva de todas as ciências, e com o seu Direito e a sua ciência jurídica se tornaram grandes e fortes. [...] E os juristas romanos da última fase da República 'lançaram o fundamento de toda a posterior ciência jurídica do Ocidente. Sem dúvida que eles se fixaram na tarefa prática da descoberta do direito. [...] Por outro lado, merece reflexão a afirmação de R. V. IHERING (Geist des romischen Rechts II 2, 2ª ed., 1869, p. 369) de que 'a jurisprudência, para ser verdadeiramente prática, não se pode limitar a questões práticas. (ENGISCH, 1988, p. 13 e 19)

Como se vê, o direito precisa ser dinâmico, devendo haver um forte elo de aproximação entre a prática e a teoria⁸. Uma teoria precisa ser testada na prática. É incorreta a afirmação que atribui a alguém um sólido conhecimento teórico, mas não prático. Afinal, uma pessoa só conhece um objeto se conseguir aliar a teoria e a prática.

A prática diária constrói e reconstrói raciocínios e interpretações. Quem, em seu dia a dia, ou após um longo tempo, não passou por tal experiência? Evidentemente que também o conhecimento teórico amplia os horizontes e as perspectivas, e é capaz de modificar, por dentro, uma pessoa, alterando-lhe as ações. Assim, não bastam as boas intenções,

8 "Na obra 'El fin en el derecho', Ihering afirma categoricamente que 'o fim é o criador de todo direito; não há norma jurídica que não deva a sua criação a um fim, a um propósito, isto é, a um motivo prático.' O direito não exprime uma verdade absoluta: a sua verdade é apenas relativa e mede-se pelo seu fim." (DINIZ, 1989, p. 55)

pois o caminho do inferno está cheio delas. Além disso o direito refere-se, principalmente, à exterioridade dos atos.

Admitir um princípio que não tenha continuidade na vida das pessoas (nem mesmo em relação àquelas que trabalham diretamente com o direito: advogados, promotores, procuradores, juízes etc.) faz lembrar do que escreveu Karl Loewenstein, (1986, p. 222-231) em sua *Teoria da Constituição*, sob os títulos *A desvalorização da Constituição na democracia constitucional* e *A erosão da consciência constitucional*.

Dizia ele, por volta dos anos cinquenta, que a democracia constitucional estava em crise. A Constituição estava perdendo o prestígio e a média da população demonstrava uma alarmante indiferença a respeito. Aqueles que detinham o poder não respeitavam os imperativos da Constituição, cedendo a interpretação do Texto àquilo que parecesse mais cômodo.

Mas, pior ainda, pois tudo se fazia em nome da Constituição, argumentando-se que o fundamento das condutas adotadas pelo poder estatal nela se encontrava.

Enfim, se, quando do surgimento do Estado Constitucional, o seu Texto gozava de um respeito “quase sobrenatural”; agora, até para o homem comum, ela significa muito pouco. Prova é que, no Brasil de hoje, a atual Constituição preconiza, no art. 64, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sobre a edição popular do texto integral da Constituição, e sobre a disposição gratuita do mesmo em locais representativos para a comunidade. É o art. 64, das Disposições Transitórias:

A Imprensa Nacional e demais gráficas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, promoverão edição popular do texto integral da Constituição, que será posta à disposição das escolas e dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e de outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil⁹.

9 A Constituição de Weimar também dispôs, em seu art. 148, § 3º, frase 2, pela gratuidade de um exemplar para cada escolar ao final dos seus estudos.

Pois bem, salvo as exceções por motivos profissionais, dificilmente uma residência brasileira tem a Constituição. Mas, mesmo que possuísse, não teriam os residentes como saber se dispunham da Constituição em vigor, pois, até a Reforma Previdenciária, de dezembro de 1998, já existiam 26 emendas¹⁰. Ora, uma Constituição precisa de tempo para fixar-se na consciência nacional. É preciso tempo para que a comunidade perceba as suas vantagens e as suas desvantagens. Mudando tanto, passa uma sensação de instabilidade e desgaste, provocando desinteresse por se conhecer algo que não tem continuidade.

De fato, a Constituição não traz, por si, comida, casa, roupa, educação, embora, por vezes, disponha neste sentido. A Constituição do Brasil, no art. 7º, inc. I, fez registrar:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros, que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...].

Ora, o trabalhador brasileiro, seguramente, demonstraria interesse pela Constituição se ela efetivamente fosse cumprida. Mas não é. Como contra-argumento poderia-se afirmar que se trata de um dispositivo irrealizável. É fácil discordar, basta ver o PIB nacional e a renda *per capita* que, segundo os dados oficiais (IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), é presente no Brasil.

Assim, quero crer que, no Brasil, não é a Constituição que se mostra indiferente ao cidadão, mas a sua prática; ou melhor, a sua inefetividade. Não pode haver o silêncio com relação a isso.

Novamente, aqui, ressurgem as palavras de Karl Loewenstein, (1986, p. 229), quando afirma ser uma certa ironia o fato de que, quando a Constituição escrita conquistou a quase totalidade do mundo, encontra-se no ponto mais baixo do seu prestígio.

10 Em setembro de 2001, são 38 Emendas Constitucionais, entre elas seis Emendas Constitucionais de Revisão. Em dezembro de 2008, são 56 Emendas Constitucionais.

Pelo que está a ser visto, é evidente concluir que não basta uma Constituição que respeite o cidadão. É preciso que se faça bom uso dela. Em outras palavras: não basta a teoria, é preciso a prática.

A prática constitucional não pode ser aquela da utilização do Texto como uma maneira inteligente de assentar a falta de limites ao poder. A Constituição não pode ser aplicada apenas quando for conveniente, deixando os demais no esquecimento ou os alterando como uma revista mensal.

Normalmente, não há, na realidade, uma *revolta dos fatos contra os códigos* (GASTON MORIN), mas uma pseudorrevolta daqueles que detêm o poder contra leis que não são aplicadas, mas que devem parecer que são.

Reafirmo que, se um princípio (o da segurança de que a Constituição precisa ser realmente cumprida) não tem continuidade e não acarreta efeitos, é bastante possível que o seu contraditório esteja a produzi-los¹¹.

Se não há segurança quanto ao cumprimento do que foi previsto constitucionalmente, é preciso que se faça conhecimento público, pois caminhar por qualquer caminho pode levar ao abismo.

Hoje em dia, no Brasil, é muito comum profissionais do Direito se perguntarem (às vezes em tom de gracejo): Qual a última medida provisória? Qual a última Emenda Constitucional?

Nem mesmo entre aqueles que vivem, profissionalmente, com o Direito, há a certeza de que se esteja atualizado. Pasmese: existem especialistas em um determinado imposto (ICMS, ISS, contribuições previdenciárias etc), e, mesmo assim, vivem angustiados pelas constantes mudanças que surgem.

Em um quadro como este, não há qualquer segurança de que o direito seja cumprido, até porque não se pode presumir o conhecimento da lei nem entre os reputados especialistas.

11 San Tiago Dantas (1953, p. 38), em seu *Igualdade perante a lei e "due process of law"*, em *Problemas de Direito Positivo*, dizia que era preciso fazer *diferença entre o arbítrio e a especial justificação*. Como já foi declinado, durante o Estado de Defesa e o de Sítio (Constituição do Brasil, arts. 136-141), algumas restrições de direitos podem ser feitas. É o que vem sendo conhecido como o Sistema Constitucional das Crises, que visa à estabilização do Estado e a defesa da Constituição contra processos violentos e arbitrários de ruptura. Nestas situações anômalas, substitui-se uma legalidade normal por uma legalidade extraordinária ou de exceção. Assim se faz, temporariamente, constringido pela necessidade. No mais, dá-se uma perversão do Estado Constitucional.

2.2. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS¹²

I. Normas, regras e princípios

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios [...] Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir:

(1) – as regras e princípios são duas espécies de normas;

(2) – a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas; (CANOTILHO, 1987, p. 172)

Sendo a Constituição, marcadamente, um Estatuto Jurídico do político (CANOTILHO, 1987, p. 146), há, no plano jurídico, a penetração de valores que se transformam em princípios, e que, de certo modo, demonstram uma aspiração popular exteriorizada (é o caso da busca por um Estado democrático de Direito na República Federativa do Brasil, art. 1º, da Constituição).

A jurisprudência precisa considerar esse aspecto, diante da formação da segurança que dela se espera. Assim, o arco da generalidade da norma constitucional deve servir à sua atualização. É preciso levar em conta as probabilidades que se apresentam e prever as consequências que daí advenham. Só então, com a coragem que se exige do órgão julgador, deve adotar a consequência mais compatível com o caso concreto, o que não implica em imutabilidade, mas demonstrará a evolução da realidade jurídico-social.

Sendo a linguagem diretiva a que mais importa ao jurista, não cabe um sono profundo quanto à realidade. O sono profundo pode ser confundido com a morte e lidamos com a mais viva de todas as ciências.

Linguagem diretiva é aquele modo institucionalizado de dirigir comportamentos, sustentado pelo Poder Público (COELHO, 1989, p. 71 e ss.).

12 Para José Joaquim Gomes Canotilho, as regras e os princípios são duas espécies de normas, rompendo, assim, com a teoria tradicional, que distingue entre normas e princípios. Ele prefere a dualidade *regras/princípios*, dizendo que os princípios são normas mais abstratas, que carecem de aplicação direta (dependendo da intermediação do legislador, do juiz etc.); o que não ocorre com as regras, que são susceptíveis de aplicação direta. Além do mais, os princípios funcionam como base (fundamento) para a aplicação das regras jurídicas. Enfim, as regras prescrevem exigências (impositivas, permissivas ou proibitivas), que não podem conviver com exigências contraditórias. Uma ou outra se exclui (regras). Já os princípios estão na dimensão do peso, sendo possível conflitos entre princípios, onde, pela ponderação da importância de cada um deles, permite-se que um afaste o outro diante de um caso concreto, e continuem a convivência conflitual, sem falar em revogação. (CANOTILHO, 1987, p. 171 e ss.).

Daí, afirmo que a verdadeira obediência aos princípios jurídicos, que devem ser adaptados às situações sociais sobre as quais vão projetar-se, depende e atesta o grau de amadurecimento social de uma comunidade.

As afirmações que faço, lembram-me do que li, no *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, de Maria Helena Diniz, a respeito da denominada “experiência prática de Oliver Wendell Holmes”, o qual, utilizando da sua experiência conquistada na atividade judicante, afirmou que:

A dedução mecânica não é a única força operante no conhecimento e desenvolvimento do direito, mas sim a experiência, ou seja, as necessidades de cada época, as teorias morais e políticas predominantes, as intuições que inspiram a ação política. Não há dúvida que a decisão judicial deve apresentar forma lógica, que dá a impressão de manter o princípio da certeza e da segurança jurídica. Todavia, tal impressão é ilusória [...]. (HOLMES APUD DINIZ, 1989, p. 55-56).

Também analisando Holmes, disse Mark Howe: “A lei não é feita pelas ordens do soberano, como quer AUSTIN, mas por juízes sensíveis aos ditames da tradição, aos seus próprios princípios e à opinião da comunidade sobre o que é exigido pela ordem pública.” (HOWE APUD DINIZ, 1989, p. 55-56).

É com essas reflexões que entendo existirem três fatores que condicionam, fortemente, a interpretação de uma norma, inclusive constitucional:

1. a mensagem contida na norma;
2. os elementos da personalidade do intérprete, inseridos aí a sua inserção socioeconômica na comunidade, a sua crença política, filosófica e religiosa, além da sua cultura jurídica;
3. a pressão social que envolve o caso que é submetido à análise.

Assim, não basta dizer que uma norma surge em função de uma necessidade, e decorrente utilidade, levando-se em conta períodos que se podiam prever. (PERELMAN, 1979, p. 106-107). É aparente a tensão existente entre o caráter jurídico e os demais aspectos anteriormente apontados.

Por isto, parece-me de fundamental importância, em favor da própria aplicação do Direito – e, conseqüentemente, dos cidadãos – o estabelecimento de garantias de independência à magistratura. Estas não devem ser vistas como meras prerrogativas dos magistrados, mas antes, precisam ser reconhecidas como instrumentos de proteção da própria sociedade.

A Constituição do Brasil reserva o art. 95 para sobre elas tratar, dizendo:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, (art. 93, inc. VIII) havendo o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, de fundar-se em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa; III – irredutibilidade de subsídio, ressalvada exigência de fixação e alteração por lei específica, o respeito ao teto do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o princípio da isonomia tributária e à sujeição ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (este inciso já se apresenta com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 19, de junho de 1998)¹³.

Ao lado das garantias, também precisa constar a necessidade de que de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário devem ser motivados, sob pena de nulidade, tal como fez a Constituição do Brasil, no art. 93, incs. IX e X:

Art. 93. Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes; X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, o art. 93, incs. IX e X, passou a ter a seguinte redação:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público

¹³ Nesta citação constitucional, as remissões a outros artigos foram substituídas pelos conteúdos resumidos dos artigos indicados.

à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

Se há cerca de cem anos, geralmente, o meio ambiente não era objeto de tantas atenções, dificilmente o seu tratamento, por lei, provocaria polêmica. Hoje, no entanto, o mesmo não ocorre, dentre outros motivos, dada uma previsão de escassez dos recursos ambientais, caso não se contenha o comportamento predatório, havendo uma perspectiva real de gravíssimos prejuízos à espécie humana. Logo, é uma decorrência à importância do seu tratamento legal.

Diante de tal contexto, surgem aqueles que defendem uma proteção radical, outros são a favor de um mínimo possível, e outros são adeptos de uma posição de meio. Disso resulta que as tensões políticas repercutirão no âmbito jurídico.

Em outras palavras, assim como para uma pessoa é preciso o estabelecimento de metas, para o Direito faz-se necessário o estabelecimento de princípios, que, embora não sejam imutáveis, e devam se adequar à evolução da realidade social, têm a utilidade prática de fornecer coesão às normas que compõem um determinado ordenamento. São os princípios que dão a estrutura para as edificações jurídicas.

É chegado, agora, o momento de apresentar aquilo que considero como distinção entre os, muitas vezes, atacados princípios gerais (havidos como meras recomendações), daqueles princípios jurídicos investidos em regras jurídicas.

Aqui, estou defendendo que, se a norma é jurídica, detém um núcleo prescritivo; e esse raciocínio também se aplica às normas constitucionais. Todas as normas constitucionais são jurídicas; e, portanto, possuem este núcleo.

A referência feita aos princípios gerais do direito (*não positivados*), na Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, em nada autoriza compreender que as normas constitucionais estejam inseridas nesta categoria. Afinal, a Lei de Introdução ao Código Civil é que deve ser interpretada de acordo com a Constituição, e não o inverso. Mais: de acordo com o art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, apenas devem ser aplicados os

princípios gerais (*não positivados*) na hipótese de omissão legal. Admitir que a Constituição esteja preenchida por simples princípios gerais (*recomendações doutrinárias*) é o mesmo que afirmar que só se deve aplicá-la se não houver lei que disponha contrariamente a ela; o que seria um absurdo.

Ora, aos princípios jurídicos investidos em regras jurídicas não cabe a valoração em verdadeiros ou falsos, porém em vigentes e/ou eficazes; ou não vigentes e/ou não eficazes. Esta é a linguagem do direito.

Ou seja, no plano da linguagem diretiva, formulada visando influir em comportamento alheio, não faz sentido falar sobre verdade ou falsidade. A linguagem diretiva deve ser justa, ou não; conveniente, ou não; eficaz, ou não; descomportando juízo de verdade. Por exemplo, não faz sentido dizer que uma norma como “É proibido pisar na grama” seja verdadeira ou falsa.

O mesmo não ocorre com os princípios gerais do direito, pois, contendo proposições descritivas – não prescritivas – pertencem ao mundo do que é ou não verdadeiro. É a linguagem da Ciência do Direito.

Sobre eles, como já demonstrei, no direito brasileiro, faz-se referência no art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657/04, de setembro de 1942). Diz este dispositivo: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Pelo menos, mais dois outros importantes diplomas legislativos nacionais fazem deles menção expressa, *sempre os vinculando à ausência de lei*:

a) Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. 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 [...]” e Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários. (Grifo nosso)

b) Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, com a redação da Lei n. 5.920, de 01 de outubro de 1973. Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. **No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais. Não as havendo**, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Grifo nosso)

Também no âmbito do direito internacional são muitas as referências aos princípios gerais. Como exemplo, apresento o Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

A Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o Anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, foi aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo n. 7.935, de 4 de setembro de 1945, completando a sua incorporação com o Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945.

Essa Carta foi assinada, em São Francisco, aos 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência da Organização Internacional das Nações Unidas. É o art. 38, do Estatuto:

Capítulo II – Competência da Corte. Art. 38. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: [...] c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas.

Retornando a falar sobre a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, parece-me importante rememorar o comentário de um consagrado jurista nacional sobre a natureza de leis como estas. Disse J. M. de Carvalho Santos:

Da natureza da Lei de Introdução, resulta que as regras contidas nesta Lei não são peculiares ao Código Civil, aplicando-se, antes, a todas as leis, quaisquer que sejam, como as penais, as comerciais, as fiscais, as processuais etc. Pouco importa estar ela colocada como Introdução ao Código Civil, o que encontra justificativa, como já foi explicado pelos mestres, no facto do Código Civil constituir a parte mais importante de nossa legislação. (SANTOS, 1936, p. 12)

Talvez, este também seja um dos motivos pelos quais as Faculdades de Direito, em todo o Brasil, dediquem tantos créditos ao Direito Civil, e tão poucos ao Direito Constitucional; isso quando este último, simplesmente, não é confundido com Teoria Geral do Estado ou Ciência Política.

Acredito, inclusive, ser esta uma das causas justificadoras da inabitualidade de se observar os princípios jurídicos; e, sobretudo, os constitucionais. A Constituição funcionaria como um mero programa de observação discutível, e, por isto, a tese de que ela estaria “*recheada*” de princípios gerais, que nada prescrevem.

Assim, observo que aqueles que defendem a natureza, meramente, programática dos princípios, em face de uma apontada vaguidade da dic-

ção constitucional, não se encontram em uma posição de neutralidade, mas forçando um curso contrário à orientação natural das águas. Afinal, a linguagem do direito é a prescritiva.

No entanto, procurando dar uma visão mais abrangente ao tema, e reconhecendo a pragmaticidade das decisões judiciais, que precisam ser cumpridas, deparo-me com um acórdão do Superior Tribunal de Justiça que ataca a difícil questão da saúde pública. Antes de reproduzi-lo, para ser o mais fiel possível aos seus termos, relembro o elevado PIB nacional e a razoável renda *per capita*, que, paradoxalmente, existem no Brasil.

Nesta decisão, declina-se que as normas constitucionais relativas à saúde são meramente programáticas, não conferindo o poder de o cidadão exigir a sua satisfação.

Quando, no art. 196, a Constituição do Brasil diz que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, não estaria fazendo mais do que um discurso político.

Seria uma mera ilusão. Uma proposição ineficaz dos constituintes, dado que a nenhum órgão ou autoridade pública é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer em desvios de verbas.

Antes, contudo, de registrar o acórdão, quero esclarecer ao leitor que:

1. o plano plurianual deve estabelecer os objetivos e metas da administração pública federal (art. 165, § 1º, da Constituição do Brasil)¹⁴;

14 Constituição do Brasil. “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais. § 1º. A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. § 2º. A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. § 3º. O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária.”

“Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro.” *Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro (redação atual, dada pela Emenda Constitucional n. 50/2006).*

“Disposições Transitórias. Art. 35. [...] § 2º. Até a entrada em vigor da lei complementar a que e refere o art. 165, § 9º, I e II serão obedecidas as seguintes normas: I – o projeto plurianual, para vigência até

2. a lei de diretrizes orçamentárias, que orienta a elaboração da lei orçamentária anual, e dispõe sobre alterações da legislação tributária, também deve compreender as prioridades da administração pública federal (art. 165, § 2º, da Constituição do Brasil);
3. as emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não podem ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual (art. 166, § 4º, da Constituição do Brasil);
4. os projetos de lei do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e do orçamento anual¹⁵ devem ser enviados pelo Presidente da República ao Congresso Nacional. O projeto da lei de diretrizes deve ser encaminhado até março. O projeto de lei orçamentária da União deve ser encaminhado até agosto, e deve ser devolvido para sanção até 15 de dezembro (art. 166, § 6º e art. 57, caput, ambos do Texto Permanente c/c art. 35, § 2º, Disposições Transitórias, todos da Constituição do Brasil);
5. para não falar no proclamado “Fundo Social de Emergência”¹⁶, cujos recursos, por imposição constitucional (Emenda Constitucional de Revisão n. 01, de 1º de março de 1994; Emenda Constitucional n. 10, de 4 de março de 1996), devem ser aplicados, prioritariamente, no custeio das ações dos sistemas de saúde

o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro, e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa; II – o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro, e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa; III – o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro, e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.”

- 15 A Proposta de Orçamento para 2002, que foi entregue pelo Governo Federal ao Congresso Nacional, possui entre os pontos mais polêmicos: a intenção de tributar os inativos, manter congelada a tabela do Imposto de Renda e reajustar o salário do funcionalismo público em apenas 3,5%.
- 16 Disposições Transitórias, da Constituição do Brasil. Art. 71. É instituído, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, bem assim nos períodos de 1º de janeiro de 1996 a 30 de junho de 1997 e 1º de julho de 1997 a 31 de dezembro de 1999, o Fundo Social de Emergência, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica, cujos recursos serão aplicados prioritariamente no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, incluindo a complementação de recursos de que trata o § 3º, do art. 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (eliminação do analfabetismo e universalização do ensino fundamental – Ver Emenda Constitucional n. 14, de 12 de setembro de 1996, que aumentou o percentual aplicado para 60%) benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e despesas orçamentárias associadas a programas de relevante interesse econômico e social.

e educação (este fundo tem sido bastante criticado, sobretudo porque retira parte da receita que deveria ser repassada a Estados e Municípios. Vide composição do Fundo Social de Emergência – Disposições Transitórias, art. 72, caput, incisos e §§).

Como se pode observar, se dinheiro não houver para a saúde, não é pela falta de atenção constitucional. Lembro, aqui, que o Direito Constitucional brasileiro não é destituído de sanções para as hipóteses de descumprimento do seu Texto (a responsabilização política variará em função da educação cívica). A imperatividade existe. Por exemplo, diz o art. 85 que constitui crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal¹⁷.

Entretanto, é chegada a hora de reproduzir um acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que, de fato, transparece um certo sentimento geral no sentido de que de nada vale a Constituição registrar o direito à saúde ou à moradia mediante normas simplesmente programáticas, fantasiosas, porquanto sem previsão orçamentária. Normas Constitucionais meramente programáticas – *ad exemplum*, o direito à saúde – protegem um interesse geral, todavia, não conferem aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação – pela via do *mandamus* – eis que, não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o múnus de completá-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, ‘ou não dispõem de eficácia plena’, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. **Na regra jurídico-constitucional que dispõe ‘todos têm direito e o Estado o dever’ – dever de saúde – como afiançam os constitucionalistas, ‘na realidade todos não têm o direito**, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em *vinculum juris*

17 No Direito Constitucional, não apenas existem, ou devem existir, sanções. Mais: ao lado daquelas comuns a outros ramos (pena, reparação civil), há outra categoria tanto mais importante quanto maior for a educação cívica de um povo: a da responsabilização política.

O Código Civil brasileiro dispõe sobre as condições impossíveis em duas de suas normas: os arts. 116 e 1.091. É o que dizem: “Art. 116. As condições fisicamente impossíveis, bem como as de não fazer coisa impossível, tem-se por inexistentes. As juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados.” [...] “Art. 1.091. A impossibilidade da prestação não invalida o contrato, sendo relativa, ou cessando antes de realizada a condição.” O *novo Código Civil dispõe que*: Art. 123. Invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados: I – as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas; II – as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita; III – as condições incompreensíveis ou contraditórias. Art. 124. Têm-se por inexistentes as condições impossíveis, quando resolutivas, e as de não fazer coisa impossível.

gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes. No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 6564, 1995, Rio Grande do Sul, 1ª Turma, DJ 17.06.96, p. 21448. Relator Ministro DEMÓCRITO REINALDO. Unânime). (Grifo nosso)

Em sentido contrário, registro o atual entedimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, em relação ao art. 196 da CF/88:

Origem: STF – Supremo Tribunal Federal Classe: RE-AgR – AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Processo: 393175 UF: RS – RIO GRANDE DO SUL Rel. Min. CELSO DE MELLO decisão unânime DJ 02-02-2007

E M E N T A: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

– O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

– O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob

pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

– O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.

– O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Parece-me que o primeiro acórdão cometeu a *felicidade* de esclarecer o senso comum sobre as normas chamadas de meramente programáticas. Registrou que a Constituição não disse o que efetivamente falou. Repita-se o trecho do acórdão publicado: “Na regra jurídico-constitucional que dispõe ‘todos têm direito e o Estado o dever’ – dever de saúde – como afixam os constitucionalistas, ‘na realidade todos não têm direito [...]’”.

Na verdade, em uma análise mais objetiva, a impressão é de que se pretende interpretar a Constituição conforme a lei (inexistente). E pior. Qualquer sutil alteração contrária ao predicamento constitucional seria inconstitucional. Logo, ficar-se-ia à espera da inconstitucionalidade. Aqui, contudo, deve ser também mencionada a Emenda Constitucional n. 29, de setembro de 2000, que tratou de assegurar recursos mínimos para o

financiamento das ações e serviços públicos de saúde; o que, de alguma maneira, tem melhorado o estado ainda crítico de carência.

2.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA

A crença de que o legislador (a constituição) pode, através de antecipação espiritual, conformar a evolução da sociedade e formular os fins que devem pautar esta evolução, assenta num 'optimismo voluntarista', idealisticamente associológico e acientífico. (CANOTILHO, 1982, p. 457)

Com o objetivo de situar o princípio da segurança jurídica dentro da discussão da hierarquia entre os princípios e entre os princípios e as normas, considero importante uma análise geral sobre esse assunto. Desde já, são apresentados problemas como:

- a) existe hierarquia entre os princípios jurídicos entre si?
- b) existe hierarquia entre os princípios e as regras constitucionais?
- c) é possível se falar em norma constitucional inconstitucional no Brasil?
- d) as cláusulas pétreas, ou de imodificabilidade, são hierarquicamente superiores àquelas outras, que também foram dispostas, na Constituição, pelo constituinte originário?
- e) as normas dos tratados internacionais são superiores hierarquicamente às normas constitucionais?
- f) a Constituição do Brasil fixou alguma exceção ao princípio da supremacia das suas normas?

Como se vê, são questões polêmicas que já mereceram abordagens diversas por inúmeros juristas. Após a leitura e a pesquisa que fiz, cheguei a algumas conclusões, que, efetivamente, não pretendem ser definitivas, mas apenas chamar a atenção para assuntos que, no Brasil, têm assumido relevo.

Reconheço que os princípios e as regras são normas constitucionais. Também reconheço que, embora com caráter prescritivo, os princípios presentes na Constituição não contêm uma mensagem de "tudo ou nada", pois detêm um grau de abertura a ponderações bem maior do que as regras, permitindo, assim, uma possibilidade de harmonização maior com outros princípios. Além do mais, quando ocorre uma contradição entre

princípios, um não revoga o outro, mas apenas aquele considerado mais importante, no caso concreto, afasta o seu rival, que permanece valendo, e sendo aplicado em situações que reconheça a sua utilidade.

Imagine um preso que escape à prisão e faça um investimento rentável. Mesmo sendo reconduzido ao cárcere, reterá, em sua propriedade, os lucros obtidos. Assim, se, por um lado lhe era negada a liberdade, por outro, não lhe podia ser negado o direito de propriedade sobre os rendimentos que conquistou mediante uma atividade lícita.

O mesmo autor, do qual retiro este exemplo, oferece mais dois, a saber: aquisição de servidão predial pelo transcurso, no tempo, de passagem indevida através de um imóvel; direito à permanência em um emprego, onde são oferecidas melhores condições, em que pese o ter adquirido em pleno período de vigência de um contrato anterior, que, por sua causa, foi descumprido. (DWORKIN, 1987, p. 24)

Sobre o assunto, diz J. J. Gomes Canotilho (1982), em seu *Direito Constitucional*, que a lógica com que se deve raciocinar princípios não é a do “*tudo ou nada*”, mais valendo pensá-los segundo a sua dimensão e peso, de acordo com as circunstâncias do caso. É o constitucionalista:

Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma ‘lógica do tudo ou nada’, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu ‘peso’ e as circunstância do caso. Assim, por exemplo, se o princípio democrático obtém concretização através do princípio maioritário, isso não significa desprezo da proteção das minorias (cfr., p. ex., art. 117º sobre o estatuto de oposição); se o princípio democrático, na sua dimensão económica, exige intervenção conformadora do Estado através de expropriações¹⁸ e nacionalizações, isso não significa que se posterguem os requisitos de segurança inerentes ao princípio do Estado de direito (princípio da legalidade, princípio de justa indemnização, princí-

18 Constituição do Brasil. “Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas, e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo Único. Todo e qualquer bem de valor económico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.”

pio de acesso aos tribunais para discutir a medida de intervenção, etc.). (CANOTILHO, 1982, p. 196).

Enfim, um princípio poderá excepcionar, no caso concreto, um outro sem que isso conduza à exclusão do excepto do sistema que o contempla. Isto porque os princípios são susceptíveis de soluções harmonizatórias. Em verdade, a dimensão de um princípio termina por ser aquela que lhe é dada pelo juiz ou tribunal que o declara. E é evidente que estes (juiz / tribunal) sofrem as influências do meio em que se encontram e das suas condições de origem, tal como foi defendido anteriormente.

É esta mesma leitura que faço de Konrad Hesse, quando o mesmo se refere ao fato de que a Constituição jurídica costuma sucumbir em face da Constituição real, reconhecendo que a mudança dos fatos pode provocar alterações, mediante o limite das possibilidades normativas, na interpretação da Constituição.

Para permitir ao leitor o julgamento, transcrevo o autor indicado, que, entre outros títulos, foi Presidente da Corte Constitucional alemã, e, pragmaticamente, reconhece que, mesmo nas questões fundamentais, a Constituição real faz sucumbir a Constituição jurídica; pois a realidade normalmente submete a normatividade.

Nas palavras de Konrad Hesse:

É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana, quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática. [...] a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica. [...]

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – e deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. [...] Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. (HESSE, 1991, p. 10-11 e 23).

Em suma: os princípios são prescritivos, mas permitem ao Judiciário harmonizá-los dispondo de uma margem mais elástica do que nas regras. Os princípios não permitem opções livres, e, nas suas concretizações, deixam concluir pela natureza ideológica dos Judiciários que os interpreta. Dá-se uma lógica de preferência e de preterição. Eles detêm uma função positiva, influenciando nas decisões judiciais, e uma função negativa, excluindo valores contrapostos.

Também os princípios fornecem elementos a propiciar a condução das interpretações das regras. São como círculos concêntricos – regra e princípio – estando os princípios no círculo exterior, dando, assim, limites para as possibilidades interpretativas das regras.

Portanto, dentro de um espaço mais restrito, as regras, quando contraditórias, não se harmonizam. Participam da *lógica do tudo ou nada*.

Para que duas regras entrem em conflito, faz-se necessário:

- a) contradição entre ambas;
- b) que emanem de autoridades competentes dentro de um mesmo âmbito normativo;
- c) que o cumprimento de uma importe no descumprimento da outra.¹⁹

Ocorrendo este tipo de situação cabe se socorrer da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (Decreto Lei n. 4.657/04, de setembro de 1942) que, em seu art. 2º, § 1º, diz: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” (Grifo nosso).

E, em seu § 2º, do mesmo artigo: A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. (Grifo nosso).

Se uma lei estabelece disposições especiais que excepcionam as condições já existentes, não revoga a lei anterior; pois não há incompatibilidade, mas complementariedade.

Logo, não são regras contraditórias, no exato sentido da nossa Lei de Introdução, as afirmações que se seguem:

- a) “é proibido pisar na grama”;
- b) “é permitido pisar na grama nos dias de domingo”;

19 Ver Enciclopédia Saraiva do Direito. Verbete antinomia. Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

Ambas as regras são válidas e se complementam em sentido. É como se estivesse dito: “É proibido pisar na grama, salvo nos dias de domingo.” São normas de possível convivência. A norma contida na letra “a” firma a regra geral, enquanto a norma da letra “b” estabelece uma disposição especial que complementa o mandamento normativo. Bem diferente seria:

- a) “é permitido pisar na grama”;
- b) “é proibido pisar na grama”.

Estas normas são contraditórias. Sobre o mesmo assunto, Hans Kelsen parece esclarecedor. Veja os exemplos que ele apresenta:

- a) o homicídio é um crime. No entanto, em situação de legítima defesa, não será;
- b) o tráfico de bebidas alcoólicas também é um crime. No entanto, mediante a permissão da autoridade competente, não será;
- c) o furto é proibido por lei, sob pena de prisão. No entanto, se não for cumprido o princípio do devido processo legal, será ilegítima a imposição da pena²⁰.

Como se vê, também existem critérios para tentar harmonizar as regras jurídicas, ocorre que, acaso se manifeste a contradição, não há como resolver o conflito a não ser pela revogação.

Conclui-se, então, que o princípio, pelo seu âmbito mais geral, é mais afeito a harmonizações; e as regras, pelo seu caráter mais particular, tendem a uma lógica do tudo ou nada, embora sejam possíveis critérios de harmonização.

Cabe, então, discutir se existe hierarquia entre as regras e os princípios constitucionais, dado que as regras têm uma interpretação conduzida pelos princípios.

Particularmente, entendo que, se existir hierarquia entre regras e princípios constitucionais, forçoso faz-se reconhecer que, mesmo entre aqueles (regras e princípios) dispostos pelo Poder Constituinte originário, seria possível falar em normas constitucionais inconstitucionais. Se a regra é hierarquicamente menor do que o princípio, e, a despeito da generalidade do mesmo, não for possível a compatibilização, a conclusão não

20 Para Hans Kelsen, (1984, p. 88-91) regra jurídica é a proposição descritiva, própria, portanto, à Ciência do Direito.

poderia ser outra senão a de que a regra seria inconstitucional. Haveria uma regra constitucional inconstitucional.

Reconheço que esta seria uma hipótese difícil (admitindo que se esteja convencido da possibilidade desta perspectiva). Primeiro, em função do arco de generalidade do princípio. Depois, porque, se foi o mesmo Poder que editou a Constituição, razoável será pensar que ele não entrou em contradições.

No caso brasileiro, no entanto, esta segunda objeção seria um tanto frágil, dado que a nossa Constituição passou por uma prolongada negociação²¹. Além do mais, o corpo constituinte teve uma composição bastante heterogênea. No momento em que a Assembleia Nacional Constituinte se instalou, não havia consenso sobre os objetivos que seriam prioritários, levando, quase sempre, cada Constituinte para as Comissões as suas próprias ideias. Assim, adveio um amontoado de propostas, dificultando a harmonia das normas constitucionais, embora houvesse um grande esforço na tentativa de sistematização²². Além do que, a Constituição brasileira é extremamente detalhista.

Contudo, não me perfilho entre aqueles que admitem a prevalência de princípios sobre regras constitucionais – ambas provenientes do Poder Constituinte originário²³, retirando daí a consequência da inconstitucionalidade das regras incompatíveis.

21 A Constituição atual do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988. A Emenda que determinou a instalação, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, da Assembleia Nacional Constituinte, foi a de n. 16, publicada no diário Oficial de 28 de novembro de 1985. Diz o art. 2º, da Emenda Constitucional n. 16: “Art. 2º. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.”

22 Pessoalmente, trabalhei como assessor do Relator da Comissão de Sistematização da Constituição do Estado de Pernambuco. Verifiquei, aí, que, por vezes, eram aprovadas propostas contraditórias, e o Relator terminava por escolher uma em desproveito da outra. Ocorreram casos de, no dia seguinte à publicação, no órgão oficial, do Texto provisório (pois ainda passaria por novas votações), sair manchete, em jornal de larga circulação, dizendo que estavam sendo suprimidas emendas aprovadas. A este tipo de acusação, o Relator respondia que era Relator e não apenas Redator do Projeto Constitucional.

23 Diz Michel Temer, (1990, p. 35-36) “ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE: ORIGINÁRIO E DERIVADO. [...] Tratemos do poder constituinte originário. [...] Como todo movimento inaugural, não há limitações à sua atividade. [...] Diante destas razões é que a doutrina caracteriza o poder constituinte originário como: inicial, autônomo e incondicionado. Não há dúvidas, também, que o constituinte está limitado pelas forças materiais que o levaram à manifestação inauguradora do Estado. Fatores ideológicos, econômicos, o pensamento dominante da comunidade, enfim, é que acabam por determinar a atuação do constituinte.”

O tribunal que nesse sentido se manifestar estará se investindo de uma autoridade que não me parece ter²⁴. Se isso prevalecesse, haveria uma tremenda insegurança, haja vista as palavras de Konrad Hesse há pouco transcritas, nas quais reconhece a possibilidade da negação da Constituição jurídica, que sucumbe frente à Constituição real. (HESSE, 1991, p. 11)

Essa matéria, de cunho inegavelmente polêmico, já mereceu o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, que não admitiu a tese de hierarquia entre normas constitucionais. Ora, entre as normas, estão as regras e os princípios, de tal ordem que tenho como relevante o acórdão que apresentarei a seguir, que teve como relator o Ministro Moreira Alves.

No acórdão unânime, do mais alto Tribunal do Brasil, ficou expressamente rechaçada a tese da sindicabilidade judicial do Poder Constituinte originário, não cabendo ao Judiciário, em nome de princípios de direito suprapositivo, afirmar a inconstitucionalidade das normas dispostas pelo **Poder Constituinte originário**.

Também neste acórdão, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que as cláusulas pétreas não devem ser consideradas como normas constitucionais superiores, pois isto pressuporia normas constitucionais inferiores. Disse que as cláusulas de imodificabilidade são apenas limites ao Poder de Reforma, o que não lhes atribui autoridade hierárquica frente às demais.

Neste assunto, verifico haver consenso entre o que penso e o que a mais alta corte brasileira tem decidido, pois não se reconhece o poder de ser fiscal do constituinte originário. Em seguida, o resumo da decisão:

Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º, do art. 45, da Constituição Federal²⁵. A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais

24 “O Tribunal Constitucional alemão, ao admitir uma ordem de valores vinculativamente modeladora da constituição, considerou-se igualmente competente para ‘medir’ valorativamente a própria constituição. O Tribunal Constitucional teria um papel de ‘guia’ na defesa da ordem de valores constitucionais.” (CANOTILHO, 1982, p. 240)

25 Constituição do Brasil. “Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. § 1º. O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados. § 2º. Cada Território elegerá quatro Deputados.”

originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de uma em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna, ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (art. 102, ‘caput’), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio haveria incluído no texto da mesma Constituição. Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores, em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado, ao rever ou emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcar normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação a outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815/Distrito Federal, DJ 10.05.1996, p. 15.131, Ementário Volume 1827-02, p. 312, Julgamento pelo Tribunal Pleno em 28.03.1996, Relator Ministro MOREIRA ALVES. Unânime).

Quero crer que a clareza com que o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, enfrentou esse assunto tão controverso, faz com que eu possa muito pouco acrescentar. Digo, apenas, que vejo consagrado, na mais elevada jurisprudência brasileira, o princípio da unidade da Constituição. Uma unidade hierárquico-normativa, pois todas as normas contidas no texto da Constituição nacional têm o mesmo nível, desde que tenham sido fixadas pelo Poder Constituinte originário. Tal afirmação é, particularmente, importante no Brasil, dada a extensão do nosso Texto e o caráter heterogêneo que teve o corpo constituinte.

Ver também o art. 4º, § 2º, das Disposições Transitórias: “Art. 4º. O mandato do atual Presidente da República terminará em 15 de março de 1990. [...] § 2º. É assegurada a irredutibilidade da atual **representação** dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados [...]”. (Grifo nosso) Atualmente, a Lei Complementar n. 78, de 30 de dezembro de 1993, dispõe, em seu art. 1º: “Art. 1º. Proporcional à população dos Estados e do Distrito Federal, o número de Deputados Federais não ultrapassará 513 (quinhentos e treze) representantes, fornecida, pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano anterior às eleições, a atualização estatística demográfica das unidades da Federação. Parágrafo Único. Feitos os cálculos da representação dos Estados e do Distrito Federal, o Tribunal Superior Eleitoral fornecerá aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos partidos políticos o número de vagas a serem disputadas.”

Assim, passa-se, ao menos, a ter a segurança de que não há como modificar o que foi feito, senão pela própria via de reforma, que foi prevista (art. 60, do Texto Permanente – Emenda à Constituição e art. 3º, das Disposições Transitórias – Revisão Constitucional)²⁶.

No entanto, entendeu o Supremo Tribunal Federal pela existência da possibilidade de norma constitucional inconstitucional, mas em situação diversa do que foi até aqui apresentado.

Esta circunstância só ocorreria quando o Poder Reformador não respeitasse os limites que lhe foram impostos pelo Poder Constituinte originário.

Foi o que, na visão do Supremo Tribunal Federal, ocorreu quando da edição de uma Emenda Constitucional que tratava, entre outros assuntos, de um imposto que deveria ser cobrado de Estados e Municípios (violação da norma da imunidade recíproca)²⁷, e que também não precisava observar o chamado princípio da anterioridade, segundo o qual é vedado às pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Trata-se do apelidado IPMF, consagrado na Emenda Constitucional n. 03, de 17 de março de 1993, que, em seu art. 2º, previa:

Art. 2º. A União poderá instituir, nos termos de lei complementar²⁸, com vigência até 31 de dezembro de 1994, **imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos de natureza financeira**. § 1º. A alíquota do imposto de que trata este artigo não excederá a vinte e cinco centésimos por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei. **§ 2º. Ao imposto de que trata este artigo não se aplica o princípio da anterioridade**.

26 O art. 60, do Texto Permanente já foi transcrito anteriormente. Diz o art. 3º, das Disposições Transitórias: “Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

27 Disse o STF: “Ainda, por maioria, declarava a inconstitucionalidade, sem redução de textos, dos arts 3º, 4º e 8º, do mesmo diploma (LC n. 77/93), por haverem deixado de excluir, da incidência do IPMF, as pessoas jurídicas de direito público e as demais entidades ou empresas referidas nas alíneas “a”, “b”, “c”, e “d”, do inciso VI, do art. 150, da Constituição Federal.

28 Foi a Lei Complementar n. 77/93, que foi, por maioria, declarada inconstitucional na parte que permitiu a cobrança do tributo no ano de 1993.

ridade (art. 150, III, “b”) e o da imunidade dos impostos (art. 150, VI), nem o disposto na limitação do imposto quanto às operações financeiras sobre o ouro (§ 5º, art. 153). (Grifo nosso)

Pois bem, pela primeira vez na história jurídico-constitucional do Brasil, foram normas constitucionais havidas como inconstitucionais. Note-se que o Supremo não afirmou que o Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras fosse inconstitucional integralmente, mas apenas que se violava o princípio da imunidade recíproca e o da anterioridade tributária, porquanto estes estariam suportados na cláusula pétreia da forma federativa de Estado e nos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, incs. I e IV).

Atualmente, já ultrapassada a data limítrofe do imposto provisório (31/12/1994), fez-se surgir, em substituição, a Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras, a chamada CPMF (Emendas Constitucionais 12, de 15/08/1996; 21, de 18/03/1999 e 31, de 14/12/00²⁹), que sofreu acréscimo de alíquota no pacote denominado de “estabilização econômica”, e também em face da incorporação de parte da sua receita ao Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

A CPMF foi extinta em 31/12/2007, pois a proposta de emenda constitucional (PEC) da prorrogação do tributo foi rejeitada, no Senado Federal, por 34 votos contra e 45 votos a favor. Em face do caráter histórico destas decisões, registro:

1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 926-3, Distrito Federal, Relator Min. Sydney Sanches, Requerentes: o Governador do Estado do Paraná, o Governador do Estado de Santa Catarina, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, o Governador do Estado de Tocantins e o Governador do Estado de Mato Grosso. Requerido: o Presidente da República e o Congresso Nacional. Data do julgamento da liminar deferida: 1993. Data da publicação da liminar: 1994. No mérito, a ação foi havida por prejudicada (Plenário em 02.03.94, Acórdão DJ 29.04.94. Republicado o Acórdão no DJ 06.05.94). Data do julgamento do mérito: 1994. Data da publicação do mérito: 1994.

29 Sobre a Emenda Constitucional n. 21, de 18 de março de 1999, também houve declaração de inconstitucionalidade sobre o § 3º, do art. 75, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias por conta de a Câmara dos Deputados haver mudado o texto votado pelo Senado Federal, suprimindo, sem retorno para nova votação, a previsão de que o último ano de exação deveria servir para pagar os títulos públicos emitidos para custear a despesa prevista e não realizada em 1999.

2 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7, Distrito Federal, Relator Min. Sydney Sanches, Requerente: a Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC. Requerido: o Presidente da República e o Congresso Nacional. Data do julgamento da liminar deferida: 1993. Data da publicação da liminar: 1993. Resultado do mérito: procedente em parte (Plenário em 15/12/93, Acórdão no DJ 18/03/94).

Feitas essas referências que posicionam o Supremo Tribunal Federal em torno do assunto, e com as quais estou de pleno acordo, cabe fazer um parcial resumo conclusivo:

1. Não é cabível cogitar de hierarquia entre regras e princípios constitucionais firmados pelo Poder Constituinte originário, nem mesmo em relação às cláusulas pétreas.
2. Apenas é cabível falar em normas constitucionais inconstitucionais diante da desobediência do Poder de Reforma aos limites que lhe foram fixados pelo Poder Constituinte originário³⁰.

Agora, por uma questão de curiosidade intelectual, e em face da importância e da atualidade do tema, resta saber se as normas de um Tratado Internacional podem ser consideradas superiores às normas constitucionais. Mais uma vez, um assunto muito polêmico, e cuja resolução, embora abaixo de jurisprudência aparentemente pacificada, não se pode dizer que houve um ponto final ³¹.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, atualmente, ainda equipara as normas do tratado às leis infraconstitucionais do ordenamento jurídico

30 O art. 195, § 9º, da atual Constituição brasileira, inserido pela Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98 (Reforma Previdenciária), vem sendo criticado como incompatível com o art. 150, inc. II, do Texto Constitucional. São ambas as redações: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos [...] Art. 195. [...] § 9º. As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra.” A respeito disso, insisto em dizer que, para falar em isonomia, é preciso considerar direitos e deveres (regime jurídico), não sendo aceitável a isonomia apenas em relação aos direitos. Logo, a isonomia implica em considerar todas as circunstâncias, entre elas a da capacidade contributiva.

31 Destaco Paulo Otero (1990). A conclusão é pela afirmativa.

doméstico, admitindo, apenas, que prevaleçam sobre a legislação subconstitucional pelo critério cronológico ou da especialidade. Eis a posição do mais elevado tribunal do Brasil, que diz:

Tratados e convenções internacionais – tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) – guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico – não em virtude de uma existente primazia hierárquica, mas, sempre em face da aplicação do critério cronológico (lex posterior derogat priori), ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. Extradicação n. 662. DJ 30.05.1997, p. 23.176. Ementário vol. 1871-01, p. 15. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento em 28.11.1996, pelo Tribunal Pleno.

Note-se que isso tem sido dito mesmo diante do que prevê o § 2º, do art. 5º, da Constituição do Brasil, a saber: “Art. 5º. [...] § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, **ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.**” (Grifo nosso)

Destaque-se que a Emenda Consitucional n. 45/2004 acresceu ao art. 5º o § 3º, que trata da equivalência dos tratados sobre direitos humanos às emendas constitucionais, desde que aprovados pelo *quorum* qualificado de três quintos, com o seguinte teor: “Art. 5º [...] § 3º – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A conclusão disso é a de que, a despeito da inclusão da referência aos princípios adotados por atos internacionais de que o Brasil seja signatário (o que não havia sido previsto na Constituição anterior), não se inovou muito, porquanto os atos internacionais devam respeitar às normas

consignadas na Carta Constitucional, tais como o art. 49, inc. I e o art. 84, inc. VIII, que lidam com o procedimento de incorporação.³²

A última questão que me propus desenvolver neste capítulo foi aquela que indaga se a atual Constituição do Brasil estabeleceu alguma exceção ao princípio da supremacia das suas normas. Note-se que, historicamente, tal como já foi citado, houve um período em que a nossa Constituição (Constituição de março de 1824) estabelecia que só era constitucional o que dizia respeito aos limites e atribuições dos Poderes Políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Era o art. 178, que declarava:

Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direito Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.

Será que, atualmente, no Brasil, há algo deste gênero? Peço que se atente ao dispositivo constitucional que reproduzirei a seguir. É o art. 155, § 2º, inc. II, cujo texto decorreu do Poder Constituinte originário, embora tenha a sua apresentação sofrido uma alteração que em nada mudou o seu conteúdo.³³ Diz o artigo:

§ 2º O imposto previsto no inciso II (operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior), atenderá ao seguinte: [...] II – a isenção ou não incidência, **salvo determinação em contrário da legislação**: a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes; b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;” (Grifo nosso)

Ora, é a própria Constituição que, ao tratar de um dos principais tributos nacionais, afirma e reafirma (porque já houve emenda. A Emenda

32 Constituição do Brasil. “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;” e “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”.

33 A Emenda Constitucional n. 03, de 17 de março de 1993, mudou a redação do *caput*, do § 2º. De “O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte” para “O imposto previsto no inciso II, atenderá ao seguinte”. Portanto, não houve nenhuma mudança de conteúdo.

Constitucional n. 03, de março de 1993): **salvo determinação em contrário da legislação.**

Evidentemente que se pode afirmar que o Constituinte originário não quis, ou não pôde, dispor definitivamente sobre esse problema, que envolve elevadíssimos valores.

No entanto, uma coisa parece certa: a própria norma constitucional estatuí sobre a possibilidade de a legislação que lhe seria subalterna vir a contrariar a sua regra, e sem que viesse a configurar uma afronta à Constituição.

2.4. DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

Induvidosamente a teoria da interpretação depende do flutuar ou suceder-se das ideologias. Quando se estuda a interpretação no plano simplesmente científico, o que se tem, na verdade, é um trabalho incompleto, que só é capaz de fornecer alguns significados possíveis da norma interpretada. [...]

Parece-nos que não há um método literal, nem um sistemático, ou um outro teleológico. Dizer-se que a norma pode ser interpretada por um método, ou um processo literal, implica dizer que o simples exame da fórmula verbal, a simples verificação do significado etimológico das palavras, é suficiente para esclarecer o sentido e o alcance da norma. E, tal como se sabe, não é verdade. Também não se pode conhecer a norma utilizando somente o método teleológico, ou o sistemático, ou qualquer outro dos referidos pelos doutrinadores. [...] Assim, o conhecimento das normas jurídicas deve ser buscado mediante um processo interpretativo integrado, no qual se tenha em conta os elementos literal, histórico, teleológico e sistemático. (MACHADO, 1989, p. 26 e 39)

Aqui, rememoro que qualquer atividade de interpretação haverá de ter o seu princípio no Texto Constitucional em vigor; ou seja, entre as etapas da interpretação³⁴, a primeira é a de verificar a adaptabilidade do caso às normas constitucionais (princípios e regras).

Assim, mesmo as regras constitucionais, e não apenas os princípios, têm o papel de causa à interpretação.

34 Entendo que são quatro as etapas, a saber: literal, histórica, sistemática e finalística.

Há, portanto, um caráter dirigente em toda norma constitucional. A Constituição funcionaria como um núcleo dirigente do direito. No Brasil, este núcleo dirigente estatuiu, de um modo taxativo, os seus objetivos fundamentais. É o que está no art. 3º, que determina:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesta relação exemplificativa, encontro uma primeira vinculação para o intérprete e para o legislador. Assim, quando da confecção das leis orçamentárias, é preciso justificar as opções que forem feitas de acordo com estes objetivos; ao se conceder ou renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, diga-se o mesmo³⁵, etc.

Não cabe isolar a Constituição no mundo lógico. Ela não deve ser vista de maneira estática e precisa adaptar-se às necessidades da vida social. Quando se diz que uma norma constitucional é um mero aconselhamento, normalmente, aí se esconde uma reação às suas conquistas. Mesmo que elas sejam tímidas, é possível dar um pequeno amparo às tendências dominantes porque estas foram aptas a inseri-las no Texto.

O direito é feito para o presente e para o futuro, e não como um culto ao passado imutável. Não cabe aos mortos o governo dos vivos.

Um elemento importante para demonstrar que a interpretação das normas constitucionais opera-se pelo contexto é que, após um clima de arbítrio, quando ressurge a democracia, o alinhamento ao autoritarismo começa a ser superado. O Estado Nacional Socialista acolhia o princípio da legalidade, mas a sua prática não tinha inspiração em um Estado de Direito. (XAVIER, 1978, p. 6)

35 Constituição do Brasil. “Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal.[...] § 2º. A não renovação da concessão ou permissão dependerá de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. [...] § 4º. O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial. § 5º. O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.”

Para evitar interpretações em *zigue-zague* faz-se necessário que se reflita sobre os princípios, especialmente o Poder Judiciário, sob cuja responsabilidade está a construção de uma jurisprudência mais atenciosa com a necessidade de *efetividade constitucional*³⁶. Não basta a leitura (ou referência) de trechos esparsos, pois é necessário considerar todo o ordenamento jurídico. E o ponto de partida é o inteiro teor do corpo constitucional, de forma a propiciar o desvelamento não apenas dos princípios expressos, mas também dos implícitos.

Tal como o braço é ineficaz sem o corpo, não cabe se falar em norma singular sem que faça uma redução compatível com a Lei Maior. Só mediante esta operação de retorno é que se vai encontrar os aspectos funcionais da norma subconstitucional em um conjunto, o mais possível, harmonioso.

Só haverá harmonia e coerência se o sistema repousar em princípios efetivos. No mais, haverá perigoso *zigue-zague* e perda de objetividade. Então, não se deve concluir que o conteúdo de um princípio não possa variar em um determinado tempo e espaço. Pode. Daí, a importante missão do Poder Judiciário de adaptá-lo à realidade e aos seus conflitos.

Enfim, a partir do próximo capítulo, passarei a tratar do princípio da segurança jurídica, cabendo, desde agora, lembrar o que disse Marcelo Caetano sobre a “*segurança como fim do Estado*”.

Em síntese, defendeu que a primeira necessidade do homem, e que o levou à instituição de um poder político, foi, exatamente, a segurança. Considerou-se preciso organizar a força coletiva contra a predominância da força individual, que, mais facilmente, descambaria para a violência. Assim, estando com o Estado o monopólio dos meios de ação coercitiva, haveria alguma certeza sobre a efetividade do cerceamento da força individual, reduzindo-se a vingança privada e coisas do gênero. Reproduzo Marcelo Caetano, ao bem da fidelidade de seu raciocínio:

§ 2º. Fins e Funções do Estado. [...] 100. A Segurança como fim do Estado – Colocamos a segurança em primeiro lugar ao enumerar os fins da sociedade política porque parece certo ter sido essa a primeira necessidade que levou

36 Utilizo o termo “efetividade” não no sentido de mera possibilidade de aplicação da norma, mas como uma necessidade de concreção mediante o cumprimento consciente.

os homens a instituir um poder político. O primeiro interesse do homem no mundo é viver. Para viver, os homens precisaram de se amparar contra os perigos da Natureza, contra as cobiças dos outros homens, contra a violência dos mais fortes. [...] Deste modo, em lugar do império da força individual, desigual de homem para homem e que estabelece diferenças arbitrárias que a cada passo conduziriam à exploração, ao morticínio, ao rapto e à escravidão, o poder político institui uma força coletiva organizada que é posta ao serviço de interesses gerais e de princípios socialmente aceites. A força desregrada era a violência: a força organizada tende a converter-se em coação jurídica. Quanto mais a sociedade política se aperfeiçoa, mais vão sendo cerceadas as possibilidades do emprego da força por parte dos indivíduos ou de grupos primários para resolução de conflitos de interesses (vingança privada, guerras privadas), porque o poder político visa monopolizar os meios de ação coercitiva e chamar a si a arbitragem de todos os conflitos e o emprego regular de toda a coação material. [...] A segurança não é só a organização da força posta ao serviço de interesses vitais: é também, por um lado, a garantia da estabilidade dos bens e, por outro, a da duração das normas e da irrevogabilidade das decisões do Poder que importem justos interesses a respeitar, quer dizer, a certeza. (CAETANO, 1977, p. 181-183)

CAPÍTULO 3

O PODER DA LEI

3.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)

Igualmente perigosa para a força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental de eficácia da Constituição. [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (HESSE, 1991, p. 22 e 23)

Confiança. Ao meu ver, esta é a palavra chave neste assunto. A confiança decorre de atitudes passadas e produz a previsibilidade das atitudes futuras. Há, portanto, um antes e um depois.

O princípio da segurança jurídica deve acarretar a estabilidade das decisões estatais e a eficácia dos fatos

jurídicos verificados³⁷. Logo, após tomada a decisão (judicial ou administrativa), ou ocorrido o fato de que provêm certos efeitos jurídicos, é preciso confiar em que os efeitos indicados vão se produzir.

Por outro lado, se isso efetivamente se verifica em uma sequência significativa de casos, pode-se prever que, toda vez que ocorrer um ato cujos efeitos estão firmados na norma jurídica, dá-se a forte probabilidade de que as normas venham a ser cumpridas.

Enfim, a confiança manifesta-se mesmo antes de o ato haver sido praticado, pois já confirmado que, após a sua prática, os devidos efeitos ocorrerão. Há uma previsibilidade. Em outras palavras, estão sendo cumpridas as regras do jogo.³⁸ Isso, sem dúvida, traz alguma tranquilida-

37 Miguel Reale, (1986, p. 96) “Em o Direito como Experiência, dedico atenção especial ao conceito de ‘fato no direito’, mostrando que ele envolve tanto aquilo que acontece, independentemente da iniciativa humana, mas que adquire significado ‘inter homines’ (o fato de alguém nascer, p. ex., sem que tenha havido o propósito de gerar), como aquilo que intencionalmente é feito e se refere ‘ad alios’. Fato é, por conseguinte, uma palavra que corresponde tanto ao participio passado ‘factum’, de fieri (acontecer), como de facere (fazer).”

38 Ver Norberto Bobbio (1986): *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Saliento, então: “*Supremo adia julgamento de dívida de jogo contraída em cassino norte-americano*. Por maioria de votos, os ministros do mais alto tribunal brasileiro estavam acompanhando o voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence (*houve pedido de vistas do Ministro MARCO AURÉLIO*), negando o pedido do Hotel Cassino Trump Taj Mahal, de Atlantic City, que pedia a homologação da execução de sentença do Tribunal de New Jersey, condenando um brasileiro a quitar a sua dívida, argumentando o advogado do Cassino americano com o princípio da territorialidade, que obrigaria o devedor a pagar a dívida contraída no país em que o jogo é aceito, e sublinhando que o brasileiro haveria recebido uma linha de crédito do Cassino para realizar os seus jogos; e, ao perder o dinheiro, haveria procurado se esconder na legislação brasileira, deixando de pagar a dívida. Contudo, prevaleceu, jurisprudencialmente, o entendimento de que não se poderia obrigar o devedor a pagar as dívidas contraídas em jogo. Afinal, a aplicação do direito estrangeiro não poderia ser concedida, pois envolveria fiança de dívida de jogo, o que é considerado, no Brasil, uma ofensa à ordem pública e aos bons costumes; b) as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, então Presidente deste Egrégio Tribunal, Carlos Velloso, fazendo referência ao próprio Norberto Bobbio: “NORBERTO BOBBIO, um dos mais notáveis pensadores contemporâneos, sustenta, ensina e enfatiza que vivemos na era dos direitos. Não somente a era dos direitos declarados, mas também a era dos direitos garantidos. As primeiras declarações escreveram, registraram e proclamaram aqueles direitos que chamaríamos de primeira geração – os direitos de resistência. Neste século, o constitucionalismo social proclama os direitos de Segunda geração – os direitos sociais. E já, nos augures do século XXI, nos augures do terceiro milênio, as Constituições positivam os direitos de terceira geração. A nossa Constituição, a Constituição Democrática de 1988 é exemplar neste ponto. O exercício da cidadania compreende ter as pessoas, todos os indivíduos, garantidos os seus direitos, e esta foi a vontade do Constituinte de 87/88. Mas, conjuntamente, há uma realidade que precisa ser visualizada, encarada de frente, é que a violência existente hoje em praticamente todas as grandes cidades brasileiras, ela interfere no exercício dessa cidadania, apequena o exercício da cidadania. De sorte que o combate à violência, meus senhores, constitui mesmo exercício da cidadania. (extraído do sítio do Supremo Tribunal Federal. Data: 18/11/99. Hora: 13h30. Manchete: CARLOS VELLOSO participa de debate sobre violência na Câmara dos Deputados).

de, pois permite o exercício dos direitos sem sobressaltos, habilitando os membros daquela comunidade a planejarem as suas vidas.

Pode-se, inclusive, dizer que o amparo àquele que confia no Estado vem em benefício do próprio Estado. Afinal, é fazendo o cálculo dos riscos e proveitos que uma empresa adota as suas posições, entre elas a de se radicar, ou não, naquele local. Se a sua decisão for positiva, possivelmente, trará empregos e mais arrecadação direta (os tributos pagos pela própria empresa) e indireta (com o aumento do nível de emprego, mais pessoas ingressarão no mercado de consumo, e, com os produtos comprados, também se produzirão tributos).

De acordo com o perfil que tenho apresentado, acho que é o momento de expor uma definição sobre segurança jurídica. Nesse sentido, recollo os ensinamentos de Pontes de Miranda (1970, p. 139): “É a segurança que têm as pessoas quanto à aquisição, modificação, eficácia e extinção dos direitos, principalmente no trato com as outras pessoas.”

Portanto, não me parece que possa haver dúvida: a segurança é um direito do cidadão, e como tal deve ser tratado. Foi o que fez a Constituição quando, por exemplo, no art. 5º, *caput*, deixou disposto que garantia “aos brasileiros, e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à segurança.”

Logo, é forçoso concluir que é perfeitamente possível a retroatividade benigna, pois o fim da garantia da segurança, manifestada sob a feição da irretroatividade, é o de proteger aquele que confiou no Estado, tutelando-o com o critério da inalterabilidade.³⁹

A segurança pretende evitar a alteração prejudicial e não o contrário. A velha regra teodosiana da irretroatividade das leis tem de se ajustar ao fim perquirido.

O que se extrai de Gabba (1891, p. 182), o sistematizador da doutrina, que defende que a irretroatividade pretende impedir que a lei nova ofenda (prejudique) os direitos adquiridos sob o império da lei antecedente.

39 A Constituição da República Portuguesa, de abril de 1976, atualizada pela Revisão Constitucional de setembro de 1997, diz, no art. 18º, 3 (Força Jurídica): “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” E acrescenta, no art. 103, 3, ao tratar do Sistema Fiscal: “Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei.”

A Constituição do Brasil assimila esta posição quando determina, em seu art. 5º, inc. XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (Grifo nosso)

É, bem verdade, que, no Direito Penal, desde o início do século XVII, a teoria da retroatividade dos benefícios da lei nova mais favorável já havia sido formulada por Prospero Farinacci, conforme informa Leopoldo Braga, (1891, p. 35 e ss.) em seu *Direito Intertemporal*. (Ver art. 5º, inc. XL, da Constituição do Brasil: “XL. A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”)

A respeito disso, poder-se-ia estar pensando que o normal é, se o Estado quer mudar uma lei, fica autorizado o raciocínio de que ele queira mudar para melhor, e jamais para pior. Sobretudo, em um Estado democrático de Direito, como se autoproclama o Brasil, logo no art. 1º, da sua Constituição.

Ocorre que o melhor para uns pode não ser para outros, não cabendo a nenhum cidadão ficar sob a instabilidade das mudanças. Em um Estado de Direito, é preciso considerar as ideias de justiça e de segurança, sendo vários os instrumentos que, em última análise, buscam viabilizá-las (as garantias fundamentais; a independência e a harmonia entre os Poderes (funções), pois todo o poder emana do povo – art. 1º, Parágrafo Único, da Constituição do Brasil; o princípio da estrita legalidade em matérias que envolvam a Administração Pública; a presunção de boa-fé dos atos administrativos, etc.)

É pressuposto do Estado de Direito a noção de segurança jurídica. Nesse estágio da argumentação, veio-me à mente o aparente conflito entre a legalidade e a justiça. Aqui, em face da grave importância do assunto, pretendo deter-me mais detalhadamente. Toda vez que este tema vem à baila, lembro-me de Almiro do Couto e Silva, que, em seu artigo sobre *Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*, destacou, ao menos, dois pontos que devem ser realçados:

a) assim como a nossa face se modifica com o tempo⁴⁰, a da justiça

40 Exemplos concretos dos efeitos do tempo no direito são a DECADÊNCIA e a PRESCRIÇÃO. A primeira (*decadência*) extingue diretamente o direito subjetivo da pessoa que se encontra no polo ativo da relação jurídica. A segunda (*prescrição*) atinge diretamente a pretensão executória – ação. Ver, entre outros: o art. 146, inc. III, al. “b”, da Constituição de outubro de 1988: “Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.” Ver, também, os arts. 156, inc. V; 173 e 174, todos do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, 25.10.1966): “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: [...] V – a prescrição e a decadência [...] Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos,

- b) também não é inalterável, variando em função de circunstâncias sociais, culturais, econômicas, políticas etc. Concluindo que a segurança jurídica é a própria justiça; (mais adiante, defendo que a segurança precisa ser vista como um instrumento da justiça)
- c) a Administração Pública, em nome da tranquilidade dos administrados, não deve, após o transcurso de um certo período, tornar nulo um ato em desfavor do seu beneficiário, sob a alegação de que lhe surgiu uma luz, e resplandeceu uma nova interpretação, percebendo, a partir dali, a verdadeira justiça.

São as palavras de Almiro do Couto e Silva, distribuídas entre estes dois raciocínios:

- a) [...] No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder essa natureza. A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço – tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações na imperfeita aplicação daquela idéia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, se assim não se proceder, correr-se o risco de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça. Nisso não há nada de paradoxal. A tolerada permanência do injusto ou

contados: I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo Único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo Único. A prescrição se interrompe: I – pela citação pessoal feita ao devedor; II – pelo protesto judicial; III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; IV – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.” Redação atual do art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo único. A prescrição se interrompe: I – ~~pela citação pessoal feita ao devedor;~~ I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lc n. 118, de 2005) II – pelo protesto judicial; III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

De fato, o Direito Tributário brasileiro prevê a decadência em relação ao direito de crédito, ao direito à revisão do lançamento, ao direito à homologação da atividade do sujeito passivo e ao direito à repetição do indébito. Há, para a Administração Pública, um prazo de cinco anos para que exerça os três primeiros direitos; sendo, também de cinco anos, o prazo para que o cidadão o faça em relação à última hipótese. Fixa-se, ainda, o mesmo prazo de cinco anos para a propositura de ação de execução fiscal, e o de dois anos para a interposição da ação anulatória de decisão administrativa que denegue a restituição do indébito.

ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da ilegalidade originária. Do mesmo modo como a nossa face se modifica e se transforma com o passar dos anos, o tempo e a experiência histórica também alteram, no quadro da condição humana, a face da justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. **Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça.** [...]

b) [...] A invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranquilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos – qual Penélope, fazendo e desmanchando sua teia, para tornar a fazê-la e tornar a desmanchá-la – sob o argumento de ter a adotado uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eles eram ilegais, não podendo, portanto, como atos nulos, dar causa a qualquer consequência jurídica para os destinatários. (SILVA, 1987, p. 46-63)

Evidentemente que a questão é bastante polêmica, e, como tal, produzirá opiniões em variados sentidos. Pessoalmente, entendo que, pelo menos no Brasil, a opção pela norma escrita, proveniente dos Legislativos municipal, estadual e federal, a despeito das inúmeras críticas que recebe, é, em geral, o máximo avanço para a grande maioria não organizada. (GRAU, 1988)

De fato, não é incomum emergirem conquistas sociais, na norma escrita, que, sob o argumento, muitas vezes insincero, da ausência de imediata efetividade, vêm a ser prorrogadas para um futuro que nunca chega.

Além disso, em um sistema no qual a soberania popular, pelo menos, tem a expectativa de exercício pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (ver art. 14, da Constituição do Brasil)⁴¹, é mais otimística a possibilidade de êxito nesta escolha periódica do que naquela decorrente de uma “conta de chegada” pós-eleitoral, da qual decorrem as indicações de algumas das mais altas autoridades

41 Constituição do Brasil. “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos., nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.”

(administrativas e judiciárias), muitas vezes com acerto, mas, quase sem a possibilidade⁴² de, no erro, reverter-se a vitaliciedade.⁴³

Também é de se considerar que as atividades do Legislativo e do Executivo são mais conhecidas do público, sendo da própria espécie humana consagrar um maior apuro àquilo que se faz em público, não devendo causar surpresas o fato de as aquisições sociais encontrarem campo mais propício no que lhe é mais informal.

No entanto, tal raciocínio não nos conduz a concluir que este direito, cuja produção se dá, aparentemente, sob as luzes da comunicação, e que também deve ser publicado, seja um material menos aberto a avanços do que aquele que, de tão informal, é restrito aos que o produzem, ou aos que a ele se sujeitam porque não encontram outras alternativas (“direito das ruas”⁴⁴).

Se um grupo, uma categoria, ou mesmo se a maioria não organizada não se demonstra suficientemente forte para garantir as suas aspirações, já presentes na norma escrita, muito dificilmente, mediante meios idôneos, conseguirá obtê-las diante de uma real ausência normativa.

Sem pretender fazer o resumo de uma obra, rememoro o que disse Eugen Ehrlich, sobre o seu *Fundamentos da Sociologia do Direito*, ao comentar que o essencial, no desenvolvimento do direito, não está na lei nem na jurisprudência, mas na própria sociedade. É o que diz Eugen Ehrlich, nos seus fundamentos:

Afirma-se, com frequência, que deve ser possível resumir o sentido de um livro em uma única frase. Caso o presente escrito devesse ser submetido a

42 A Constituição do Brasil, em seu art. 95, inc. I, dispõe: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado.”

43 É dever de imparcialidade o esclarecimento de que, nos termos do art. 52, inc. I, da Constituição do Brasil, é da competência privativa do Senado Federal o processo e o julgamento do Presidente e do Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e dos Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles. E, no inc. II, estabelece-se, como da competência do Senado Federal, o processo e o julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos membros do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.

44 Esta é uma expressão que, nos anos 80, foi muito utilizada no Brasil, destacando, entre outras referências, o que ocorria nas favelas do Rio de Janeiro.

tal prova, a frase seria mais ou menos esta: também em nossa época, como em todos os tempos, o fundamental no desenvolvimento do direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do direito, mas na própria sociedade. Talvez se resuma nesta frase o sentido de todo o fundamento de uma sociologia do direito. (EHRlich, 1986)

Considero, no entanto, que o importante no desenvolvimento do Direito são todos esses elementos conjugados, detendo a sociedade a difícil tarefa de fazer aplicar as normas, principalmente as constitucionais, que têm conteúdo mais geral.

E, com mais convicção, afirmo isso para o Brasil, que tem uma Constituição ampla em artigos e em conquistas, que, muitas vezes, reduzem-se ao campo formal.

Ehrlich, utilizando uma linguagem bem-humorada, analisa a jurisprudência nas palavras de Anton Menger, dizendo ser ela “comparável a uma distante cidade, provincial, onde a moda, há muito abandonada na corte, ainda é usada como novidade”. (EHRlich, 1986, p. 9-10).

Ocorre que, como eu, imagino que o homem comum busca ver o seu direito aplicado, concretizado, revelado no seu caso, independentemente da moda. Assim, em situações menos tranquilas, apenas pode terminar por ocorrer na via judicial.

Como se pode observar, não é o enfoque da extrema relevância da norma escrita que me leva a ignorar os fatos e os valores, pois o que pretendo é que o aplicador (juiz ou autoridade administrativa) esteja um pouco menos livre para adotar qualquer solução.

A interpretação da norma tem os seus momentos, que podem variar a partir da impressão social que se tem dela. Aquele que aplica a norma estabelece prevalências de valores (REALE, 1986, p. 96), que o legislador pode ter havido como secundários ou sem relevância. Com isso, leis antigas permanecem, como é o caso do Código Civil brasileiro, que, embora modificado, ainda continua em vigor, mesmo sendo de 1916. Foi revogado pela Lei n. 11.406, de 10 de janeiro de 2002 (Novo Código Civil).

Daí a importância, em nome da segurança jurídica, de o aplicador estar munido de certas noções básicas sobre os valores, de modo a não realizar a sua tarefa de maneira puramente artesanal.

Creio que, entre os mais sistemáticos e esclarecedores juristas que trataram do assunto, encontra-se Miguel Reale⁴⁵, que diz, em sua *Teoria Tridimensional do Direito* – situação atual (REALE, 1986, p. 97) que “o fim não é senão ‘a veste racional do valor enquanto alvo da ação’”.

Por isso, utilizo as suas lições (REALE, 1986, p. 95), nas quais apresenta o entendimento de que o direito precisa ser realizável de acordo com o contexto, destacando que, ao se pensar em um valor, automaticamente, imagina-se o seu contrário (polaridade).

Logo, ao se tratar do valor “segurança”, imediatamente deve-se pensar nas consequências funestas do seu contrário: a insegurança.

Disse o jusfilósofo que o trabalho com o direito não pode prescindir de algumas características básicas de meditação, pois a norma jurídica deve poder ser realizável, ao mesmo tempo em que esta realizabilidade é inexaurível, enquanto esforço de concretude integral. Com a palavra, Miguel Reale:

O dever-ser do Direito se acha necessariamente vinculado à ação, segundo a antiga lição de Jhering, que não compreendida Direito sem realizabilidade. Entendendo o dever-ser em sua projeção praxiológica, passei a situar o Direito à luz do que Luigi Bagolini, com expressão feliz, denominou ‘historicismo axiológico’. Na impossibilidade de desenvolver esta matéria, limito-me a dizer, aqui, que o valor se distingue dos objetos ideais por algumas notas essenciais, que o vinculam ao processo histórico, quais sejam, a realizabilidade (valor que não se realiza é quimera, simples aparência de valor, enquanto um objeto ideal, como um círculo, não deixa de ser o que é, por jamais haver entes circulares perfeitos); a inexauribilidade (por mais, por exemplo, que se realize justiça, há sempre justiça a realizar); a transcendentabilidade (uma sentença justa não é toda a justiça, pois todo valor supera suas realizações históricas particulares); a polaridade (só se compreende um valor pensando-o na complementaridade de seu contrário, ou seja, positiva e negativamente,

45 A *Teoria Tridimensional do Direito* parece ter surgido como uma reação ao formalismo. Ao formalismo legislativo, pois diferencia o direito dos Códigos e das legislações esparsas. Ao formalismo factual, pois não estanca nos fatos sociais. Ao formalismo idealista e filosófico, pois não dá importância apenas ao mundo dos princípios e dos valores. São os três fatores em concreção que compõem uma estrutura unitária e dinâmica. Essa Teoria começou a ser exposta em 1940, com a publicação da tese deste autor, sob o título “Fundamentos do Direito”, sendo completada com o livro “Teoria do Direito e do Estado”. No começo, chamava-se “bidimensional”. Em 1945, passou a adotar o termo *Teoria Tridimensional do Direito*, que, depois, passou a ser título de um dos livros de Miguel Reale.

enquanto os objetos ideais são pensados independentemente de algo que necessariamente os negue etc.). (REALE, 1986)

Enfim, toda norma é uma tomada de posição perante fatos, e em função de valores. Quando o intérprete depara-se com ela, deve tomar a sua posição a partir dela e do ordenamento em que ela se encontra inserida. A norma precisa ser o ponto de partida na tarefa do juiz ou da autoridade administrativa incumbida de decidir.

Portanto, é impossível que o aplicador não realize, mentalmente, atividades voluntárias; e, às vezes, automáticas. Ele, estando consciente disso, termina por perquirir sobre se a conclusão a que atinge não é apenas um reflexo de sua conduta no passado, não devendo esquecer que, naquele momento, não são as suas impressões pessoais que devem falar.

Evidentemente que não é possível um purismo absoluto, mas a tarefa de busca da imparcialidade não deve ser abandonada, pois ele tem um modelo normativo a aplicar; ainda mais quando se trata do Brasil, regulado pela Constituição de 1988.

Note-se que, quanto ao resultado, não se deterá plena certeza; pois sempre haverá uma outra escolha. No entanto, respeitando os que pensam o contrário, bem mais instável seria afirmar que, se a legalidade constitui um entrave, ela deve ser superada com a utilização de princípios gerais de direito, os quais estariam acima do direito positivado.

Ora, possivelmente, com isso, objetive-se prestigiar aquele que economicamente seja hipossuficiente, como tanto se escuta no Brasil, sobretudo no Rio Grande do Sul, onde há um reconhecido movimento de magistrados que defendem o direito alternativo⁴⁶.

Mas, nem que isto fosse adequado no caso concreto (pois o economicamente mais fraco também pode não ter razão no conflito que se apresenta ao julgamento), considero que não seria o melhor caminho, dado que, certamente, virá o recurso; e, provavelmente, a decisão será reformada. Além do mais, abre-se espaço para a arbitrariedade, onde os mais favorecidos reservarão as suas vantagens.

46 Sobre leis escritas e não escritas, rememoro o diálogo que Sócrates parece ter travado com Alcebíades em torno deste assunto. Dizia Sócrates que é preciso distinguir entre desrespeitar as leis escritas com o fim de fazer tirania ou para defender interesses próprios e desrespeitá-las contra os tiranos e contra as suas tiranias. (PLATÃO, 1990, p. 118).

Por isso, defendo que, quanto maior for o conhecimento do aplicador sobre o ordenamento que aplica, maior também será a sua desenvoltura em aplicá-lo.

Assim, o que se reprova é a insinceridade na motivação⁴⁷, e, por isto, uma das principais tarefas do juiz, ou do administrador, está na apresentação dos motivos que lhe fizeram descartar algumas hipóteses, e efetivar uma lógica de preferência.

Se, nas opções normativas cogitáveis, não se encontrar aquela que, pessoalmente, ele mais simpatiza, haverá de sujeitar-se a isso, sob pena de, quebrada a imparcialidade, liberar-se para o arbítrio.

Enfim, a aplicação da norma não é um ato exclusivamente pessoal, pois o caso a ser decidido sofre influências conscientes (doutrina, meio de comunicação de massa, grupos organizados etc) e inconscientes (velhos modelos de raciocínio, operações mentais automáticas que escolhem algumas sensações, privilegiando-as, e rejeitando outras etc.).

Diante do exposto, é possível concluir que só aquele que se encontra afastado do dia a dia da aplicação do direito é que cabe imaginar que um tribunal, ao proferir a sua decisão, o faça seguindo normas preexistentes de consequências necessárias, e sobre cuja clareza não cabe duvidar.

O hermetismo e a linguagem cifrada são, muitas vezes, um refúgio para não permitir a leitura do que se diz.

Em suma, o direito aplicado não é descoberto em deduções fáceis, sem que haja qualquer intromissão do seu aplicador.

47 A Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe: “Da Motivação – Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V – decidam recursos administrativos; VI – decorram de reexame de ofício; VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º. Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º. A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.”

Para a aplicação da norma jurídica, vejo, como ponto de partida, a Constituição, e encontro as normas inferiores como placas indicativas de uma autoestrada, que, a depender do condutor, podem, ou não, levar a um determinado destino.

Quanto ao ponto de partida, recorro Santi Romano, (1977, p. 8) que, em seus *Princípios de Direito Constitucional Geral*, disse: “A constituição é o ponto inicial do direito estatal considerado em seu todo, a base de todas as demais partes, sendo, precisamente, por isto, parte integrante dele.”

Assim, só em termos de ficção, é que é possível afirmar que existe um governo das leis, e não dos homens. Muitas vezes, o que existe não é uma revolta dos fatos contra os Códigos; mas, sobretudo, uma pseudorrevolta contra leis que não são aplicadas, mas que devem parecer que são.

No direito brasileiro, há uma primeira norma que textualiza, entre os seus objetivos fundamentais, questões como a da redução das desigualdades sociais, da erradicação dos preconceitos, do combate à pobreza etc. (ver art. 3º, e incs, da Constituição do Brasil, já citados anteriormente).

Logo, a distância entre a justiça e a legalidade não deve ser atribuída exclusivamente à norma. Veja-se um caso concreto: (ALMEIDA FILHO, 1995, p. 190)

Um certo operário, portador de doença congênita da visão, e que, por mais de dez anos, contribuiu, na categoria de empregado, para a Previdência Social foi ao Poder Judiciário solicitar a sua aposentadoria, que havia sido negada administrativamente.

Esclareça-se que, antes disso, o seu estado de saúde (deficiência na visão) foi, paulatinamente, agravando-se, até que ficou sem o emprego, passando a viver de pequenos *biscates*, deixando, em face da precariedade da sua situação econômica, de contribuir para a Previdência por alguns anos. Chegando a velhice, ficou cego e inválido para o trabalho. Nessa situação, postulou a sua aposentadoria. O Instituto de Previdência (INSS – Instituto Nacional de Seguro Social) negou-lhe o benefício, alegando que o mesmo havia perdido a condição jurídica de segurado, dado que ficou por mais tempo do que podia sem pagar as suas contribuições. Além do mais, a sua doença era preexistente ao vínculo previdenciário. Ao fundamentar o indeferimento foram apontadas algumas normas subconstitucionais (arts. 7º e 99, da Consolidação das Leis da Previdência Social, à época o Decreto-Lei n. 89.312, de 23/01/1984).

A Constituição do Brasil, em seu art. 195, § 5^o⁴⁸, diz que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. Como se vê, é extremamente complicada essa situação. Ocorre que a própria Constituição, no seu art. 203⁴⁹, prevê que, independentemente de contribuição à seguridade social, cabem à assistência social os objetivos de proteção à velhice e de habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência; além da garantia de um salário mínimo de benefício mensal ao deficiente e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria subsistência, ou de tê-la provida por sua família.

Além disso, constitui diretriz, na área de assistência social, a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis⁵⁰. Desse jeito, é possível vislumbrar uma saída, e com a participação da população.

É inclusive por isso que costumo dizer que também cabe, na biblioteca de um homem comum, uma Constituição. Às vezes, parafraseando Sócrates⁵¹, ignora-se a própria ignorância. Assim, não basta disfarçar que

48 Constituição do Brasil. “Art. 195. [...] § 5º. Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

49 A Constituição do Brasil, revelando a sua preocupação com a seguridade social, abriu todo um Capítulo para tratar do assunto. É o Capítulo II, do Título da Ordem Social (o VIII). Neste Capítulo, coloca a seguridade social como gênero, e inclui entre as suas espécies: a saúde, a previdência social e a assistência social.

50 Constituição do Brasil. “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; [...] IV – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: [...] II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. (Grifo nosso)

51 Ao lado da *Apologia de Sócrates (uma lição de filosofia prática decorrente do julgamento final do filósofo)*, escrita por Platão, vale à pena a leitura da *Apologia de Sócrates*, escrita por Antístenes, que ficou junto ao seu Mestre até os últimos momentos. Afirma-se que Platão estava doente, não assistindo à morte de Sócrates. Mas, no dia seguinte, já se encontrava nas ruas de Atenas. De fato, Antístenes faz algumas acusações contra Platão, e, quando o elogia, insinua que o talento deste recupera beleza, sinceridade e simplicidade, quando faz calar a sua personalidade. Na *República* de Platão, suprime-se a propriedade individual e a família, motivos para discórdias e hostilidades. A propriedade seria do Estado. Nas *Leis*, Platão demonstra-se autoritário, reacionário. Talvez isto tenha ocorrido por haver sido conduzido à condição de escravo por Dionísio, e salvo, através do resgate pelo amigo e discípulo Anicéris.

se conhece o ponto de partida. Quem acredita que sabe uma coisa, jamais procurará a resposta.

No direito, o ritual não deve ter preponderância sobre o conteúdo, pois, normalmente, quando isso acontece, está-se manifestando uma ideologia contrária àquilo que se deve aplicar.

Não cabe esperar uma validade universal das normas jurídicas, tal como muitos esperam das leis da natureza. O direito depende do seu contexto. E isso não o reduz em nada, afinal, mesmo na geometria, há algum carácter relativo, como assevera Bochenski: “princípios que são verdadeiros numa geometria (ex.: euclidiana) são falsos em outra (ex.: de Riemann ou de Lobatchevsky). Por isso, quando hoje se pergunta a um geômetra se determinado princípio é verdadeiro ou falso, ele, por sua vez, pergunta: em qual sistema?” (BOCHENSKI APUD ALMEIDA FILHO, 1995, p. 186-191)

Algo muito parecido foi dito por Pascal em relação ao direito:

quase nada há de justo ou injusto que não mude de natureza com a mudança de clima. Três graus de altura polar revolucionam toda a jurisprudência. Um meridiano decide sobre a verdade. Após alguns anos de posse, alteram-se leis fundamentais. O Direito tem as suas épocas. Divertida justiça esta que um rio ou uma montanha baliza. Verdade aquém, erro além dos Pirineus. (ENGISCH, 1988, p. 15-16)

Ora, algo exato por inteiro cabe à aptidão divina, e não ao homem. Esclareço que tudo isso tem sido dito para demonstrar que a segurança jurídica não é um combatente contrário à justiça, mas seu aliado.

Evidentemente que a segurança defendida pela necessidade de aplicação da norma, partindo do Texto Constitucional, não é absoluta; pois o direito é obra do homem, que, obviamente, não é perfeito. Mas não está, liminarmente, impedida a busca por algo que pretenda se aproximar da perfeição. Ou melhor, o homem é um ente dotado de um impulso para a mudança e a perfectibilidade.

De fato, todos os dispositivos constitucionais que instituem garantias buscam, em análise derradeira, assegurar direitos (segurança). A pretensão de segurança está sempre presente.

Logo, ao se falar em segurança, também se está falando em legalidade, irretroatividade, isonomia, inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal e ampla defesa, propriedade, anterioridade e anualidade etc., porque

a consecução do valor justiça é sempre um objetivo, tendo a segurança jurídica de se aliar a este fim, fornecendo um instrumento que, cada vez mais, precisa ser aperfeiçoado; mas, em nenhuma hipótese, desprezado.

A segurança jurídica não é um pote de água no qual se busca retirar mel. Não é algo oco, de modo a beneficiar os politicamente influentes, alijando os demais. Entendo a segurança como um instrumento de busca da justiça, e daí o seu caráter fundamental.

A partir de agora, tratarei do tema segurança, enquanto um valor, e sobre a possibilidade de serem adotadas providências objetivas no sentido de atingi-lo. Mais adiante, analisarei alguns dos seus principais desdobramentos, particularmente no Brasil.

3.2. VALORES E EXPRESSÕES OBJETIVAS

O primeiro elemento que a simples existência do Direito comporta para a segurança é, por conseguinte, a certeza: os membros da sociedade sabem o que os espera, podendo prever os efeitos das suas condutas e das condutas de terceiros, sabendo antecipadamente com aquilo que podem contar na planificação da sua actuação pessoal, profissional e social. Neste sentido, como já tem sido sustentado (cfr. MARCELLO CAETANO, **O Respeito...**, p. 17, ‘uma lei, mesmo quando seja má, é preferível à ausência de lei nos casos em que da sua falta resulte o capricho nas resoluções da autoridade e a incerteza dos direitos dos indivíduos’. Pode-se concluir, por tudo isto, que a simples existência de normas jurídicas, quaisquer que elas sejam, constitui sempre uma primeira garantia de segurança na sociedade: comporta certeza, isto é, previsibilidade de condutas e de consequências ou efeitos jurídicos. (OTERO, 1998, p. 188)⁵²

Inicialmente, peço que se imagine um pai zeloso que procura ter uma residência tranquila e segura para a sua esposa e os seus filhos. Se essa é a sua intenção, ele, provavelmente, adotará algumas providências: gra-

52 Em suas *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Paulo Otero diz: “Saber leis é fácil, basta que se saiba ler o jornal oficial ou, mesmo não sabendo ler, que se tenha boa memória de ouvir a leitura feita por terceiros. Ser jurista é mais difícil: jurista é aquele que pensa sobre a lei. Como dizia CELSO, ‘saber as leis não é conhecer as suas palavras, antes é compreender-lhes o sentido e os efeitos’ (D. 1, 3, 17). Introduzir alguém no estudo do Direito é, conseqüentemente, e antes de mais nada, ‘implantar’ no estudante do 1º ano as sementes de uma atitude reflexiva sobre o universo do Direito.” (OTERO, 1998, p. 11)

deará a sua casa, colocará fechaduras mais consistentes, não esquecerá portas e janelas abertas etc.

Pois bem, se assim é com o cidadão comum, nada mais natural que também o Estado preocupe-se com a adoção de medidas de modo a tornar mais objetivo esse seu desejo de segurança. O Estado também deverá tomar as providências necessárias; ou melhor, deverá ir tomando as providências, pois esta é uma tarefa que não se esgota. É como raciocino. Se a segurança é um instrumento para a realização da justiça, e esta é um objetivo ideal, cada vez mais o Estado deve desenvolver a síntese entre o binômio certeza-segurança⁵³ e o binômio justiça-ordem. Há uma relação de complementariedade entre a segurança e a justiça. Assim, se estes são valores que se completam, jamais poderão ser reduzidos um ao outro. Insista-se nisso, pois é preciso complementar o campo subjetivo com a objetividade.

Daí, tal como o pai do exemplo que apresentei adotou o seu conjunto de providências instrumentais, também o Estado deve exercer o seu poder de síntese, servindo-se dele para atingir os seus fins. Não basta a intenção. É preciso objetivá-la. Mas, quais as formas que o Estado tem adotado no interesse de tornar a segurança algo mais próximo do possível?

Antes de responder a esta pergunta, é preciso que se esclareça que novas formas podem surgir e as já existentes podem ser aperfeiçoadas. Os modelos jurídicos sofrem com o processo temporal. Nem o sentimento de segurança é algo estático, como também não é estática a justiça; nem tampouco as providências objetivas instrumentais.

Diz Miguel Reale, (1986, p. 87) em sua *Teoria Tridimensional*, que o homem é dotado de um certo *espírito de revolta*, pois, sendo livre, tem um impulso por mudar. Defender a estaticidade seria propugnar pela insegurança, dado a impossibilidade de inovação. Eis, novamente, o jusfilósofo:

53 Disse Miguel Reale, em sua *Teoria Tridimensional do Direito – situação atual*. “É a razão pela qual Teófilo Cavalcanti Filho, na monografia que dedicou ao problema segurança, sentiu a necessidade de estudar a ‘segurança’ concomitantemente com a ‘certeza’, a primeira atinente mais ao aspecto subjetivo, a segunda mais pertinente ao aspecto objetivo do problema. Certeza e segurança, embora não se confundam, são valores que imediatamente se implicam, pois, de maneira mediata, todos os valores se correlacionam [...]”. A obra indicada é de Teófilo Cavalcanti Filho, “A Segurança no Direito”. (REALE, 1986, p. 86-87)

[...] a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina ‘espírito de revolta’. (REALE, 1986, p. 87)

Quanto ao espírito de revolta, ou ao fato de o ser humano apresentar-se como um eterno insatisfeito, parece-me que, em torno disso, há algum senso comum. Mas, é possível que se esteja perguntando sobre quais são estas referências que o Estado utiliza para objetivar este seu sentimento de segurança. Este será o objeto do próximo capítulo. Mas, por enquanto, lanço alguns indícios do que falo. Imagine-se que o Estado, que deve se submeter às normas que produz, determine:

1. Ele nada fará senão quando autorizado por lei, que precisa ser aprovada pelos representantes do povo, que serão eleitos pelo próprio povo.
2. Ele não cobrará tributos senão no ano subsequente ao da lei instituidora, ou ao daquela que aumentou a carga impositiva.
3. Ele não aplicará a lei nova a situações passadas, acaso isto implique em prejuízo para o cidadão.
4. Ele cumprirá as decisões judiciais que não mais estejam passíveis de recurso.
5. Ele assegurará o cumprimento dos contratos celebrados nos termos da lei.
6. Ele não penalizará ninguém, senão quando o comportamento estiver tipificado em lei anterior.
7. Ele cumprirá os procedimentos fixados nas leis processuais, não estabelecendo privilégios.
8. Ele cumprirá a Constituição, etc.

Este processo de constante evolução faz-me lembrar do que disse Paulo Manuel Otero, em seu *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*⁵⁴, ao

54 A Constituição da República Portuguesa de abril de 1976, atualizada pelas quatro Revisões Constitucionais até setembro de 1997, prevê, em seu art. 282º, entre os efeitos da declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, nos itens 3 e 4, a ressalva dos casos julgados nestes termos: “3.

concluir a sua exposição sobre *Estado de Direito e princípio da legalidade*. Ali, ele relata o movimento ampliativo de fiscalização e controle do Estado, abrindo-se novas portas à sindicabilidade jurisdicional. Contemplando desde o Estado liberal, e indo até o Estado Social de Direito, toma em conta a figura do relativo controle dos atos do Poder. É o que falou:

Em suma, pode dizer-se que o Estado liberal trouxe consigo uma nova concepção de controlo do poder político, sujeitando os actos administrativos a diferentes processos de fiscalização da sua legalidade, independentemente do respectivo autor. Em simultâneo, o princípio da legalidade passou a assumir intuitos limitativos e legitimadores da acção administrativa, desempenhando ainda uma função garantística das posições jurídicas subjectivas dos administrados. Por seu lado, o Estado Social de Direito, além de alargar as áreas da actividade administrativa sujeitas ao controlo jurisdicional da sua legalidade, vem conferir a todos os administrados um direito fundamental à fiscalização jurisdicional da actividade administrativa: o direito de recurso contencioso. (OTERO, 1993, p. 25)

Como se vê, o conjunto de medidas (expressões objetivas)⁵⁵ que possibilitam a concretização do sentimento de segurança é algo que ainda está sendo construído. Não é estático, ficando aberto a novas formulações.

Logo, mais adiante, não se tem a pretensão de ser exaustivo, cabendo, apenas, exemplificar as providências instrumentais que pretendem objetivar a segurança como um meio de fazer justiça.

Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional, quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.s. 1 e 2". É o que dizem estes dois itens: "1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última."

55 Enquanto os valores são verificados segundo critérios de intuição emocional, as expressões objetivas podem ter os seus cumprimentos comprovados, dando menores margens a dúvidas.

3.3. PARTE ESPECIAL

3.3.1. SEGURANÇA JURÍDICA E LEGALIDADE

3.3.1.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

As mais significativas concepções sobre o Estado e o Direito projectam-se necessariamente em diversos entendimentos do que seja (ou deva ser) a lei. Recordem-se, assim, nos últimos séculos: – lei, ordenação da razão (S. TOMÁS DE AQUINO, e, de certo modo, ainda SUAREZ); – a lei, vontade do soberano (HOBBES), – a lei, garantia da liberdade civil e da propriedade (LOCKE); – a lei ligada à divisão do poder e ao equilíbrio das instituições (MONTESQUIEU); – a lei, expressão da vontade geral (ROSSEAU); – a lei, vontade racional (KANT); – a lei, instrumento para a utilidade e a felicidade geral (BENTHAM); – a lei, manifestação imediata do poder soberano (AUSTIN); – a lei, instrumento do domínio de classe (MARX, ENGELS); – a lei, escalão de normas imediatamente a seguir à Constituição (KELSEN); – o conceito político de lei (SCHMITT).

Mas a problemática da lei insere-se na problemática geral do poder. Com o conteúdo da lei contendem a organização da sociedade e do poder de a governar.” (MIRANDA, 1997, p. 125)⁵⁶

Até aqui, muito já se falou sobre esse assunto, enfatizando a necessidade de o intérprete não desprezar a norma, principalmente a constitucional, alçando voos em direção a outras alternativas.

Bem ao contrário, pois quanto mais ele conhecer o ordenamento jurídico que aplica, melhor. Afinal, mesmo que, aparentemente, ele só esteja fazendo incidir uma única norma; no seu ato de aplicação, deve haver o compromisso com todo o ordenamento.

56 Jorge Miranda, acrescenta, “Não é por acaso que LOCKE considera o poder legislativo o poder primordial por ser ele que determina as diferentes formas de governo. Nem é por acaso que, recusando embora a separação de poderes, ROSSEAU admite a distinção entre função legislativa e função executiva, sustentando que aquela é a única soberana. Ou que, pelo contrário, MONTESQUIEU a pretende limitar.” Pessoalmente, entendo que seja preciso distinguir entre a ilusão sobre como os homens deveriam ser, e a constatação de como o homem realmente é, elaborando-se soluções políticas que detenham um potencial concreto de funcionamento. Provavelmente, a virtude não seja monopólio do povo, enquanto a corrupção econômica e moral das camadas de elite (populismo). Há uma espécie de mixagem entre qualidades e defeitos em todas as esferas, e daí a importância de facilitar o fluxo social e a alternância no governo das comunidades organizadas. (MIRANDA, 1997, p. 126)

É tal como uma esfera em contato com uma mesa plana. O ponto de contato entre a esfera e a mesa pode ser um só, mas a mesa suporta todo o peso da esfera.

Note-se, então, uma importante advertência. Concluir desse modo não se trata apenas de um valor, mas da fixação de uma providência objetiva.

A segurança, um valor, é instrumentalizada por uma expressão objetiva, que é a legalidade. Assim, o seu cumprimento passa a poder ser provado dentro de limites mais estritos, dando margem a um menor número de dúvidas.

Daí, ser fundamental que a Constituição não seja vista como uma espécie de “*Constituição patrícia*” (os patrícios eram os aristocratas proprietários de terras na antiga Roma – formavam a camada social dominante), que traria, em seu próprio interior, margens a contra-argumentos que inviabilizam as conquistas das camadas sociais menos favorecidas.

A segurança e a legalidade, que é uma sua expressão objetiva, são, elas próprias, instrumentos da justiça.

Em um Estado democrático de Direito (art. 1º, da Constituição do Brasil), deve a lei estar a serviço da redução das *desigualdades sociais e econômicas*, não devendo esta previsão constitucional confundir-se com uma forma ôca, onde cabe tudo; especialmente, os privilégios dos grupos ou elites politicamente influentes.

Sem a tentativa de se tornar iguais os cidadãos, há uma relação entre inferiores e superiores, em que os primeiros, simplesmente, sujeitam-se.

A interpretação da lei não deve ser sinônimo de indiferença. A imparcialidade também não. É um comando constitucional a redução das desigualdades sociais (art. 3º, inc. III, da Constituição do Brasil). No Brasil, este é um objetivo fundamental da República (art. 3º, *caput*).

Enfim, a lei deve estar a serviço da segurança, da liberdade, da igualdade. Tudo isso se operando mediante a lei. A Lei Constitucional fixa limites que o legislador não pode ultrapassar. Em outras palavras, legislar também é aplicar a Constituição.

Na Constituição do Brasil, o princípio da legalidade encontra-se presente de maneira explícita, e também implícita. E, às vezes, o silêncio⁵⁷ fala tão ou mais alto, considerando as circunstâncias que o envolvem. De maneira expressa, é forçoso citar alguns artigos. São eles:

Art. 5º. Todos são iguais perante a **lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de **lei**;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem **lei** que o estabeleça;

São outras tantas as oportunidades em que se faz referência expressa à legalidade, apontando estas apenas como exemplificativas.

De fato, discute-se sobre a adequabilidade da repetição. Alguns podem ver esta técnica repetitiva como algo inútil. No entanto, é preciso observar o contexto do Brasil, e de sua sociedade, que ainda se mantém ansiosa por preservar direitos que, melancolicamente, não acredita que sejam concretizados.

Demonstração disso são as *medidas provisórias*, nas quais, mesmo alguns ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram o excesso, mas o Poder Judiciário pouco fez, na prática, para contê-lo. É o caso, por

57 Quem cala não consente nem dissente, pois isto dependerá das circunstâncias. Um exemplo é a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. É o seu art. 40: “Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.”

exemplo, da instituição e da majoração de tributos por esta via, onde não são incomuns as discordâncias individuais de alguns ministros do mais alto tribunal, que, no entanto, dizem ceder ao entendimento do Plenário⁵⁸.

Além do mais, em um passado recente, fatos pretéritos foram atingidos, por exemplo com a utilização dos chamados empréstimos compulsórios. Sobre isso, destacou Paulo de Barros Carvalho a respeito da forma grosseira como o princípio constitucional da irretroatividade das leis tinha sido descumprido, pelo Poder Público impositivo, na seara dos empréstimos compulsórios. Eis o autor:

Com efeito, o enunciado normativo que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conhecido como princípio da irretroatividade das leis, não vinha sendo, é bom que se reconheça, impedimento suficientemente forte para obstar certas iniciativas de entidades tributantes, em especial a União, no sentido de atingir fatos passados, já consumados no tempo, debaixo de plexos normativos segundo os quais os administrados orientaram a direção de seus negócios. Tranquilos, na confiança de que tais eventos se encontravam sob o pálio daquele magno princípio, foram surpreendidos por grosseiras exações, que assumiram o nome de empréstimos compulsório. (CARVALHO, 1991, p. 99-100)

58 Celso de Mello fala do uso excessivo de medidas provisórias pelo Governo. [...] a utilização indiscriminada e as sucessivas reedições de medidas provisórias 'não podem transformar-se em instrumento de imposição normativa da vontade unipessoal do Presidente da República, exacerbando-se, desse modo, o componente autoritário de que se acham inquestionavelmente impregnados esses atos executivos com força de lei. [...] de 05 de outubro de 88 até o dia 31 passado, o Governo Federal editou e reeditou 4.026 medidas provisórias, média de 366 medidas provisórias por mês. Desse total, Fernando Henrique Cardoso foi responsável por 3.223 medidas provisórias, de acordo com o levantamento divulgado pelo Senado. Para o Ministro Celso de Mello, os dados evidenciam que os Presidentes José Sarney, Fernando Collor, Itamar Franco e Fernando Henrique legislaram quase duas vezes mais do que o próprio Congresso Nacional. No seu Despacho, o Ministro definiu a necessidade de o Governo definir as matérias que não podem constituir objeto de disciplinação jurídica por medidas provisórias de maneira que o Presidente diminua a sua intervenção no trabalho do Legislativo. Ele acha que essa intervenção 'suprime a possibilidade de prévia discussão parlamentar de matérias que devem estar ordinariamente sujeitas ao poder decisório do Congresso Nacional'. [...] Apesar de considerar que a criação e a majoração de tributos são matérias de competência exclusiva do Congresso, o Ministro Celso de Mello não conheceu do recurso extraordinário apresentado pela Transportadora Urano Ltda contra a União Federal. No seu Despacho, o Ministro observou que a orientação jurisprudencial firmada pelo Plenário do próprio Supremo Tribunal Federal é no sentido de reconhecer a possibilidade jurídico-constitucional do Presidente da República instituir ou majorar tributos mediante a edição de medida provisória. (extraído do sítio do STF, em 9/11/99).

3.3.1.2. MEDIDAS PROVISÓRIAS

A jurisprudência vem lapidando esse instituto, insculpindo-lhe o formato preciso. [...] Sem dúvida é de se aperfeiçoar o texto (constitucional), contudo, parece-nos que a raiz do mal não está nas leis em si, mas na sua efetiva execução e na consciência de sua obediência. (SZKLAROWSKY, 1991, p. 11)

Voltando às medidas provisórias, a Constituição brasileira assim dispõe em seu texto originário:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo Único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.⁵⁹

Diante destas medidas, acirra-se uma forte polêmica, no Brasil, em torno da segurança jurídica, e da sua forma de manifestar-se pela expressão da legalidade; especialmente em matéria tributária.

Em uma outra oportunidade, pretendo, ainda mais, detalhar esse assunto. Por enquanto, apresento os seus contornos, particularmente no campo tributário.

Como se pode verificar, nos termos do art. 62, a medida provisória tem, entre as suas características básicas, a *urgência*.

Ora, um dos limites constitucionais fixados para o Estado tributar o cidadão é o da anterioridade (espera pelo ano subsequente – regra geral). Diz a Constituição sobre a anterioridade, em seu art. 150, inc. III, al. “b”:

59 A Constituição da República italiana, em seu art. 77, dispõe: “Art. 77. O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, promulgar decretos que tenham valor de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, medidas provisórias, com força de lei, deve apresentá-las no mesmo dia para a conversão às Câmaras que, mesmo dissolvidas, são especialmente convocadas a se reunirem no prazo de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias a partir da sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regulamentar com lei as relações jurídicas surgidas com base nos decretos não convertidos.”

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III – cobrar tributos: [...] b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Ocorre que o exercício financeiro, nos termos da Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964 (*Diário Oficial da União de 23 de março de 1964, estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal*⁶⁰), é o ano civil, como diz o seu art. 34: “DO EXERCÍCIO FINANCEIRO (arts. 34 a 39). Art. 34. O exercício financeiro coincidirá com o ano civil. [...]”

Logo, surge a questão da impossibilidade de se compatibilizar a urgência, que é uma característica constitucional da medida provisória, com a exigência, também constitucional, de se esperar o próximo ano para instituir ou aumentar o tributo (anterioridade).

Assim, é voz corrente, na doutrina nacional (DERZI, 1988, p. 166 e ss), a conclusão de que a regra é a de que os tributos não devam ser urgentes; e, portanto, não possam ser viabilizados por medidas provisórias. Porém, há exceções constitucionais à falta de urgência do tributo.

Mas é preciso reconhecer que, quando a Constituição do Brasil afirma que a lei de diretrizes orçamentárias deve orientar a elaboração da lei orçamentária anual, dispondo sobre as alterações na legislação tributária (art. 165, § 2º), deixa claro que, em matéria tributária, há a necessidade de um planejamento tanto do Estado, quanto também das empresas privadas, que não podem (assim como o cidadão comum) ser surpreendidas com abruptas inovações legislativas.

Entre as exceções a que me refiro, uma delas está no próprio art. 150, e diz respeito a quatro impostos. Uma outra encontra-se no art. 149, e diz respeito aos empréstimos compulsórios. E, finalmente, há a figura dos impostos de guerra, ou extraordinários no art. 154, inc. II (todos os dispositivos citados são da Constituição do Brasil).

60 Constituição do Brasil. “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...] § 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.”. Diz o art. 30, inc. III: “Art. 30. Compete aos Municípios: [...] III – instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;”

Veja-se o que eles dizem:

Art. 148. A União, mediante lei complementar⁶¹, poderá instituir **empréstimos compulsórios**: I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o princípio da anterioridade (art. 150, III, “b”). Parágrafo Único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição. [...]

Art. 150. [...] § 1º. A vedação da anterioridade tributária (inc. III, “b”), não se aplica aos impostos previstos nos artigos 153, I, II, IV e V (são os impostos da União Federal sobre a **importação de produtos estrangeiros; sobre a exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; sobre produtos industrializados e sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários**);

§ 1º – A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. (Alterado pela EC-000.042-2003)

e

Art. 154, II (são os impostos de guerra) Art. 154. A União poderá instituir: [...] II – na iminência ou no caso de guerra externa, **impostos extraordinários**, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessando as causas de sua criação). (Grifo nosso)

A anterioridade tributária sofre exceções constitucionais, entre elas estão os impostos de guerra, os impostos regulatórios externos (importação e exportação), o imposto sobre produtos industrializados e o imposto sobre operações financeiras.

61 De acordo com a Emenda Constitucional n. 32, de 11/09/2001, atual art. 62, § 1º, inc. III, é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar. Contudo, o próprio art. 62, § 1º, inc. I, al. “d”, ressalva desta previsão o art. 167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário nas hipóteses de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Ocorre que, nos casos dos impostos de guerra, não há impedimento para a medida provisória, dado a significativa relevância e urgência da situação. Não se trata de zona de fronteira.

Quanto aos demais, parece-me desnecessária a utilização da medida provisória, pois basta ver o art. 153, § 1º, da Constituição do Brasil, que faculta ao Poder Executivo a alteração das alíquotas (e não mais base de cálculo, como previa o art. 97, inc. IV, do Código Tributário Nacional⁶²), que poderá se utilizar dos decretos (art. 84, inc. IV)⁶³, desde que dentro dos limites (mínimo e máximo) fixados pela lei geral.

Restariam, então, os empréstimos compulsórios, disciplinados no art. 148, da Constituição do Brasil.

Note-se que, aqui, a exigência de lei é expressa. E a lei exigida é a complementar⁶⁴, que tem quórum qualificado de maioria absoluta⁶⁵.

Com isso, desde a redação originária, havia aqueles que defendiam que, por ter a medida provisória força de lei (art. 62), estaria vedado a ela o campo reservado às leis complementares, pois as medidas provisórias poderiam, apenas, atuar na seara das leis ordinárias. Atualmente, a vedação de edição de medidas provisórias sobre matéria de lei complementar é expressa no art. 62, § 1º, inc. III (Emenda Constitucional n. 32, de 11/09/2001). Observe-se, entretanto, o mesmo art. 62, § 1º, inc. I, al. “d”, quando ressalva das vedações o art. 167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

62 Código Tributário Nacional. “Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: [...] IV – a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 (já havia sido revogado pelo Decreto lei n. 406, de 31/12/68 e tratava da circulação de mercadorias) e 65;” Estes artigos referem-se ao imposto sobre a importação, sobre a exportação, sobre a transmissão de bens imóveis, sobre operações de crédito, câmbio e seguros e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários.

63 Constituição do Brasil. “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;” (Grifo nosso).

64 Sobre o tema “hierarquia da lei complementar”, destaco as palavras de Paulo de Barros Carvalho, onde, socorrendo-se do magistério de Souto Maior Borges, esclarece que estas leis não são necessariamente superiores às leis ordinárias. É a Constituição que indica se a matéria lhe é ou não reservada. Se o for, em face de mandamento constitucional nesta direção, não caberá à lei ordinária invadir-lhe o espaço que lhe é próprio. (BARROS, 1991, p. 135-136).

65 Constituição do Brasil. “Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.”

Além disso, quando a Constituição do Brasil registrou que não deveria ser objeto de delegação ao Executivo as matérias inerentes à lei complementar⁶⁶, estaria, também aí, fixando mais um impedimento para as medidas provisórias.

A base estava na argumentação de que, quando a Constituição do Brasil quis falar em lei complementar, ela o fez expressamente.

Logo, como no art. 62, que trata das medidas provisórias, ela assim não procedeu, a conclusão seria pela impossibilidade de sua utilização em matéria reservada constitucionalmente à lei complementar.

Ocorre que, se assim fosse em relação à medida provisória, também deveria ser em relação às demais situações constitucionais, em que o termo *lei* vem desacompanhado da expressão *complementar*.

Mas não é isso o que ocorre, pois o próprio art. 5º, inc. II, que consigna o princípio da liberdade, vem grafado da seguinte maneira: “Art. 5º. [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”.

Ora, quer me parecer evidente que, na expressão *lei* ali utilizada, cabia entender lei ordinária, e também lei complementar. Seria um tanto absurdo imaginar o contrário, pois estaria permitindo a Constituição o descumprimento das leis complementares, exatamente aquelas que têm um *quórum* qualificado, tal como foi visto.

Enfim, com a antipatia não se interpreta, mas apenas se ataca. Em minha visão, era possível, em face da redação originária do Diploma Constitucional, a utilização da medida provisória em matéria tributária em alguns casos excepcionais, a saber:

- a) impostos de guerra;
- b) empréstimo compulsório para o qual a Constituição do Brasil não veiculou a obediência ao princípio da anterioridade, ou seja, em

66 Constituição do Brasil. “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar [...]” (Grifo nosso). Ver, também, o art. 62, § 1º, inc. I, al. “d” que ressalva das vedações às medidas provisórias o art. 167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública. De onde concluo pela possibilidade de utilização de medidas provisórias para a instituição de empréstimo compulsório fundado nestas causas (art. 148, inc. I, da Constituição brasileira de outubro de 1988).

casos de despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública e de guerra externa ou sua iminência. Lembrando, aqui, que o art. 148, da Constituição, exige lei complementar para a instituição de empréstimo compulsório.

Portanto, foi constituída uma situação bem peculiar pela Emenda Constitucional n. 32, de 11/09/2001, porquanto da vedação da edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar (art. 62, § 1º, inc. III). Assim, não caberia mais a utilização de medida provisória em se tratando de empréstimo compulsório, embora destacada a relevância e a urgência? Creio que ainda caiba por força da ressalva feita pelo art. 62, § 1º, inc. I, al. “d”, que faz remessa ao art. 167, § 3º, dispositivo que regulamenta a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Sobre a exceção à anterioridade, e como argumento de reforço, lembro de um antigo adágio que ensina que, ao se incluir um, exclui-se o outro⁶⁷.

Ora, se, em nossa Constituição, incluiu-se, expressamente, o princípio da anterioridade na hipótese normativa do inc. II, é porque não era preciso observá-la no inc. I, do art. 148.

E, ainda, é de destacar que as hipóteses do inc. I dizem respeito à guerra e calamidade, que são situações urgentes e relevantes.

Acaso fosse preciso observar o princípio da anterioridade nestas circunstâncias, quando o empréstimo fosse cobrado, já se haveria perdido a guerra ou a calamidade já teria feito um enorme estrago. Sendo o assunto bastante polêmico, qualquer conclusão dificilmente será unânime.

67 Sobre os brocardos jurídicos, disse Carlos Maximiliano (1981, p. 239-240): “Na alvorada do século XI, Burcardo, Bispo de Worms, organizou uma coleção de cânones, que adquiriram grande autoridade, e foram impressos em Colônia, em 1548, e, em Paris, em 1550. Granjeou fama aquele repositório, sob o título de *Decretum Burchardi*. Eram os cânones dispostos em títulos e reduzidos a regras e máximas; na prática lhes chamavam burcardos, a princípio; dali resultou a corruela brocardos, que se estendeu, em todo o campo do Direito Civil, aos preceitos gerais e aos aforismos extraídos da jurisprudência e dos escritos dos intérpretes. Os brocardos parecem fadados a passar, com certos condutores de homens, do exagerado prestígio à injusta impopularidade. A sua citação, diurna outrora, vai-se tornando cada vez menos frequente; rareiam, talvez, os entusiastas à medida que surgiam desdenhosos e opositores. Àquelas regras de Direito, muito breves e formuladas quase sempre em latim, os antigos chamavam de axiomas, vocábulo destinado, em Matemática, a designar as proposições evidentes por si mesmas, que dispensam esclarecimentos e demonstrações.[...] Outros mestres julgam eternos os brocardos, por serem a própria razão natural escrita; ao invés de homenagem ao progresso, acham insânia mudá-los ou repeli-los; pois esclarecem, iluminam, guiam: são raios divinos.”

Quanto à utilização da medida provisória, em matéria penal, parece imperioso concordar com Francisco de Assis Toledo (1994), em seus *Princípios Básicos de Direito Penal*, quando afirma que não pode haver a instituição de crime ou pena (direito penal e processual penal), nem tampouco a agravação das mesmas por esta via. Além disso, é imperativo que se evite os abusos. São estas as suas palavras em torno do caráter quase ilimitado de criação de novas figuras típicas, e o que isso representaria contra a liberdade em seus diferentes matizes, precipuamente contra a liberdade de locomoção. Diz o autor:

A Constituição de 1988, no art. 62, substitui o decreto-lei pela medida provisória, sem tradição no direito brasileiro, e não estabeleceu, de modo expresso, os limites objetivos para a edição desta última, exigindo apenas 'relevância e urgência, requisitos genéricos e pouco confiáveis. (Ora, a medida provisória, por não ser lei, antes de sua aprovação pelo Congresso, não pode instituir crime ou pena criminal (inciso XXXIX)⁶⁸ [...] Sendo assim, não se faz necessária muita acuidade para perceber que a criação de figuras penais e até a simples agravação de penas através de medida provisória poderiam prestar-se para coisas desta natureza: a) extirpação da liberdade de ir e vir, através da prisão em flagrante por crimes recém-criados, por medidas provisórias; b) extirpação da inviolabilidade da residência e do sigilo da correspondência, nas mesmas hipóteses, pondo por terra as garantias dos incisos XV, XI e XII, já que a possibilidade de criação de tipos penais novos é quase ilimitada. (TOLEDO, 1994, p. 24-25)

E, continua o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, relatando a sua preocupação com o exagero e o abuso na utilização do instituto das medidas provisórias, realçando as atrocidades que, infelizmente, foram cometidas a título de cumprimento de alguns decretos-leis, uma versão antiga e agressiva das "leis do Executivo brasileiro". Nas suas exatas palavras:

Aos brasileiros que, nos dias de hoje, assistem atônitos à edição em série dessas medidas provisórias, é bom lembrar que, por decreto-lei, já tivemos 'leis' de segurança nacional, o que poderá sugerir, a qualquer momento, uma tentativa de recaída nessa linha de orientação, desta feita obviamente por 'medida provisória'. (TOLEDO, 1994, p. 24-25)

68 Constituição do Brasil. "Art. 5º. [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;".

Aliada a tais argumentos, veio a Reforma Constitucional de setembro de 2001 que, no art. 62, § 1º, inc. I, al. “b”, veda a edição de medidas provisórias sobre matéria de direito penal, processual penal e processual civil.

3.3.1.3. HIERARQUIA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS E COMPLEMENTARES. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA.

Como uma forma de fixação de segurança, no Brasil, certamente um tema mereceu, e ainda merece, destaque, conforme as implicações jurisprudenciais que relatarei após a explicação do assunto a que me refiro.

Trata-se de saber se a “*lei complementar*” detém hierarquia sobre a “*lei ordinária*”. Há aqueles que pensam que sim. Basicamente, são dois os motivos que apresentam:

1. o *quórum* de aprovação da lei complementar é superior ao da lei ordinária.

Sobre a lei ordinária, dispõe o art. 47, do Texto Constitucional:

Título IV. DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES. Capítulo I – DO PODER LEGISLATIVO. Seção I – DO CONGRESSO NACIONAL. [...] Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.

Sobre a lei complementar, dispõe o art. 69, do Texto Constitucional: “Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.”

2. o dispositivo constitucional que se refere ao processo legislativo traz as leis complementares logo abaixo das emendas constitucionais, deixando as leis ordinárias para depois.

É o art. 59, da Constituição do Brasil, que trata das Disposições Gerais do processo legislativo, e tem a seguinte redação:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções. Parágrafo Único. Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Pessoalmente, não me perfilho entre aqueles que defendem essa hierarquia, pelo menos com base nesses dois fundamentos.⁶⁹

O motivo para esta tomada de posição é que considero que se a Constituição atribui um assunto para a seara da lei ordinária, e, mesmo assim, o legislador dispõe mediante lei complementar, a matéria não deixará, por isso, de estar reservada à lei ordinária.

Logo, atendendo à própria Constituição, essa lei havida, formalmente, como complementar, pode ser, perfeitamente, alterável por lei ordinária.

O cerne da questão, portanto, não é o de se a lei complementar mantém hierarquia sobre a ordinária; mas o de que os espaços fixados constitucionalmente devem ser observados pelo legislador inferior. Então, retiram-se duas conclusões:

1. se a Constituição atribui um assunto para a lei ordinária, e o mesmo é tratado por lei complementar, esta deverá ser havida como se lei ordinária fosse, podendo ser modificada pela via ordinária, sem restrição de *quorum*.

2. se a Constituição atribui um assunto para a lei complementar, e o mesmo é tratado por lei ordinária, esta deverá ser havida como inconstitucional.

Evidentemente que, do ponto de vista estritamente formal, a partir da Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998 (e de outras que a sucedam e que tenham a mesma natureza), que regulamenta o Parágrafo Único do art. 59, da Constituição do Brasil, havendo surgido a disciplina nacional para a confecção legislativa, as normas elencadas, no art. 59, inclusive as leis complementares e as ordinárias devem-se submeter aos predicamentos fixados.

Não se trata, portanto, de hierarquia quanto ao conteúdo, mas de uma necessidade de uniformização da técnica formal de legislar.

Embora não utilizando os mesmos argumentos, disponibilizo para o leitor Paulo de Barros Carvalho, que, assim se manifestou, com o apoio de

⁶⁹ De fato, pragmaticamente, é enganoso pensar que o quorum qualificado seja uma nítida dificuldade de empenho. Por vezes, e sobre um mesmo assunto, pode ser mais difícil aprovar uma lei ordinária do que uma Emenda Constitucional. Exemplifico. Certas matérias estão na vala da competência privativa para a iniciativa de encaminhamento de projetos de lei. Logo, se a autoridade competente não a encaminha, não adianta possuir o quórum parlamentar necessário, simplesmente porque o projeto de lei não será encaminhado.

José Souto Maior Borges, sobre o tema da hierarquia da lei complementar, rassaltando que não é a topologia normativa, nem tampouco o mero procedimento que transforma *acordos dilatatórios* práticos em estruturas normativas hierarquizadas. Eis o filósofo-tributarista:

É excelente instrumento de legislação nacional, alcançando, conjunta ou isoladamente, a esfera jurídica das pessoas políticas de direito constitucional interno. Talvez por isso seja frequente o magistério de que as leis complementares desfrutem de supremacia hierárquica relativamente às leis ordinárias, quer pela posição que ocupam na lista do art. 59 (CF), vindo logo abaixo das emendas à Constituição, quer pelo regime de aprovação mais severo a que se reporta o art. 69 (CF). Foi JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (Lei Complementar Tributária, Revista dos Tribunais, 1975, p. 54 e s.) quem pôs a descoberto as erronias dessa tese, baseada, rudimentarmente, na topologia do enunciado legal e no procedimento legislativo preconizado para a edição dessas normas. Com argumentos sólidos, demonstrou que as leis complementares não exibem fisionomia unitária que propicie, em breve juízo, uma definição de sua superioridade nos escalões do sistema. De seguida, propõe critério recolhido na Teoria Geral do Direito, para discernir as leis complementares em duas espécies: a) aquelas que fundamentam a validade de outros atos normativos; b) as que realizam sua missão constitucional independentemente da edição de outras normas. (CARVALHO, 1991, p. 134-136)

E o mesmo autor arremata que é a própria Constituição que define a existência, caso a caso, da hierarquia entre as normas a ela subalternas:

Trazendo essa diretriz para o setor que nos interessa, ganha outro aspecto a questão da hierarquia, tornando legítimo asseverar que, em alguns casos, a lei complementar subordina a lei ordinária, enquanto noutros descabem considerações de supremacia nos níveis do ordenamento, uma vez que tanto as complementares como as ordinárias extratam seu conteúdo diretamente do texto constitucional.⁷⁰ (CARVALHO, 1991, p. 134-136)

No entanto, diante da Constituição do Brasil, fez questão de frisar a vinculação de todas as normas do sistema à estrutura construtiva da norma prevista no Parágrafo Único, do art. 59, do Texto Constitucional:

70 A referência a este trecho já foi feita em nota de rodapé anterior, quando se discutira se era possível as medidas provisórias serem utilizadas em matéria própria às leis complementares.

Quanto à hierarquia da lei complementar é que devemos registrar a novidade, pois, assim que forem editados os preceitos a que alude o parágrafo único do art. 59, a lei ordinária e as que lhe forem equiparadas ficarão a ela submetidas, sob o ângulo formal. No que tange ao conteúdo, permanece tudo como antes. (CARVALHO, 1991, p. 140)

O dispositivo mencionado diz o seguinte: “Art. 59. [...] Parágrafo Único. Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

Esta lei já existe. É a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. Cabe, então, aproveitar essa oportunidade e apresentar três das mais importantes questões levadas ao Poder Judiciário brasileiro sobre esse assunto.

Duas delas suscitam a questão de uma lei ordinária válida, de acordo com a Constituição antecedente, vir a ser recepcionada como lei complementar, de acordo com a nova Constituição, deixando de sofrer, assim, alteração por lei ordinária.

São as questões cogitadas: a discussão sobre o Programa de Integração Social (PIS); a polêmica sobre a quebra do sigilo bancário e a natureza jurídica da lei do Código Tributário Nacional.

1. Programa de Integração Social.

Aqui, o tribunal concluiu no sentido de que a Constituição anterior do Brasil não exigia lei complementar para tratar desse assunto. No entanto, em face do entendimento dominante na época, optou-se por ela. Ocorre que a mesma foi alterada como se fosse lei ordinária, suscitando o problema da hierarquia e da pertinência constitucional deste procedimento.

É a decisão, que, até hoje, no início de um novo século, ainda tem servido de precedente para o deslinde das demandas judiciais remanescentes neste tema:

A edição de lei complementar só é inafastável quando a Constituição expressamente prevê. O Programa de Integração Social foi criado para atender mandamento constitucional, constante do art. 165, inc. V, da Constituição de 1967, redação da Emenda n. 01/69. Ora, tal dispositivo constitucional – art. 165 – exigia, para a implementação dos direitos nele mencionados, a existência de lei, não de lei complementar. A criação do PIS, via lei com-

plementar, a de n. 07/70, deveu-se a entendimento, dominante à época, de sua edição, de que a contribuição para o aludido programa tinha natureza jurídica de tributo. Assim, para que não fosse desatendido o comando do art. 62, § 2º., da Constituição então vigorante, editou-se a mesma. Porém, com a vigência da Emenda Constitucional n. 08/77, a contribuição para o PIS deixou de se revestir de tal natureza, como reiteradamente entendeu o Colendo Supremo Tribunal Federal. Nestas condições, a denominada Lei Complementar n. 07/70 perdeu esta hierarquia, devendo-se ter a mesma como lei ordinária. Ora, se passou a ter a hierarquia de lei ordinária, é possível a sua alteração pela via do decreto-lei, técnica de expressão da ordem jurídica então vigente, de igual posição, como seguidamente entendeu a jurisprudência. Inocorrente, desta forma, lesão ao princípio da hierarquia das leis. A expressão ‘finanças pública’, empregada no inc. II, do art. 55, da Constituição revogada, não tem uma conotação restritiva, no sentido de que se refere, exclusivamente, aos recursos monetários administrados pelo Estado em seu próprio interesse. No Estado moderno, a expressão também abarca aquela soma de dinheiro que o Estado administra, por expressa disposição de lei, mas que só mediatamente é do seu interesse. O Programa de Integração Social visa assegurar aos trabalhadores a participação no lucro das empresas, que será maior na medida em que for crescente o desenvolvimento econômico nacional. Ora, tal crescimento implementa-se através de planos nacionais de desenvolvimento que, aplicando os recursos obtidos com a contribuição para o PIS, provocará o crescimento deste. Refere-se ele, pois, a um aspecto de macro-economia, afetador do desenvolvimento nacional e, via de consequência, dizendo respeito às finanças públicas, cujo regramento era possível, na ordem constitucional então vigente, por meio de decreto-lei. Arguição de inconstitucionalidade em Apelação de Mandado de Segurança n. 400200, 1989, Rio Grande do Sul, Pleno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. DJ 14.11.90, p. 27126. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, p. 54. Relator para o Acórdão Juiz PAIM FALCÃO. Decisão por maioria.

Registro que o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, fixou entendimento no sentido de que a Lei Complementar n. 7/70, que instituiu o Programa de Integração Social – PIS, bem como a Lei Complementar n. 17/73, que a alterou, foram recepcionadas pela Constituição do Brasil de 1988, conforme RE-AgR – AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 406057, UF: MG – MINAS GERAIS, Rel. Min. EROS GRAU, decisão unânime, DJe-152 DIVULG 14-08-2008.

2. Sigilo bancário.

Aqui, além de haver uma discussão sobre o princípio do devido processo legal, concluiu-se que uma lei ordinária válida, de acordo com o sistema constitucional anterior, poderá, perfeitamente, vir a ser recepcionada como lei complementar, de acordo com o novo ordenamento encimado pela nova Constituição; não podendo, daí, vir a sofrer alteração por lei ordinária. É a decisão:

A Lei n. 4.595/64, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ter força de lei complementar, não podendo ser alterada pela Lei n. 8.021/90, ordinária, e, pois, de hierarquia inferior. No entanto, se assim não for, não basta o início do procedimento fiscal, fazendo-se necessário que se observe o princípio constitucional do devido processo legal. A simples menção da abertura do procedimento fiscal, sem a comprovação de que o contribuinte sequer teria sido cientificado de sua deflagração, importa em exonerar a instituição financeira do dever de fornecer as informações solicitadas pela autoridade fiscal, abrigando-se na proteção do sigilo bancário. Remessa de Ofício n. 3105940, 1994, São Paulo. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma. DJ 31.10.95, p. 75041. Relatora Juíza LUCIA FIGUEIREDO. Unânime.

Ocorre que o tema do sigilo bancário e as polêmicas em torno dele receberam importante revigoramento com a política brasileira de combate à sonegação de tributos; o que implicaria dizer, acaso haja sucesso nesta iniciativa, que a carga tributária daqueles que atualmente já pagam os seus tributos regularmente pode vir a baixar, pelo singelo motivo de que *se todos pagam*, é possível reduzir a carga tributária individual, sem prejuízo da carga tributária geral, não inviabilizando as necessárias despesas do Estado.

Foi a Lei Complementar n. 105, de 10/01/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, a revitalizadora das discussões; pois, no ponto de vista dos que por ela propugnam, na verdade não se estaria quebrando sigilo algum; mas apenas repassando dados das instituições financeiras para a Fazenda Pública; e, também ela, deveria guardar o respectivo sigilo.

Assim, haveria apenas uma transferência de sigilo, dos bancos para a Fazenda. Uma transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal.

3. Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional foi votado como lei ordinária, pois assim se permitia no ordenamento encabeçado pela Constituição de setembro de 1946. Ocorre que foi recepcionado como lei complementar pela Constituição de janeiro de 1967, não cabendo mais alterá-lo pela via ordinária, mas tão somente pela complementar.

Esta questão suscitou grande interesse, pois o Código Tributário Nacional é de 25 de outubro de 1966, tendo advindo, logo a seguir, uma nova Constituição. Se a conclusão não fosse afirmativa pela sua recepção, haveria a necessidade de um novo Código.

A decisão que vai a seguir não é a que primeiro consagrou o entendimento da recepção, mas esclarece o ocorrido, ao analisar outra importante discussão, que foi a da validade da contribuição sobre os lucros das empresas.

O acórdão, em suma, registra que, mesmo uma lei votada como se ordinária fosse (Código Tributário Nacional), mas recepcionada por um novo sistema constitucional que lhe atribui o jaez de complementar, não pode ser regularmente modificada pela via da legislatura ordinária, simplesmente porque, se assim se fizesse, restaria descumprido o novo comando constitucional:

Reconhecido ser o Código Tributário Nacional lei ordinária, mas com força de lei complementar, configura-se hipótese de inconstitucionalidade, e não de ilegalidade, já que usurpada competência reservada pelo Texto Maior àquele diploma. Precedentes do extinto Tribunal Federal de Recursos no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança n. 89825/Rio Grande do Sul e do Colendo Supremo Tribunal Federal na apreciação do Recurso Extraordinário n. 101084/Paraná. Questão preliminar que, por maioria, é rejeitada. Estabelecendo, o art. 35, da Lei n. 7.713/88, que os lucros das pessoas jurídicas, ainda não distribuídos, sofrerão tributação na fonte pelo imposto de renda, viola o disposto no art. 43, do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66), posto que cria nova hipótese de fato gerador, diversa das previstas em texto de maior hierarquia. Em assim estabelecendo, o texto – art. 35, da Lei n. 7.713/88 – violentou o princípio da hierarquia das leis, constitucionalmente estabelecido no art. 59, da Lei Maior. Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação de Mandado de Segurança n. 404947, 1991, Rio Grande do Sul. Pleno do

Tribunal Regional Federal da 4ª Região. DJ 16.09.92, p. 28541. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região vol. 12, p. 40. Relator Juiz PAIM FALCÃO. Decisão por maioria.

3.3.1.4. AINDA SOBRE A IMPORTÂNCIA DA LEI

Uma Constituição escrita – e assim tenho enfatizado em diversas decisões proferidas nesta Suprema Corte – não configura mera peça jurídica, nem representa simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações. A Constituição reflete um documento político-jurídico da maior importância, sob cujo império protegem-se as liberdades e impede-se a opressão governamental. A Constituição é a lei fundamental do Estado. Nela repousam os fundamentos da ordem normativa instaurada pela comunidade estatal. A normatividade subordinante que dela emerge atua como pressuposto de validade e de eficácia de todas as decisões emanadas do Poder Público. O estatuto constitucional, na pluralidade dos fins a que se acha vocacionado, reflete o momento culminante da instauração de uma ordem normativa revestida do mais elevado grau de positividade jurídica. (Trecho do discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, na solenidade de sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal, realizada, em Brasília/Distrito Federal, no dia 22 de maio de 1997).

Por tudo o que tem sido estudado quanto à legalidade, é pertinente a preocupação demonstrada pelo Ministro Celso de Mello, que, na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal, fez registrar a sua indignação a respeito da impunidade dos crimes transnacionais⁷¹, falando sobre a ausência de efetiva reação estatal ao desrespeito sistemático das

71 Um dos caminhos de combate à ação internacional criminosa é a permuta de informações, relativizando o sigilo. Seguindo esta linha de raciocínio, cito duas recentes leis brasileiras: a) Lei n. 10.174, de 9 de janeiro de 2001, art. 1: “A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42, da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.”; b) Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, alterando o art. 199, do Código Tributário Nacional: “A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.”

leis. Raciocina o ministro, dizendo que o descumprimento das leis reduz a autoridade do direito e leva ao descrédito as instituições.

Ora, se é assim, no plano internacional, com a mesma força e indignação, certamente, o será no plano interno.

São as palavras do ministro, indicando que o hábito do descumprimento normativo acarreta a indignação e a indiferença das populações, e leva à derrocada a autoridade do direito, ferindo a própria dignidade de cada um e de todos:

A existência da impunidade dos crimes transnacionais e a recusa de cooperação na repressão internacional a esses gravíssimos delitos constituem sinal visível de que o Estado não está sendo capaz de realizar plenamente uma das funções para as quais foi instituído. A ausência de efetiva reação estatal ao desrespeito sistemático das leis, por parte daqueles que atuam no âmbito de organizações criminosas transnacionais, traduz omissão que frustra a autoridade do Direito., que desprestigia o interesse público, que gera o descrédito das instituições e que compromete o princípio da solidariedade internacional na repressão incondicional aos delitos que ofendem a consciência universal e o sentimento de decência e dignidade dos povos. Por isso mesmo, a impunidade representa preocupante fator de estímulo à delinquência, gerando, no espírito do cidadão honesto, o sentimento de justa indignação contra a indiferença ética do Estado, que se revela incapaz ou destituído de vontade política para punir aqueles que transgridem as leis penais. (BRASIL, STF, CELSO DE MELLO, 1998).

As palavras são fortes, tal como recomenda a gravidade da situação que se constitui com o desrespeito às leis.

A opção pelo abandono da lei é extremamente perigosa. Imagine-se se outras categorias, como, por exemplo, a dos militares (Forças Armadas), viessem a se filiar ao “*direito alternativo*”, partindo para a conclusão de desconsiderar o direito legislado.

Tenho comigo que, ao contrário do que alguns possam imaginar, grande parte dos problemas jurídicos, que, atualmente, assolam o Poder Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal, não são aqueles provenientes dos leigos, mas os decorrentes daqueles que têm conhecimento jurídico e deveriam chegar, por si sós, a um consenso.

Essa é a minha insistência: a forma democrática de viabilizar a segurança é a lei, que precisa atender aos limites constitucionais.

Em verdade, há quem acredite que a maior entre as manifestações políticas do Estado é a função de elaborar a lei⁷², pois, tanto a função executiva quanto a judiciária, não seriam mais do que de aplicação legal.

Neste quadrante, é de se concordar com Hans Kelsen, que, em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*, sob o título *Independência dos Juízes*, aponta a similitude entre as duas funções (*executiva/judiciária*), atribuindo a razões históricas a existência das diversas denominações.

Enfim, a lei é um instrumento assecuratório de liberdade, e assim foi reconhecida, por exemplo, no art. 6º, da *Declaração de Direitos de 1789*, que diz:

A liberdade consiste no poder de fazer tudo o que não ofende outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites além daqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo destes mesmos direitos. **Estes limites não podem ser estabelecidos senão pela lei.** (Grifo nosso)

Poderia-se pensar que esta afirmação – a lei como um instrumento assecuratório de liberdade – apenas teria incidência para o particular, onde o princípio da legalidade termina por ser resumido na frase “*pode fazer tudo, desde que a lei não proíba*”, e não em relação ao exercício das atividades próprias à Administração Pública, no qual a frase seria “*só é permitido fazer aquilo que a lei determina*”.

Ocorre que, tanto na afirmação de que se pode fazer tudo, desde que a lei não proíba; quanto, também, na afirmação de que só é possível fazer aquilo que a lei determina, encontra-se o mesmo espírito, o mesmo fim.

O objetivo é um só, ou seja, o de evitar imposições sem base legal. Assim, o administrador público e o juiz não devem ser avistados como senhores que podem fazer tudo, porquanto sejam servidores da lei.

E não basta atender à legalidade, desvirtuando-a mediante interpretações de conveniência e oportunidade. É preciso conformá-la à moralidade e à finalidade administrativa.

72 Entre as leis, tenho como de especial destaque a Lei Orçamentária.

Ou, como diz Hely Lopes Meirelles (1990, p. 78-79), em seu *Direito Administrativo*:

Cumprir simplesmente a lei na friez a do seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do direito e da moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais.

Foi nesse sentido que o art. 37, da atual Constituição da República Federativa do Brasil, que trata da Administração Pública, anexou ao princípio da legalidade, princípios como o da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência.

Não basta a segurança pela aplicação da lei. É necessário que se busque a interpretação que melhor atenda aos interesses sociais. São tentativas constantes de se fixar expressões objetivas para a realização dos valores. Feitos todos esses comentários sobre o princípio da legalidade, especialmente verificado no contexto do Brasil, é necessário continuar demonstrando os critérios permeadores das providências objetivas que demarcam o princípio da segurança jurídica.

Antes disso, no entanto, peço que se observe o quanto é importante a estabilidade legislativa. Por vezes, passam-se anos construindo uma jurisprudência sobre uma matéria polêmica, e, quando a mesma começa a dar sinais de pacificação, vem o legislador e a altera, começando tudo de novo.

Também quanto à jurisprudência, embora não haja direito adquirido à manutenção da mesma – pois até a súmula pode ser revista –, na medida em que revela o direito na prática, proclamando uma interpretação como assente, é de ser alterada, se este for o caso, com cautela⁷³.

Enfim, a lei e o tempo é o nosso próximo objeto de análise.

73 Entre as 736 súmulas não vinculantes do Supremo Tribunal Federal, aponto uma que foi cancelada e outra que tem sofrido abrandamentos pelo Superior Tribunal de Justiça. A cancelada é a de n. 301. Era a Súmula n. 301: "Por crime de responsabilidade, o procedimento penal contra prefeito municipal fica condicionado ao seu afastamento do cargo por impeachment, ou à cessação do exercício por outro motivo." Aquela que tem sido abrandada pelo Superior Tribunal de Justiça é a de n. 621. É a Súmula n. 621: "Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis." Quanto a esta última, ver o Boletim de Jurisprudência n. 27/92, p. 73, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

3.3.2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A IRRETROATIVIDADE

3.3.2.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

As leis que retificam não devem retroagir. Partindo de que, em algum sistema jurídico, as leis podem ser interpretativas, peço a opinião que assimila às leis retroativas as que contêm interpretação. Todavia, efeitos no passado umas e outras não devem ter; as retificativas, porque, por definição, alteram a regra jurídica antiga; as interpretativas, porque ou são supérfluas ou alteram – são possivelmente retificativas. (MIRANDA, 1968, p. 79-80)

São muitas as regras de hermenêutica. Entre elas, costuma-se destacar certos princípios gerais de direito público, como: a Constituição quando quer os fins, concede os meios adequados (1); o todo explica as partes (2); as exceções devem merecer interpretação restritiva (3); quem pode o mais, geralmente, pode o menos (4); a prática longa e pacífica, normalmente, corresponde à melhor interpretação (5), etc.

No tema a seguir, tem-se uma outra regra: *o tempo rege o ato*. Para que seja possível a convivência social, faz-se necessário confiança e previsibilidade. Neste caminho, a Constituição do Brasil, procurou colocar algumas placas indicativas contra as quais não pode o aplicador rebelar-se:

Art. 5º. [...]

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...]

XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

III – cobrar tributos:

[...]

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

São essas normas constitucionais que pretendem tranquilizar a comunidade e os cidadãos, permitindo-lhes planejar a vida. Se assim não o fosse, se não houvesse o timbre da irretroatividade, se as leis não dispusessem para o futuro, restaria instalado um clima da mais absoluta apreensão sujeito à imprevisibilidade das decisões políticas. Mas não basta que a lei nova não retroaja de modo a prejudicar. É também necessário que o princípio da irretroatividade não consista apenas em não se aplicar a lei nova ao fato antigo. Ele deve também ser entendido no sentido de que não se pode aplicar o novo entendimento da lei antiga a um fato que preceda esta nova interpretação, acaso, naturalmente, venha a implicar em prejuízo. Tudo isso em nome da segurança das relações.

É esse o sentido que retiro do princípio e o considero ratificado pela legislação brasileira quando a mesma afirma:

a) no art. 146, do Código Tributário Nacional:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução;

b) no art. 2º, Parágrafo Único, inc. XIII, da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal): A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo Único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] XIII – interpretação da norma administrativa que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação.

Seguindo esta orientação, também me refiro à Súmula n. 105, do Tribunal de Contas da União, que diz: “a modificação posterior da juris-

prudência não alcança aquelas situações constituídas à luz de critério interpretativo anterior.”⁷⁴

Portanto, quando se diz que o tempo deve reger o ato, não se está restringindo à hipótese de que a lei nova não deve ser aplicada a fatos antigos, mas também se estende à hipótese de que a interpretação nova sobre a lei antiga não se deve aplicar a fatos antigos, acaso a consequência não seja benéfica para o indivíduo. Isso tudo informado pela necessidade de segurança nas relações.

No mesmo sentido, considero José Celso de Mello Filho, que, ainda antes de ser Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, em *Constituição Federal Anotada*, fez a sua leitura sobre o princípio da irretroatividade.

Ali, destacou a possibilidade de, excepcionalmente, a lei retroagir. Excepcionalmente, porque a lei detém carácter prospectivo; é feita para o futuro. A barreira que encontra para a retroatividade legal é a da violência ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. São as suas palavras, ratificando que a retroatividade não deve ser presumível, nem também operar em prejuízo do direito já adquirido:

A eficácia retroativa das leis é excepcional, não se presume, não pode gerar lesão à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, e deve emanar do texto expresso de lei. Nesse sentido: Revista dos Tribunais 218/447; RF 102/72, 153/695, 144/166. Observe-se que a Constituição não impede que o Estado prescreva leis retroativas. Veda, apenas, que o efeito retroativo das leis vulnere a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Ressalvadas estas três situações, cuja proteção deriva da necessidade de segurança das relações jurídicas, é lícito ao Poder Público editar normas dotadas de eficácia retroativa. Em princípio, as leis não devem retroagir, em face de seu carácter prospectivo. As normas legais são editadas para reger situações futuras. Os fatos pretéritos escapam, ordina-

74 Ver, ainda, as decisões n.s. 380/96-2ª Câmara (Diário Oficial da União de 30/10/96), n. 046/96 – Plenário (Diário Oficial da União de 11/03/96) e n. 101/96 – 2ª Câmara (Diário Oficial da União de 07/05/96); todas elas do Tribunal de Contas da União. Um exemplo de direito administrativo em razão do qual surgiu a polêmica é aquele em que, de repente, muda-se a interpretação, e se opera uma outra desfavorável ao cidadão. Eis o caso prático cogitado: uma pessoa aposenta-se em face de a Administração Pública haver adotado a interpretação de que o aposentado poderia prestar um concurso público para exercer outro cargo. Assim, antes de completar o tempo, aposenta-se proporcionalmente, e presta concurso, no qual é aprovado para exercer um outro cargo. Repentinamente, emite-se uma nova decisão no sentido de que não se pode mais acumular proventos da inatividade e remuneração, havendo-se a exigência da opção. Para alguns, lesou a boa-fé do administrado a nova interpretação, que não deveria retroagir.

riamente, ao domínio normativo das leis (Revista dos Tribunais 299/478). (MELLO FILHO, 1984, p. 326)

Mais adiante, já como Ministro do Supremo Tribunal Federal, reproduziu, enquanto relator de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, as suas lições, destacando, agora, não apenas o que pensa a respeito das chamadas leis interpretativas, como também salientando o que, no seu sentimento, constituem as três hipóteses limitativas às restrições gravosas.

De fato, mostrou-se favorável à existência das leis interpretativas, argumentando que as mesmas não traduzem uma usurpação das funções do Poder Judiciário, dado que não estão imunes ao exame e ao controle judicial. No mais, ressaltou, como o espaço próprio da irretroatividade das leis, a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, além do “*status libertatis*” e do “*status subjectionais*” do contribuinte.

O acórdão que vai a seguir deixa ver o que entende por irretroatividade este constitucionalista brasileiro, pois se, de um lado, as leis podem retroagir; por outro, há circunstâncias e requisitos exigíveis para a retroação. Quando se trata, por exemplo, de uma lei interpretativa, a mesma pode vir a ser constitucional, desde que não viole direito adquirido, prejudicando o indivíduo. É o raciocínio:

É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. As leis interpretativas – desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo – não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário, e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do Poder. Mesmo as leis interpretativas, expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional. A questão da interpretação de leis de conversão por medida provisória editada pelo Presidente da República. **O princípio da irretroatividade ‘somente’ condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do poder público eventualmente configuradora de restrição gravosa: a) ao ‘status libertatis’ da pessoa (CF, art. 5º, XL); b) ao ‘status subjectionais’ do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, ‘a’) e c) a ‘segurança’ jurídica no domínio das relações sociais**

(CF, art. 5º, XXXVI). Na medida em que a retroprojeção normativa da lei 'não' gere 'nem' produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo. As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, 'ordinariamente', dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, 'não' assentou, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar – n. 605/Distrito Federal. DJ 05.03.1993, p. 28987 e Ementário vol. 1694, p. 252. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento pelo Tribunal Pleno em 23.10.1991. Unânime.

3.3.2.2. LEIS INTERPRETATIVAS

Sobre as leis interpretativas, há quem pense, exatamente, o contrário do Ministro Celso de Mello, no acórdão anterior, em que reconhece a admissibilidade delas no sistema jurídico brasileiro; pois há quem as acuse de simulacro de lei.

É com esta expressão que Roque Antônio Carrazza (1991, p.175-176) a denomina, dizendo que a função de interpretar as leis é do seu aplicador, e especialmente do Poder Judiciário. Fala mesmo em círculo vicioso, dizendo que as leis interpretativas também precisam ser interpretadas, o que, fatalmente, conduziria a uma série infinita de interpretações.

Para evitar pendência desta ordem, em que contendem dois juristas de primeira linha, poderia-se pensar na necessidade de leis tão claras que não precisam de interpretação. É o que um brocardo traduz em "*in claris cessat interpretatio*".

No entanto, entre as ideias triunfantes na atualidade, isso é impertinente. Na verdade, o próprio Ulpiano havia ensinado o contrário, dizendo: "embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva" (Digesto, liv. 25, tít. 4, frag. 1, § 11).

Contra o que falou Ulpiano, apresenta-se Paulo: "quando nas palavras não existe ambiguidade, não se deve admitir pesquisa acerca da vontade ou intenção." (MAXIMILIANO, 1981, p. 33).

Logo, a discussão é muito antiga. Nem por isso, deixo de dizer o que penso. Tenho o entendimento de que se algo é, efetivamente, claro, ao

intérprete será difícil repetir com a mesma clareza o que foi dito. Assim, não se nega a possibilidade de fazê-lo. Ele pode interpretar a lei clara.

Ocorre que, acaso consiga ser tão claro quanto a lei, no máximo, ele a repetirá, havendo, ainda, a possibilidade de, no seu esforço de interpretar, vir a reduzir a clareza do mandamento normativo.

No entanto, o problema da aplicação normativa não está apenas na norma. É também preciso considerar as características e o contexto do aplicador. Por isso, faço recordar Celso, quando dizia: “saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém a sua força e poder.” (MAXIMILIANO, 1981, p. 34).

Considero idônea a edição de leis interpretativas, no entanto, seria recomendável ao legislador que, tanto quanto possível, fizesse leis claras. Assim deve proceder não para evitar a interpretação e a sindicabilidade judicial, mas de forma a permitir um melhor material de partida para a aplicação da norma por ele construída.

Não é recomendável atribuir ao futuro os erros do passado. Se todos (legislador e aplicador) realizarem as suas tarefas com zelo, maior será a possibilidade de um resultado mais satisfatório.

No entanto, ainda cabe perquirir se a lei interpretativa é retroativa. Caso seja, ela será inconstitucional, mesmo que provoque prejuízo ao indivíduo. Sobre esse assunto, no direito brasileiro, há um exemplo que me vem à mente. É o art. 106, do Código Tributário Nacional, que diz:

Art. 106. A **lei** aplica-se a ato ou fato pretérito: I – em qualquer caso, quando seja **expressamente interpretativa**, excluía a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; II – tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (Grifo nosso)

Sobre tudo isso, e especialmente quanto às leis interpretativas, faço um comentário. Não cabe a esse tipo de lei agravar a situação do indivíduo; no caso, o contribuinte. Se o fizer, deve ser considerada inconstitucional.

A presunção de constitucionalidade de que gozam as leis, pois inclusive há um controle prévio nas chamadas Câmaras de Constituição e Justiça (ou similares), não pode chegar a tal ponto.

Se a lei interpretativa não vier a beneficiar, prejuízo é que não pode trazer. Isso em nome da confiança e da previsibilidade que se exige em um Estado democrático de Direito (art. 1, *caput*, da Constituição do Brasil).

Vale transcrever o seguinte julgado do Eg. Superior Tribunal de Justiça, ao decidir polêmica recente acerca do caráter, ou não, de lei interpretativa do art. 3º da LC n. 118/2005, que trata da prescrição tributária:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. (TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO/COMPENSAÇÃO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. [...])

1. A prescrição da ação de repetição de indébito após o advento da LC 118/05 deve ser aferida da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

2. É que a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional”, constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, julgado em 06.06.2007).

3. Deveras, a norma inserta no artigo 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada:

“Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas. {nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. Há a corrente

que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo. Tal é o entendimento da AFFOLTER (*Das intertemporale Recht*, vol. 22, *System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts*, 1903, pág. 185), julgando necessária uma *Auslegungsklausel*, ao qual GABBA, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, [...] Compreensão também de VESCOVI (*Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili*, in *Giurisprudenza italiana*, 1904, I,I, cols. 1191, 1204) e a que adere DUGUIT, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo – “os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente” (*Traité de droit constitutionnel*, 3a ed., vol. 2o, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio PAULO DE LACERDA concede, entretanto, que seria exagero exigir que a declaração seja inserida no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei. Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração.

[...] SAVIGNY coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: “trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade” (*System des heutigen romischen Rechts*, vol. 8o, 1849, pág. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao n. 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como GABBA (*Teoria della retroattività delle leggi*, 3a ed., vol. 1o, 1891, pág. 29), que invoca MAILHER DE CHASSAT (*Traité de la rétroactivité des lois*, vol. 1o, 1845, págs. 131 e 154), sendo seguido por LANDUCCI (*Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariæ, di Aubry e Rau*, vol. 1o e único, 1900,

pág. 675) e DEGNI (L'interpretazione della legge, 2a ed., 1909, pág. 101), entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzido novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada. PAULO DE LACERDA (loc. cit.) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. LANDUCCI (nota 7 à pág. 674 do vol. cit.) é de prudência manifestada: “Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa.” Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: “Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito” (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2º, 1928, págs. 274-275).” (Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, in A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Vol. I, 3a ed., págs. 294 a 296). (BRASIL, STJ, EARESP 905174/SP)

Assim, cabe perquirir sobre o que se chama por ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada.

3.3.2.3. ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO

Não se pode desconhecer, por isso mesmo, que **o povo brasileiro ainda não tem acesso pleno ao Poder Judiciário**. Essa é uma realidade inquietante, cujo reconhecimento, no entanto, importa fazer, pois, no seio de uma sociedade fundada em bases democráticas e regida por importantes postulados de ordem republicana, nada pode justificar a exclusão de multidões de pessoas do acesso essencial à jurisdição do Estado. [...] A democratização do acesso à Justiça revela-se, desse modo, um inadiável programa estatal, cuja implementação terá a virtude de iniciar o processo de reinserção e reincorporação dos despossuídos ao sistema de direito do qual se acham injustamente excluídos, permitindo que o postulado da igualdade – fundamento verdadeiro do processo de construção da cidadania – tenha, finalmente, plena, conseqüente e definitiva realização. (Trecho do discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, na solenidade de sua

posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal, realizada, em Brasília / Distrito Federal, no dia 22 de maio de 1997)

Como se vê, é unânime o entendimento de que há uma proibição da retroatividade da norma, caso verificadas tais situações.

Passe-se, então, ao que, de mais importante, diz a legislação nacional sobre elas, de modo a se constatar o minudente tratamento legal:

Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942 (DOU 09.09.1942, retificado em 17.09.1942. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.**

Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º. Reputa-se **ato jurídico perfeito** o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º. Consideram-se **adquiridos** assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º. Chama-se **coisa julgada** ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.” (Grifo nosso)

“**Código Civil brasileiro** de 1916

Art. 74. Na aquisição dos direitos, observar-se-ão estas regras:

I – adquirem-se os direitos mediante ato do adquirente, ou por intermédio de outrem; II – pode uma pessoa adquiri-los para si, ou para terceiros; III – dizem-se atuais os direitos completamente adquiridos, e futuros os cuja aquisição não se acabou de operar.

Parágrafo Único. Chama-se deferido o direito futuro, quando sua aquisição pende somente do arbítrio do sujeito; não deferido, quando se subordina a fatos ou condições falíveis.

[...]

Art. 81. Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direito, se denomina ato jurídico.

[...]

Art. 114. Considera-se condição a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto.

Art. 115. São lícitas, em geral, todas as condições que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes.

Art. 116. As condições fisicamente impossíveis, bem como as de não fazer coisa impossível, tem-se por inexistentes. As juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados.

Art. 117. Não se considera condição a cláusula que não derive exclusivamente da vontade das partes, mas decorra necessariamente da natureza do direito, a que acede.

Art. 118. Subordinando a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito a que ele visa.

[...]

Art. 123. O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito.

[...]Art. 128. O encargo não suspende a aquisição, nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no ato, pelo disponente, como condição suspensiva.”

“**Código de Processo Civil brasileiro**⁷⁵.

Da contestação

Art. 301. [...]

§ 3º. Há litispendência quando se repete ação que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

[...]

75 Tal como diz o Decreto-lei português n. 433/99, de 26 de outubro (Aprova o Código de Procedimento e de Processo Tributário), as reformas processuais civis impõem uma relação de harmonia entre as suas disposições e as do Código de Processo Tributário ou legislação equivalente. Embora sendo o processo tributário um caminho especial, a evolução do processo civil não pode passar despercebida pelo processo tributário.

Da coisa julgada

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Diante de todos esses dispositivos o leitor poderá estar pensando sobre o perigo das definições legais.

O nosso Código de Processo Civil, em sua Mensagem (n. 210, de 2 de agosto de 1972 – Exposição de Motivos), afirma:

Sem discutir o valor dessa recomendação, de cujo acerto não pomos dúvida, ousamos, contudo, em vários lugares do projeto, desatendê-la, formulando algumas definições, que reputamos estritamente necessárias.

E, antes disso, asseverava: “Da terminologia do projeto – Fiel a essa orientação, esforça-se o projeto por aplicar os princípios da técnica legislativa, um dos quais é o rigor da terminologia na linguagem jurídica.”

E se observe que a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil foi assinada por Alfredo Buzaid, enquanto Ministro da Justiça no Brasil.

Quando se fala em ato jurídico perfeito, quer-se fazer menção àquele que foi consumado, nos quais estão reunidos todos os requisitos e elementos essenciais. Assim, se o ato está perfeito, é porque é válido, inexistindo invalidade superveniente.

Afinal, se, no momento da consumação, todos os elementos estão presentes, não se poderá, por uma questão de segurança, dizer, no futuro, que não estavam.

Se está perfeito naquele momento, não poderá deixar de estar depois. Evidentemente que não mais estando passivo ao risco da invalidade, ainda pode se sujeitar aos vícios de mérito, que podem ser adquiridos⁷⁶. Explican-

76 Diz a Súmula n. 473, do Supremo Tribunal Federal: “A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” Diz a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal): “Anulação, Revogação e Convalidação – Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade

do melhor: Algo pode ser conveniente hoje, e amanhã tornar-se inadequado. É fundamental essa distinção.

O ato jurídico perfeito é insuscetível de vícios de invalidade superveniente, porquanto válido ele já é, estando ultimado o seu nascimento, com a reunião daquilo que a legislação da época lhe exigia. O que ocorre é que ele pode deixar de ser adequado ou conveniente.

Sendo assim, a invalidade superveniente de um ato jurídico perfeito é uma retroatividade que não pode provocar prejuízos, sob pena de ser inconstitucional. É que o tempo rege o ato.

Note-se que o resguardo ao ato jurídico perfeito não se opera apenas para o presente. Ele também garante o futuro, provocando uma ilusão de ultra-atividade da lei que vigia quando do seu nascimento.

Na verdade, não é que a lei ainda continue em vigor, sobrevivendo aos novos tempos. O que ocorre é que, no passado, ela incidiu, não precisando incidir de novo para provocar os seus efeitos.

É um timbre do passado, que, por uma questão de previsibilidade e confiança, não pode ser abandonado. Eis, então, a justificativa assecuratória do ato jurídico perfeito.

Proseguindo, também é preciso manter intangível o direito adquirido, que complementa a proteção do ato jurídico perfeito. Para que o direito seja adquirido não é necessário consumá-lo. Basta que o seu titular, ou mesmo alguém por ele, possa exercê-lo. Não se exige o exercício do direito. Basta a possibilidade do exercício ao tempo da lei em que foi conquistado.

Assim, se o termo de início para o seu exercício já está fixado, ou se a condição para exercê-lo é de caráter inalterável a arbítrio de outrem (art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil), tem-se, também, direito adquirido.

O direito adquirido é intangível como uma consequência do princípio da segurança jurídica. Isso, ao ponto de constituir, ao lado da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, uma cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. IV, da

administrativa que importe impugnação à validade do ato. Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.”

Constituição do Brasil), porquanto estejam colocados entre os direitos e garantias individuais.⁷⁷

Assim, cabe a lembrança, sob os ares da Reforma Constitucional previdenciária, do seguinte exemplo.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil fixa normas sobre aposentadoria⁷⁸, estabelecendo prazos em tempo de serviço e em idade. Ocorre que as normas que compõem o texto original da Constituição de outubro de 1988 estavam sob a constante probabilidade de reforma (a

77 O previsto no § 4º, inc. IV, art. 60, da Constituição do Brasil não se resume ao disposto expressamente no art. 5º (Dos direitos e deveres individuais e coletivos), porquanto até este próprio artigo, configura no seu § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (Grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal parece haver reconhecido este caráter exemplificativo, quando considerou as inconstitucionalidades no Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras, admitindo que o Poder de Reforma (Emenda Constitucional n. 03, de 17 de março de 1993, violou, também, o princípio da anterioridade tributária, que não encontra previsão taxativa no art. 5º, mas apenas no art. 150, inc. III, alínea “b”).

Dentro da tese da ausência de taxatividade, estariam também protegidos contra as reformas constitucionais os direitos sociais.

A contestar o que digo, poder-se-ia apresentar o argumento de que, entre as cláusulas pétreas, citou-se, apenas, os direitos e garantias individuais, e não os sociais. No entanto, vale a lembrança de que, quando a Constituição de janeiro de 1967, tratou do mandado de segurança, acrescentou-lhe o adjetivo individual (ver o art. 150, § 21), e não se teve por limitada a abrangência do writ.

78 Apresentarei as normas gerais sobre a aposentadoria, conforme o texto original da Constituição de outubro de 1988 (que foi alterado pela Emenda Constitucional n. 20, de dezembro de 1998 e pela Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003) sob o argumento da necessidade de preservar o equilíbrio financeiro e atuarial). Constituição do Brasil. “Art. 40. O servidor será aposentado: I – por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos; II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço; III – voluntariamente: a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e trinta, se mulher, com proventos integrais; b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais; c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço. [...] Da Previdência Social. Art. 202 É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis anos últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente, mês a mês e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições: I – aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, e aos sessenta, para a mulher, reduzido em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal; II – após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e após trinta, a mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei; III – após trinta anos, se professor, e, após vinte e cinco, se professora, por efetivo exercício de função de magistério. § 1º. É facultada a aposentadoria proporcional após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher. [...]”.

Emenda n. 20, de dezembro de 1998, modificou o sistema de previdência social brasileiro, assim como o fez a Emenda n. 41, de 19 de dezembro de 2003), abaixo do argumento de que não há dinheiro para pagar os benefícios de prestação continuada (aposentadorias e pensões), especialmente dos servidores públicos. Assim, há uma corrida às aposentadorias, havendo um risco real de aumento das aposentadorias em massa.

Ora, mesmo reconhecendo a mutabilidade das normas constitucionais, as mudanças não podem ocorrer sem respeitar o direito adquirido, tal como já foi esclarecido.

Direito adquirido e direito exercido não se confundem. Direito adquirido é aquele que pode ser exercido, embora ainda não o tenha sido, exatamente nos termos do art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.

Não fosse dessa maneira, surgiria uma situação complicada, pois seria preferível a proteção a nível subconstitucional à proteção constitucional. Um absurdo. Note-se que não se fala de mera expectativa, mas de direito conquistado e ainda não exercido.

Sobre o problema da aquisição, do exercício e da expectativa, o Supremo Tribunal Federal já disse que o direito adquirido, na vigência de uma lei, não pode transmutar-se em expectativa, apenas pelo fato de esta lei vir a ser modificada.

Mesmo que isso fosse possível, e se esquecesse da necessidade da segurança que o Estado deve prestar ao cidadão, ainda assim haveria o argumento econômico; pois, provavelmente, as despesas seriam maiores, dado que, em se tratando de uma aposentadoria (*era o caso concreto*), produzir-se-ia a situação de ter de pagar duas vezes. A primeira, para o aposentado; a segunda, para o novo servidor.

Assim, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal, em torno do tema da aposentação, que um direito adquirido não se transmuda em expectativa, não apenas por motivo de respeito aos direitos fundamentais; mas também por compromisso e conveniência do próprio estado, que nada ganha ao instalar um clima de terror e ansiedade. É o que expressou:

O direito adquirido não se pode transformar em expectativa de direito só porque o titular preferiu continuar trabalhando, e não requereu aposentadoria antes de revogada a lei, em cuja vigência ocorrera a aquisição do direito. Expectativa de direito é algo que antecede a sua aquisição e não

pode ser posterior a esta. Uma coisa é a aquisição do direito, outra diversa é o seu exercício. Não devem as duas ser confundidas, e convém ao interesse público que não o sejam, porque, quando assim pioradas pela lei as condições da aposentadoria, se permitirá que aqueles eventualmente atingidos por ela, mas já então com os requisitos para se aposentarem, de acordo com a lei anterior, em vez de o fazerem imediatamente, em massa, como costuma ocorrer, com grave ônus para os cofres públicos, continuem trabalhando, sem que o Tesouro tenha de pagar em cada caso a dois servidores: ao novo, em atividade, e ao inativo.

Enfim, resumo o que penso de situações como essas: não se pode desconhecer a necessidade de uma política de tranquilização social.

Em nome de uma chamada flexibilização, não podem os aplicadores do Direito cederem, permitindo os reflexos da falta de segurança, ou, relembrando Paulo Manuel Otero, suscito refletir sobre a necessidade de, em um estado moderno, cada vez menores sejam as áreas que fiquem acima ou fora da dúvida e da crítica efetiva, mediante a aplicação da possibilidade de demanda judicial.

Para ser fiel ao autor, que não diz exatamente isso, confronto as leituras, referindo-me ao *O Acordo de Revisão Constitucional: significado político e jurídico*, quando, logo naquilo que chama de “nota prévia”, deixa registrado:

Traçando, por certo, uma perspectiva de Ciência Política e de Ciência do Direito que não será isenta de críticas, nem de dúvidas, o presente estudo mais do que fixar conclusões, pretende suscitar a discussão e, acima de tudo, expressar a ideia de que o exercício da função política, especialmente quando se ocupa das decisões fundamentais sobre a revisão constitucional, não se pode situar acima do direito ou fora do Direito, tal como sucederia se se reconhecesse ainda hoje a existência de zonas de actividade com relevância pública imunes ao Direito, antes se encontra subordinado aos princípios nucleares de um Estado de juridicidade. (OTERO, 1997, p. 5)

Até aqui, discutimos o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, pois tenho a intenção de deixar para depois a coisa julgada. Mas já é momento de lembrar que defendi que não existe hierarquia entre as normas constitucionais originárias. Logo, defendo que não há hierarquia entre a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Na verdade, eles se completam, dentro da orientação vetora de que o valor *segurança* necessita de limites de objetivação.

Notadamente, portanto, não cabe qualquer solução que conduza esses limites objetivos em direção contrária à finalidade almejada, que é a de transformar a segurança em um condutor de justiça.

3.3.2.4. DIREITO ADQUIRIDO CONTRA A CONSTITUIÇÃO

Constituição do Brasil. Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998 (Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências): Art. 3º. [...] § 3º. São mantidos todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, **observado o dis posto no art. 37, XI⁷⁹, da Constituição Federal.**" (Grifo nosso)

Novamente, volto a atenção para o direito adquirido, agora, suscitando o polêmico destaque que tem recebido a afirmação de que não existe direito adquirido contra a Constituição.

79 Constituição do Brasil. "(Com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 05.06.98) Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;" (Grifo nosso) Redação Atual do art. 37 [...] XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como li-mite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o sub-sídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tri-bunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, 19.12.2003).

No caso do Brasil, ao se levantar esse assunto, aparece, de pronto, o art. 17, das Disposições Transitórias, que revela:

Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, **não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido** ou percepção de excesso a qualquer título. (Grifo nosso)

Foi, aqui, que recrudescer a questão dos direitos adquiridos contra a Constituição. Como já fiz questão de detalhar anteriormente, não reconheço hierarquia entre as normas constitucionais, quer sejam regras ou princípios. Partilho do entendimento de que o material e o formalmente constitucional, enquanto inseridos no Texto Supremo, têm o mesmo relevo, ainda mais em um Estado como o Brasil, que comporta uma Constituição classificada como formal e rígida⁸⁰.

Logo, tudo aquilo que for fixado constitucionalmente, por outro que não o legislador constituinte originário, não poderá prevalecer sob o título de direito adquirido. Assim, se o Poder Reformador vier a introduzir novidades na Constituição que violem o direito adquirido, evidentemente que não prevalecerão.

Havendo choque entre o Poder Constituinte originário e o Poder de Reforma constitucional (órgão subordinado), sairá vitorioso o primeiro, como o próprio Supremo Tribunal Federal advertiu, ao reconhecer duas inconstitucionalidades junto ao Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF), conforme já foi disposto⁸¹.

80 Sérgio de Andréa Ferreira, em seu artigo “O princípio da segurança jurídica em face das reformas constitucionais, fez a seguinte afirmativa, com a qual estou de acordo: “Aliás, em Estado de Constituição formal e rígida, a distinção entre o materialmente e o formalmente constitucional tem seu relevo esmaecido, porquanto tudo que se insere no texto supremo é de natureza constitucional, com toda a proteção que essa posição acarreta.”

Em contrário, cito Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que, fazendo distinção entre as normas material e formalmente constitucionais, afirma que, em relação às normas materialmente constitucionais – aquelas essenciais à estrutura do Estado, que constituem o cerne da estrutura política, que sem elas o Estado ruidaria – é que pode ser levantado direito adquirido contra a Constituição, o que não caberá quanto às outras. Exemplificando o que assevera, apresenta o caso do direito de voto, que julga pode ser retirado para os menores até determinada idade.

Atualmente, creio que o mesmo exemplo não possa ser dado, pois, segundo o art. 60, § 4º, inc. II, da Constituição de outubro de 1988, “o voto direto, secreto, universal e periódico” é cláusula pétreia.

81 Aqui, eu me refiro à Emenda Constitucional n. 03, de 17 de março de 1993, quando foram havidas

Obviamente, que, se disposições outras, inclusive aquelas anteriores à nova Constituição, entrarem em choque com ela, as mesmas não poderão prevalecer.

O Poder Constituinte originário detém supremacia sobre todas as normas que lhe são anteriores e posteriores. As normas anteriores, incompatíveis com o novo Estado que se funda com a nova Constituição, não poderão vir a ser recepcionadas, nem mesmo sob o escudo do direito adquirido. É esta a interpretação que retiro do art. 17, das Disposições Transitórias.

3.3.2.5. CINCO QUESTÕES POLÊMICAS

1. A ignorância da lei não escusa.

É comum afirmar-se que a ignorância não escusa. A própria Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, de setembro de 1942, em seu art. 3º, deixou registrada: “Art. 3º. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Diz-se que se trata de uma presunção absoluta, que não admite prova em contrário. De fato, trata-se de uma ficção.

Diz Kelsen (1958, p. 51-52), em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado* que, em muitos casos, não encontra nenhuma diferença essencial entre este tipo de norma e a chamada lei retroativa.

Em verdade, isso pode ocorrer porque o fundamento de inconstitucionalidade da lei retroativa gravosa seria, exatamente, o de que uma lei retroativa não pode ser conhecida à época da prática do fato, assim como, muitas vezes, ocorre com a legislação existente.

Nesse aspecto, apenas quero lembrar que, como todas as leis devem ser publicadas, ao menos no Brasil, que consagra, constitucionalmente, pela via expressa e implícita o princípio da publicidade⁸², as situações, no plano abstrato, não se confundem. No entanto, não deixa de ser necessário considerar o caso concreto.

inconstitucionais as normas que violentavam a imunidade recíproca entre as pessoas políticas e a anterioridade tributária.

82 Por exemplo, no art. 37, *caput*, da Constituição de outubro de 1988.

Há pouco tempo, e dentro do tema publicidade, surgiu uma controvérsia muito peculiar na ordem jurídica nacional. A Lei n. 9.639, de 26 de maio de 1998, no seu art. 11, previu, no *caput*, a anistia para os agentes políticos (prefeitos e governadores) responsabilizados pela apropriação de quantias arrecadadas, mas não depositadas enquanto contribuição devida à seguridade social.

Ocorre que o parágrafo único, do mesmo artigo, estendeu essa anistia a qualquer outra pessoa acusada pelo mesmo crime. No entanto, este parágrafo não constava do texto da lei que foi aprovado no Congresso Nacional, havendo sido, posteriormente à votação, colocado, para, no dia seguinte, ser publicado. Constatando o que houve, o governo mandou reeditar a lei, excluindo o dispositivo “fantasma”.

Contra a posição do governo, vieram os *habeas corpus*, argumentando a constitucionalidade do parágrafo único da lei, em face da isonomia de tratamento que deve haver entre os agentes privados e os públicos.

Grande parte dos juízes ficaram a esperar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, embora houvesse exemplos contrários.⁸³ Diante do exposto, veio o Supremo Tribunal Federal, e declarou a inconstitucionalidade da anistia versada no parágrafo cogitado. O argumento que utilizou foi o de que o rito de discussão e votação do projeto de lei, que está previsto no art. 65, da Constituição do Brasil⁸⁴, não foi cumprido. Logo, a publicação “por engano” não poderia ter validade jurídica, não devendo gerar os efeitos penais.

Ora, se isso é possível em relação à publicação “por engano”, penso que o brocardo de que a ignorância da lei não escusa merece as suas temeranças na consideração do caso concreto. Em outras palavras, o visualizo como uma presunção relativa, que, muito cuidadosamente, e a título de extrema exceção, pode sofrer prova em contrário.

83 A 4ª turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) vinha concedendo a anistia, e extinguindo os processos. Ver *Gazeta Mercantil*, de 5 de novembro de 1998, p. A-13 – Legislação.

84 Constituição do Brasil. “Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.”

2. Combinação de leis

Por vezes, uma lei antiga é substituída por uma lei nova, e cada uma delas possui dispositivos benéficos em relação ao destinatário. Logo, a pergunta é se seria possível aplicar as duas leis simultaneamente naquilo que implicasse em benefícios; ou, em assim fazendo, o aplicador estaria usurpando função legislativa, pois estaria compondo uma terceira lei.

A matéria não se resume ao plano da doutrina e de mera curiosidade intelectual. Há casos concretos sobre o que se convencionou chamar de *combinação de leis*.

O Supremo Tribunal Federal, no Brasil, tem demonstrado a sua posição contrária à composição. No Recurso Criminal n. 1.381, no qual se discutiu a aplicação do Código Penal (lei mais benigna) a crime de roubo contra estabelecimento de crédito, afirmou-se que era “lícito ao juiz escolher, no confronto das leis, a mais favorável, e aplicá-la em sua integridade, porém não lhe é permitido criar e aplicar uma *terza legge diversa*, de modo a favorecer o réu, pois, nessa hipótese, transformaria-se em legislador.” Tal entendimento foi confirmado pela 2ª Turma do mesmo Supremo Tribunal Federal (Recurso Criminal 1.412).

No entanto, a doutrina parece ainda dividida, pois há grandes juristas que são favoráveis à combinação, como, por exemplo: Basileu Garcia, Celso Delmanto e Frederico Marques, para quem a integração é, perfeitamente, legítima, pois primeiro deve vir a Constituição, que predica a retroatividade benéfica, e, só depois, o formalismo jurídico. Contrários à combinação, e de acordo com o Supremo Tribunal Federal, estão: Nelson Hungria, Heleno Fragoso e Aníbal Bruno (TOLEDO, 1994, p. 36-38).

3. Normas em branco

Normas em branco são aquelas que, para serem aplicadas, exigem integração por outras normas complementares. São conhecidas no campo penal, como “norma penal em branco”.

Aqui, também a questão é controversa. Tenho o entendimento de que um ponto deve ser pacífico. Mesmo a norma complementar não pode trazer prejuízos, acaso traga uma efetiva inovação ao que já existia.

Isso não ocorre (o prejuízo retroativo) em situações como a da simples atualização do valor monetário. Admitindo a constitucionalidade do tabelamento de preços (o que, a depender do tipo de estado objeto de referência, pode não ocorrer), se em um momento esse tabelamento não foi observado, não será pela posterior atualização monetária da tabela que o ilícito deixará de existir, acaso, na época do fato, ele haja sido cometido.

Note-se que a atualização monetária não implica em valor adicionado, mas na mera necessidade de manter o valor real, desatualizado em face da corrosão inflacionária do valor histórico.

Outro exemplo na mesma direção é aquele de um condutor de veículo que faz o seu trajeto na contramão⁸⁵. Após a verificação do ilícito, e durante o processo a que responde, aquela mesma via tem seu sentido alterado, e aquilo que, na época do fato, era “contramão” (sentido proibido), deixa de ser. Quero crer que o ilícito continua presente, não cabendo desonerar o antigo infrator da norma técnica de trânsito.

4. Lei temporária

Lei temporária é aquela que surge para regular fatos cometidos durante a sua vigência. Via de regra, aparece em períodos anormais, de convulsão social ou de calamidade pública. Está prevista no art. 3º, do Código Penal brasileiro (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), que diz: “Art. 3º. A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência.”

Poder-se-ia pensar que se a lei nova é mais benéfica, não haveria razão para aplicar a lei temporária. Ocorre que, se assim for, ela passa a ser totalmente ineficaz, perdendo a sociedade um instrumento de segurança para períodos excepcionais ou anômalos. Essa é a justificativa para a manutenção dos efeitos decorrentes da sua incidência.

85 Em Recife, no ano de 2002, foi instalada uma peculiar discussão em torno do fato de que a variação de uma mão de trânsito poderia significar um abalo nas características do comércio local, com fortes repercussões na arrecadação tributária. Tratava-se da Av. Conselheiro Aguiar, uma das mais importantes do Bairro da Boa Viagem, um dos principais do Município do Recife e do Estado de Pernambuco.

5. Lei que corrige inconstitucionalidade de outra lei

Creio que a lei inconstitucional não deva ser corrigida por outra lei, mas por decisão judicial. Na esfera judicial, há aqueles que consideram a natureza meramente declaratória da decretação concentrada (direta ou abstrata) da inconstitucionalidade, devendo, por isso, retroagir os efeitos da decisão. Afinal, só se declara algo anteriormente existente ou inexistente. No entanto, também é possível defender a natureza desconstitutiva de decisões como essas. Aqui, os efeitos produzidos são resguardados.

Sobre a nova lei corretora, há aqueles que defendem que a anterior, mesmo inconstitucional, gozava de uma presunção de constitucionalidade, não sendo dado à nova lei vir em prejuízo do cidadão que foi por ela beneficiado.

Pessoalmente, e considerando a presunção de constitucionalidade não elidida pelo Poder Judiciário, penso que a lei substituta não deva provocar prejuízos, embora reconheça o grau de dificuldade de qualquer das soluções que se queira dar.

3.3.2.6. COISA JULGADA

Teoria da Ficção da Verdade. Elaborou-a SAVIGNY, partindo igualmente da consideração de que também as sentenças injustas, sejam resultantes de erro de fato ou de direito, fazem coisa julgada. Como também a sentença injusta faz coisa julgada e, por isso, aquilo que a sentença injusta declara não pode mais deixar de ser reconhecido como verdade, não só pelas partes, como ainda por qualquer juiz, no mesmo ou em outro processo, na sentença nada mais há do que uma ficção da verdade. Ficção é a aparência havida como verdade, mesmo quando não seja verdade. Donde a sentença produzir uma verdade artificial. (SANTOS, 1984, p. 46-47)

Como já foi visto, anteriormente, por mais de uma vez, a legislação brasileira buscou definir o que se entendia por coisa julgada. O Código de Processo Civil brasileiro procedeu dessa maneira duas vezes, a saber:

“Da contestação. [...] Art. 301. [...] § 3º. Há litispendência, quando se repete ação que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação

que já foi decidida por sentença de que não caiba recurso.” E no art. 467, que diz: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Também a Lei de Introdução ao Código Civil procede da mesma maneira, dizendo, em seu art. 6º, § 3º “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que não caiba recurso.”

Afora isso, há o instituto da ação rescisória, previsto entre os arts. 485 e 495, do mesmo Código de Processo Civil brasileiro, em que são estabelecidas: hipóteses de rescisão da sentença de mérito transitada em julgado (art. 485); os elementos que devem estar contidos na petição inicial desta ação (art. 488); o procedimento que deve seguir (art. 491-494); o prazo para a sua propositura (art. 495).

Portanto, embora, no art. 5º, inc. XXXVI, a Constituição do Brasil diga que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, verifica-se, mesmo assim, possível a rescisão da sentença de mérito transitada em julgado, desde que não ultrapassado o prazo legal, que, pelo Código de Processo Civil brasileiro, é de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Em outras palavras, a coisa julgada reconhece limites (objetivos – o dispositivo da sentença, e subjetivos – as partes do processo), havendo, até mesmo, casos em que, diante da natureza continuativa da relação (como, por exemplo, as pensões alimentícias), discute-se a sua própria existência.

Sobre as chamadas sentenças determinativas ou instáveis, que decidem este gênero de relações (art. 471, inc. I, do Código de Processo Civil e art. 873, da Consolidação das Leis do Trabalho), cabe registrar:

Non há propriamente exceção à autoridade da coisa julgada, mas sim acolhimento do princípio ‘rebus sic stantibus’: pelo que o juiz, na nova decisão, não altera o julgado anterior, mas, exatamente, por atender ao mesmo – que supõe a cláusula – adapta-o ao estado de fato superveniente (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1974, p. 269-271)

Recentemente, tentou o governo brasileiro, por meio de Medida Provisória (Medida Provisória n. 1.703-178, 28/09/98), duplicar o prazo de ajuizamento dessa ação, apenas na hipótese de ela vir a ser intentada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal, pelos Municípios, pelas

autarquias, pelas fundações e pelo Ministério Público (art. 5º, dando nova redação ao art. 188, do Código de Processo Civil brasileiro).

Discutiu-se, mais uma vez, diante de tal situação, a compatibilidade de procedimentos como esses, frente ao princípio da isonomia.

O contra-argumento utilizado é o de que é preciso tratar desigualmente aos desiguais, estando o Poder Público, tal como hoje estruturado, em situação de desvantagem perante os médios e os grandes escritórios de advocacia. Além disso, já são antigos os prazos em quádruplo para contestar, e em dobro para recorrer, quando se trata da Fazenda Pública e do Ministério Público, haja vista a própria redação original do art. 188, do Código de Processo Civil. No entanto, a discussão não se limita apenas ao prazo. Há aqueles que defendem a inadmissibilidade da ação rescisória à luz da nova conformação do princípio da segurança jurídica na Constituição de 1988. Como exemplo, tem-se Ives Gandra da Silva Martins (p. 61-77).

Entende esse jurista que, enquanto, na Constituição anterior, falava-se em “direitos concernentes à segurança” (art. 153); nesta, menciona-se “direito à segurança” (art. 5º).

Acrescenta, também, que, na Constituição de janeiro de 1967, havia uma nítida distinção entre *segurança nacional*, que teve o seu conceito plasmado na Escola Superior de Guerra, e que foi veiculada por atos institucionais imunes à apreciação judicial⁸⁶, e *segurança jurídica*, cuja amplitude não poderia entrar em choque com a primeira, sob pena de se ver afastada. Logo, estava, profundamente, fragilizada a *segurança jurídica*; o que não deveria ocorrer nos dias atuais.

Lembra, ainda, de que, na tentativa de limitar o entendimento que estava sendo dado à “segurança nacional”, o Ministro Aliomar Baleeiro proferiu voto, em que tenta esclarecer que essa expressão não deveria ser vista como vaga, ou de amplitude infinita, simplesmente amoldando-

86 Ver o que escrevi sobre o Brasil no período dos Atos Institucionais e Complementares. Foram, a partir de 1964, 17 Atos Institucionais e 73 Atos Complementares. Neles, restaram ampliados os poderes do Presidente da República. O movimento que se autodenominou de revolucionário afirmava-se detentor de um Poder Constituinte que não se exauria. Foram suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade. Foram suspensos os direitos políticos e cassados mandatos legislativos federais, estaduais e municipais. O Presidente da República chegou a ter poderes para decretar o recesso do Parlamento, quando julgasse conveniente. Suspendeu-se o *habeas corpus* em casos de crimes políticos e foram excluídos de qualquer apreciação judicial o Ato Institucional n. 5, de 13/12/1968 e os Atos Complementares que dele decorressem. Exemplifico com estas, entre várias outras medidas.

se à vontade de poder. Eis mais um acórdão histórico e corajoso, dada as circunstâncias de fragilização jurídica da época:

O conceito de segurança nacional não é indefinido e vago, nem aberto ao discricionarismo do Presidente ou do Congresso. Segurança nacional envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, nas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial, próximo ou sensato, e não o de amplidão infinita, consagrada pela Escola Superior de Guerra, o qual está assim descrito: ‘o grau relativo de garantia, que, através de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares, o Estado proporciona, em determinada época, à nação que jurisdiciona, para a consecução ou manutenção dos objetivos nacionais, a despeito de antagonismos ou pressões, existentes ou potenciais. (BRASIL, RE n. 62.731, DOU de 28.06.1968)

No entanto, se, no passado, o conceito de *segurança nacional* tolhia o de *segurança jurídica*; isso não mais encontraria justificativa no Brasil que sucedeu à Constituição, de outubro de 1988.

Também por isso, a segurança jurídica a que se refere o novo Texto deve ser vista como sendo mais plena. Com esse espírito, haveria de ser feita a análise da Súmula n. 343, do Supremo Tribunal Federal, que diz: “Não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de **interpretação controvertida nos Tribunais**”.⁸⁷ (Grifo nosso)

87 A leitura desta Súmula, mais uma vez, foi feita pelo Superior Tribunal de Justiça, agora relativamente à *questão de safra* do FGTS (Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço), inúmeras vezes reproduzida no Judiciário federal brasileiro. Eis o noticiário oficial deste Superior Tribunal brasileiro (www.stj.jus.br): “21.09.2.001. Decisão de Primeira Turma evitará avalanche de ações rescisórias sobre FGTS no STJ. A batalha jurídica envolvendo a reposição das perdas provocadas pelos planos econômicos nas contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS – teve importante desdobramento durante julgamento realizado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Por unanimidade, e de acordo com o voto da Ministra ELIANA CALMON, o órgão do STJ decidiu não examinar uma ação rescisória proposta pela Caixa Econômica Federal. A gestora do FGTS buscava reaver valores depositados em contas vinculadas resultantes de decisão anterior que garantiu a correção do saldo da conta vinculada ao Fundo. O posicionamento sinaliza que o STJ dará o mesmo destino às outras ações rescisórias da CEF em casos semelhantes, o que certamente evitará uma avalanche de processos similares ao Tribunal. [...] De acordo com a Súmula n. 343, que reflete o entendimento consolidado do STF, não cabe ação rescisória, por violação à literal dispositivo de lei, quando a decisão atacada tiver se baseado em legislação cuja interpretação era controvertida nos tribunais. Em sua decisão individual, a Ministra ELIANA CALMON demonstrou ser esta a hipótese relacionada com a questão da correção dos saldos do FGTS, que envolveu legislação abundante ‘e por isso mesmo controvertida’, segundo ela. [...] O órgão responsável no STJ pelo exame de questões envolvendo

Ocorreu que, já em 1984, o Supremo Tribunal Federal considerou inaplicável tal súmula em controvérsias constitucionais, restringindo a sua incidência à legislação infraconstitucional. (RE 101.114, DJ 10.02.84, Relator Ministro Rafael Mayer)

O Supremo Tribunal Federal, em 1984, apenas admitia a interpretação controvertida nos tribunais como autorizativa de ação rescisória se a matéria fosse constitucional, dado o seu relevo.

Mais adiante, em agravo regimental, o mesmo Supremo Tribunal Federal decidiu que não cabia ação rescisória quando a decisão rescindenda houvesse sido proferida segundo a jurisprudência dominante na época. (Agravo Regimental n. 957).

Diante destas idas e vindas, e ocorreram outras⁸⁸, cabe fazer um breve quadro demonstrativo das diversas posições do Supremo Tribunal Federal:

1. não cabe ação rescisória, por ofensa à literal disposição de lei (art. 485, inc. V), se a decisão rescindenda houver, à época, sido prolatada com base em interpretação controvertida nos tribunais;
2. não cabe ação rescisória, por ofensa à literal disposição de lei, se a decisão rescindenda houver, à época, sido prolatada com base em interpretação controvertida nos tribunais a respeito de norma infraconstitucional;
3. não cabe ação rescisória, por ofensa à literal disposição de lei, se a decisão rescindenda houver sido prolatada segundo a jurisprudência dominante à época;

De início, bastava a controvérsia nos tribunais para não autorizar a ação rescisória. Depois, passou-se a exigir o amparo da jurisprudência dominante à época para não autorizar a ação rescisória. Chegou-se, mesmo, a permitir a ação rescisória se a controvérsia jurisprudencial surgisse após

direito público seguiu o posicionamento adotado pela Ministra. A decisão unânime da Primeira Seção reconheceu a aplicação da Súmula n. 343 ao caso, e abriu caminho para que milhares de ações rescisórias sobre o FGTS, nas mesmas condições, sejam indeferidas pessoalmente por seus relatores, evitando o retardamento indevido da causa e aliviando o excesso de processos que já ameaça a rotina de julgamentos do STJ. Quanto aos processos remetidos ao STJ, que não tiveram solução final antes da decisão do Supremo que restringiu a correção monetária do FGTS a dois planos (Verão e Collor I – abril de 1990), fica valendo a orientação da Suprema Corte.”

88 Ver Revista Trimestral de Jurisprudência 97/19, na qual se defende o entendimento de que se a controvérsia jurisprudencial se formar após a edição do acórdão rescindendo, também aí caberá ação rescisória.

a decisão rescindenda. (Revista Trimestral de Jurisprudência 97/19). Em outras palavras, a depender da forma como se visualiza a ação rescisória, pode-se provocar sérios arranhões ao princípio da segurança.

A ação rescisória não pode se transformar em um simples recurso, até porque este instituto excepcional não deve ser confundido com uma revisão ordinária. É princípio geral de direito público o de que as exceções merecem interpretação restritiva. Sendo a coisa julgada uma garantia constitucional, não deve se compadecer com interpretações que despertem afronta à segurança jurídica.

É, também, preciso buscar o equilíbrio, fixando-se um prazo igualitário para a sua propositura, quer para o Estado, quer para o cidadão. É imperioso prestigiar o trânsito em julgado material apenas permitindo a ação rescisória em grau de exceção. É necessário que a jurisprudência venha a tomar uma posição duradoura de modo a provocar confiança.

Ainda sobre a ação rescisória e a sua excepcionalidade, quer no campo cível quer no penal, saliento, mais uma vez, a *Teoria Geral do Processo*, quando se renega diferenças ontológicas, fixando-se a diversidade nos casos e prazos legais:

Todavia, quer-nos parecer idêntica a natureza da coisa julgada quer no processo civil quer no penal, como ainda desnecessária a distinção entre coisa julgada penal, de acordo com a sentença condenatória ou absolutória. Tanto a sentença penal, como a civil, podem ser rescindidas, após a coisa julgada, **nos casos excepcionais** previstos, respectivamente, no art. 621, Código de Processo Penal e no art. 485, Código de Processo Civil. Existem apenas diferenças quanto aos casos em que a rescisão se admite, na esfera penal e na esfera não penal, e quanto aos prazos – o que, porém, significa somente uma regulamentação diversa, com vistas às diferentes relações jurídicas materiais, mas não uma diversidade ontológica quanto à coisa julgada. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1974, p. 271)

Finalmente, é de se enfatizar aquilo que foi dito nos próprios artigos de lei transcritos. A ação rescisória ataca a coisa julgada material; ou, como diz o Código de Processo Civil brasileiro (art. 485, *caput*): “a sentença de mérito transitada em julgado”.

Portanto, é de se esclarecer que a coisa julgada formal é a única produzida quando se extingue o processo sem o julgamento do mérito (art. 267, CPC brasileiro). Contudo, quando se extingue o processo com o julgamento do mérito (art. 269, do CPC), advêm as duas coisas julgadas, a formal e a material.

De tal ordem que a coisa julgada formal funciona como pressuposto da material, isto porque a primeira provoca a imutabilidade apenas dentro de um determinado processo, enquanto a segunda lança os seus efeitos para fora do processo, entre as partes que litigaram. Com a ressalva da ação rescisória que a atinge, não é possível voltar a julgar o que já foi julgado.

Conforme três dos mais prestigiados processualistas nacionais, enquanto a coisa julgada formal produz efeitos internos no próprio processo, encerrando-o; a material projeta-se para fora do processo, formando uma lei entre as partes litigantes. Seriam qualidades dos efeitos de uma sentença e não um dos seus efeitos. Funcionariam as coisas julgadas formal e material como degraus de um mesmo fenômeno. Veja-se:

A coisa julgada formal é pressuposto da coisa julgada material. Enquanto a coisa julgada formal torna imutável, dentro do processo, o ato da sentença, posta ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos, a coisa julgada material torna imutáveis os efeitos produzidos pela sentença, lançando-os fora do processo. É a imutabilidade da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes. Em virtude dela, nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes a litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica. Na lição de LIEBMAN, que acolhemos, quer a coisa julgada formal, quer a coisa julgada material, não são efeitos da sentença, mas sim qualidade da sentença e de seus efeitos, que a torna imutável. [...] Só as sentenças de mérito, que decidem a lide, acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor, produzem coisa julgada material. (Idem, p. 270)

3.3.2.7. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA

O princípio da constitucionalidade vem a ser o princípio mais característico daquele tipo histórico de Estado, o Estado Constitucional, a que se

associa o Direito Constitucional – porque não é mais do que o princípio da garantia do Direito Constitucional. [...] Por outras palavras; se o princípio da constitucionalidade está ligado ao conceito ou aos conceitos de Constituição (para que seja apreendido), são as circunstâncias, situações e acontecimentos à sua margem que mostram como se firmou e desenvolveu. (MIRANDA, 1963-64, p. 9-10).

Apresentarei, agora, o que colhi de mais usual na jurisprudência brasileira de hoje sobre o princípio da irretroatividade.

É de se observar que todas essas questões chegaram até o mais alto tribunal do País. Dizem respeito às reivindicações dos servidores públicos, à matéria penal (um homicídio qualificado combinado com estupro) e a complementariedade, fixada pelo Supremo Tribunal Federal, entre os princípios da irretroatividade e da anterioridade, inclusive quando esta última for considerada no intervalo nonagesimal (contribuições em favor da seguridade social).

Também entre as decisões aparece a composição feita por este tribunal entre medida provisória, irretroatividade e anterioridade tributária:

1. Na decisão abaixo, verifica-se uma tentativa de alguns Estados no sentido de economizar em frente às despesas com os servidores públicos. A licença-prêmio é uma prerrogativa do servidor que, após alguns anos de trabalho, pode vir a retirar alguns meses de descanso, como uma recompensa de haver sido, no período trabalhado, um servidor responsável. No entanto, pelas dificuldades econômicas por que passam, muitas vezes, os servidores querem optar por converter parte do seu descanso em dinheiro.

Licença-prêmio parcialmente conversível em dinheiro segundo a lei estadual. Cumpridos os requisitos necessários à sua concessão, não pode a lei revogadora superveniente suprimir o direito já adquirido à indenização. Recurso extraordinário que não se conhece por haver o acórdão recorrido dado exata aplicação ao disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição. (RE n. 222213, SC, Relator Min. Octavio Gallotti, 1ª Turma).

2. Novamente, aqui, mais uma questão de servidor público. Agora, pretende-se a indenização por férias proporcionais, embora haja ocorrido a aposentadoria antes da aquisição do direito às férias.

Férias proporcionais. Aposentadoria. Aposentando-se o servidor, antes do implemento do fator tempo alusivo à aquisição do direito às férias, desca-be falar em direito adquirido à indenização correspondente. RE n. 229428. DF. Relator Ministro Marco Aurélio. 2ª Turma.

3. Tem sido extremamente comum, após cada um dos planos eco-nômicos do governo brasileiro, surgirem questões em safra discutindo a mesma tese jurídica relativa ao plano. Normalmente, defende-se que parte da atualização monetária foi expurgada, reduzindo o valor real do dinheiro. É de rotina o Supremo Tribunal Federal não acolher a tese. É o que se vê, exemplificativamente, a seguir:

Planos Econômicos. Unidade de Referência de Preços (URP) de feverei-ro de 1989. Precedente do Plenário pela inexistência de direito adquiri-do. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 694. Recurso Extraordinário n. 233824. Sergipe. Relator Ministro NELSON JOBIM. Julgamento da 2ª Turma.

4. Foram, profundamente, rotineiras questões como essa. Muitos dos servidores públicos, no Brasil, ingressaram, nos seus cargos, sem concur-so; mas no regime jurídico da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), dado que, assim, fazendo opção pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), não adquiriam a estabilidade. Ocorre que, com o advento do Regime Jurídico Único (Lei n. 8.112/90) – uma previsão do Texto original da Constituição de outubro de 1988 (art. 39, *caput*, alterado pela Emenda Constitucional n. 19, de junho de 1998) – todos os servidores, inclusive es-tes, passaram a compor o referido regime. Daí, os celetistas reivindicarem a contagem, para todos os efeitos, do período em que trabalharam sob o regime da CLT. É de se dizer que lhes foram reconhecidos até mesmo direitos que os estatutários não possuíam, provocando uma combinação de direitos dos dois regimes.

Servidores celetistas da União que passaram a estatutários: Lei n. 8.112/90, art. 243. Direito adquirido à contagem, para todos os efeitos, do tempo de serviço público federal por eles prestado: Lei n. 8.112/90, art. 100. Precedente: Recurso Extraordinário n. 209.899 – Rio Grande do Nor-te, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Plenário, em 04.06.98. Recurso Extraordinário n. 231580. Rio Grande do Norte. DJ 23.10.98, p. 21. Ementá-rio vol. 1928-08, p. 1627. Relator Ministro CARLOS VELLOSO. Julgamento em 08.09.98. Unânime.

5. O princípio da irretroatividade da lei mais rigorosa possui um alcance muito evidente no campo penal. Assim, mesmo em caso de homicídio qualificado, manteve o Supremo Tribunal Federal esse entendimento, reformando as decisões das instâncias inferiores em homenagem ao princípio da segurança jurídica. À época da prática do delito, esse crime ainda não se encontrava entre os chamados, pela legislação nacional, de hediondos, que exigem o cumprimento da pena, integralmente, em regime fechado.

Crimes de Estupro e homicídio qualificado. Regime de cumprimento de pena: irretroatividade da lei mais rigorosa (art. 5º, XI, da Constituição Federal). Habeas corpus. Os crimes de estupro e homicídio qualificado ocorreram a 28 de dezembro de 1993. À época, já estava em vigor a Lei n. 8.072, de 26.07.90, que incluía o crime de estupro entre os hediondos e impunha o cumprimento da pena respectiva em regime integralmente fechado (arts. 1º e 2º, § 1º). Mas a mesma qualificação e o mesmo tratamento somente foram atribuídos ao crime de homicídio qualificado por força da Lei n. 8.930, de 06.09.94, que deu nova redação ao art. 1º daquele diploma anterior. Ora, esse tratamento mais severo da lei penal não pode retroagir, atingindo fato ocorrido em dezembro de 1993, em face do disposto no inc. XL, do art. 5º, da Constituição Federal, segundo o qual 'a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.' Deve, pois, prevalecer, no que concerne ao cumprimento da pena de homicídio qualificado (dezoito anos), o disposto no art. 33, § 2º, 'a', do Código Penal, em razão do qual 'o condenado à pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado'. Habeas corpus deferido, para se determinar que a pena pelo crime de homicídio qualificado (dezoito anos) seja cumprida em regime inicialmente fechado, e não integralmente fechado, como resulta da sentença de 1º grau e do acórdão que a confirmou, ora impugnado, remanescendo esse regime mais severo somente quanto à pena pelo crime de estupro (nove anos). Habeas Corpus n. 76.945. Rio de Janeiro. Relator Ministro Sydney Sanches. Julgamento da 1ª Turma.

6. No acórdão seguinte, o Supremo Tribunal Federal combina a irretroatividade e a anterioridade nonagesimal, dando uma demonstração de que, em matéria tributária, não basta que a lei não retroopere para prejudicar. É necessário, também, que a mesma, havendo criado ou majorado tributo, permita algum planejamento tributário.

Antes de apresentar a decisão, rememoro três dispositivos constitucionais (irretroatividade, anterioridade e anterioridade nonagesimal), a saber:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à união, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III – cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

[...]

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; II – dos trabalhadores; III – sobre a receita de concursos de prognósticos⁸⁹; IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003)

[...]

§ 6º. As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes implicando o disposto no art. 150, III, 'b'.

Como se vê, é preciso que a lei não apanhe fato anterior a ela, e que, também, não alcance fatos jurídicos tributários ocorridos durante o prazo

89 O art. 195, da Constituição do Brasil, de outubro de 1988, recebeu, pela Emenda n. 20, de 15 dezembro de 1998, a seguinte redação: “Art. 195. [...] I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; o lucro; II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201.”

Neste artigo, outros dispositivos foram acrescentados, indo até o § 11. Cabe dizer, que as reformas a este dispositivo decorreram de uma série de pendências judiciais contra o Estado, estabelecendo, agora, o Governo a sua posição no Texto Constitucional.

O art. 11, da Emenda n. 20/98, dispôs: “Até que produzam efeitos as leis que irão dispor sobre as contribuições de que trata o art. 195, da Constituição Federal, são exigíveis as estabelecidas em lei, destinadas ao custeio da seguridade social e dos diversos regimes previdenciários.”

da resguarda da anterioridade, que, normalmente, é o do exercício financeiro da sua edição (o que, no Brasil, corresponde ao ano civil). Entretanto, em se considerando as contribuições para a seguridade social, o prazo da anterioridade é menor. É de 90 dias contados da data da publicação da lei. Eis o acórdão:

Art. 2º, 'caput', da Lei n. 7.856, de 24.10.89 (contribuição social sobre o lucro das empresas). Ofensa ao princípio da irretroatividade (art. 150, III, 'a', Constituição Federal) decorrente da inexigibilidade das contribuições sociais dentro do prazo de noventa dias da publicação da Lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, 'b', da Constituição Federal. A Lei n. 7.856/89, majorando a alíquota da Contribuição Social sobre o lucro das empresas de 8% para 10%, somente entraria em vigor noventa dias depois de sua publicação, sendo inalcançável pelo aumento de alíquota, por conseguinte, o resultado do balanço apurado em 31.12.89, vez o princípio constitucional da irretroatividade. Recurso Extraordinário n. 195712. Rio Grande do Sul. DJ 16.02.96, p. 3019. Ementário vol. 1816-08, p. 1590. Relator Ministro Maurício Correa. Julgamento em 18.12.1995. 2ª Turma. Unânime.

De maneira similar, foi também a decisão sobre o Finsocial (antiga Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social). Ocorre que, aqui, considerou-se o intervalo de vigência da medida provisória.

O problema, no entanto, parece ser se o prazo a ser computado, para efeito de espera tributária, deve começar a ser contado a partir da conversão em lei da medida provisória, ou da primeira edição da medida provisória, ou, ainda, apenas da última edição, evitando, assim, uma surpresa maior para o contribuinte ou para o responsável tributário.

A permissibilidade da reedição, no campo tributário, suscita esta importante dúvida. Eis uma primeira postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro:

Finsocial. Entrada em vigor do art. 28, da Lei n. 7.738/89, em que foi convertida a Medida Provisória n. 32, de 03.02.89. Como se vê do art. 149, da Constituição Federal, as contribuições aludidas no art. 195 têm natureza tributária, embora a elas não se aplique o disposto na letra 'b', do inc. III, do art. 150, da Constituição Federal, graças à ressalva da parte final do art. 149: 'sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º., relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.' Tem razão a recorrida quando

sustenta que, contados os 90 dias a partir da publicação da Medida Provisória n. 32, de 03.02.89, que deu margem à Lei de conversão n. 7.738, de 09.03.89, só entraria em vigor no início de maio de 1989, não podendo, portanto, incidir sobre fato gerador ocorrido antes do decurso desses 90 dias, para alcançar a receita bruta auferida no mês de abril de 1989, sob pena de ofender o princípio da irretroatividade tributária, previsto no art. 150, III, 'a', da Constituição Federal. Recurso Extraordinário n. 168457. Minas Gerais. DJ 11.11.94, p. 30648. Ementário vol. 1766-05, p. 800. Relator Ministro Moreira Alves. Julgamento em 17.05.94. 1ª Turma. Unânime.

De fato, pelo trabalho de pesquisa que fiz, junto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclino-me por concluir que o mais alto tribunal do Brasil tem pacificado o seu entendimento no sentido de que o prazo requisitado pelo princípio da anterioridade tributária deve considerar o período a partir da edição da medida provisória, acaso a mesma venha a ser convertida em lei. Aponto este acórdão unânime da sua Segunda Turma, julgado em 1997:

Recurso Extraordinário. Contribuição social sobre o lucro. Lei n. 7.856, de 25.10.1989, art. 2º. Elevação da alíquota de 8% para 10%. **O prazo de noventa dias, previsto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, flui, no caso, a partir da data da Medida Provisória** n. 86, de 25.09.1989, convertida na Lei n. 7.856, de 25.10.1989. A legitimidade da aplicação da nova alíquota, no exercício de 1990, sobre o lucro apurado a 31 de dezembro de 1989. **Orientação firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal**, no julgamento dos Recursos Extraordinários n.s. 197.790-3 e 181.664-3. Recurso extraordinário conhecido e provido. Recurso Extraordinário n. 182.574. Rio Grande do Sul. DJ 25.04.97, p. 15219. Ementário Vol. n. 1866-05, p. 1015. Relator Ministro NERI DA SILVEIRA. Julgamento da 2ª Turma em 25.02.1997. Unânime. (Grifo nosso)

Ocorre que, durante o curso da realização do trabalho de pesquisa, pude constatar que o mesmo Supremo Tribunal brasileiro terminou por firmar um entendimento ainda mais gravoso do ponto de vista do contribuinte ou responsável tributário, pois permitiu a contagem do tempo, para efeito da anterioridade tributária, desde a primeira edição da medida convertida, considerando a hipótese bastante comum de reedição. Eis dois exemplos de arestos:

Recurso Extraordinário. Contribuição Social do Programa de Integração Social – PIS. Princípio da anterioridade em se tratando de Medida Provisória. O Plenário desta Corte, ao julgar o Recurso Extraordinário 232.896, que versa caso análogo ao presente, assim decidiu: ‘Constitucional. Tributário. Contribuição social do Programa de Integração Social e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP. Princípio da anterioridade nonagesimal: Constituição Federal, art. 195, § 6º: contagem do prazo de noventa dias, medida provisória convertida em lei: conta-se o prazo de noventa dias a partir da veiculação da primeira medida provisória [...] Recurso Extraordinário n. 247038. Minas Gerais. DJ 03.03.00, p. 95. Ementário Vol. n. 1981-16, p. 3245. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Julgamento da 1ª Turma em 15.12.2000.’⁹⁰

“PIS/COFINS: base de cálculo: L. 9.718/98, art. 3º, § 1º: inconstitucionalidade.

Ao julgar os RREE 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9.11.2005 (Inf./STF 408), o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da L. 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal.[...]

IV. Contribuição social: instituição ou aumento por medida provisória: prazo de anterioridade (CF., art.195, § 6º). O termo *a quo* do prazo de anterioridade da contribuição social criada ou aumentada por medida provisória é a data de sua primitiva edição, e não daquela que – após sucessivas reedições – tenha sido convertida em lei. Precedentes. (Origem: STF – Supremo Tribunal Federal Classe: RE-AgR – AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Processo: 419010 UF: RJ – RIO DE JANEIRO DJ 08-09-2006 Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE)

Enfim, o mais alto tribunal brasileiro pacificou o seu entendimento no sentido de que o prazo inicial que deve ser observado para se considerar respeitado o princípio da anterioridade é o da veiculação da primeira medida provisória.

90 É interessante observar que este acórdão foi colhido em julho de 2000, embora a data de julgamento apontada no site da Consulta da Jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal seja 15 de dezembro de 2000. Este equívoco, contudo, não retira a autoridade e a autenticidade da decisão, pois vários outros acórdãos poderiam ser apontados no mesmo sentido, haja vista: Recursos Extraordinários ns. 269134. Bahia. 1ª Turma, DJ 30/06/00, p. 90. Ementário Vol. 1997-19, p. 42; 227149. Minas Gerais. 2ª Turma. DJ 30/06/00, p. 86. Ementário Vol. 1997-04, p. 7 etc.

Pois bem, a partir de agora, o assunto a ser tratado será o da segurança jurídica e o princípio da anterioridade.

3.3.3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A ANTERIORIDADE

3.3.3.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Emenda Constitucional n. 32, de 11.09.2001: Art. 62. [...] § 2º. Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.”

Constituição do Brasil. “Art. 5º. [...] XL – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

[...]

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III – cobrar tributos: [...] b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Falou-se, até aqui, pela necessidade de lei, e que a lei não deve retroagir de modo a prejudicar o indivíduo. E que, em matéria tributária, é preciso complementar a irretroatividade com a anterioridade⁹¹, que será, em regra, um impedimento de as entidades políticas (União, Esta-

91 Em meio à defesa desta tese, Saldanha Sanches pareceu-me oferecer como exemplo de norma constitucional inconstitucional o princípio da anterioridade na Constituição brasileira. A uma, porque provavelmente lhe parece ser a única a consagrar este princípio. A duas, porque entende que se trata de um princípio aberto para planejamentos tributários, que seriam feitos apenas pelos mais favorecidos economicamente; o que violaria o princípio da isonomia. Discordando, contra-arguntei que os tributos constituem uma parcela importante no custo de um produto. Logo, ao se vender um bem, por exemplo, o valor apontado toma em conta os fatores de custo. Se fosse possível a alteração de todos os tributos de um sistema sem a observação de nenhum prazo de espera, a própria atividade empresarial estaria em risco. O princípio da não surpresa e a possibilidade de planejamento não são incompatíveis com a isonomia. Além do mais, o direito tributário não deve comportar-se como um rival das empresas de um país, inclusive porque elas fornecem emprego. Enfim, combater o emprego está longe de ser uma medida de justiça social.

dos, Distrito Federal e Municípios) cobrarem tributos no mesmo exercício financeiro (ano civil, segundo a Lei n. 4.320/64, art. 34⁹²) em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Uma exceção à anterioridade, pelo ano civil, consiste na chamada anterioridade nonagesimal⁹³, que diz respeito às contribuições sociais dirigidas à seguridade social (art. 195, § 6º, da Constituição do Brasil⁹⁴), que implica na espera de 90 dias da data de publicação da lei que as instituiu ou modificou.

O art. 16, da Constituição do Brasil (na redação da Emenda n. 04, de 14.09.93), também registra o período de espera de um ano para a lei que altera o processo eleitoral, dizendo: “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”

Assim se procedeu com o objetivo de evitar o favorecimento de interesses político-partidários, em favor dos eleitores e da própria classe política.

Ainda, a Lei de Introdução ao Código Civil, um Decreto-lei de setembro de 1942, fixou, logo no seu art. 1º, prazos de *vacatio legis*:

Art. 1º. Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País, 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada. § 1º. Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia 3 (três) meses depois de oficialmente publicada. § 2º. (norma elaborada sob o regime constitucional de 1937, e não tem aplicação desde a Constituição de 1946. Dizia respeito a leis elaboradas pelos governos estaduais por autorização do governo federal). § 3º. Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada à correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação. § 4º. As correções a texto de lei em vigor consideram-se lei nova.

92 Lei n. 4.320/1964, art. 34: “O exercício financeiro coincidirá com o ano civil.”

93 No ano de 2002, no caso envolvendo a discussão em torno da Proposta de Emenda Constitucional da prorrogação da Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras, lançou-se a pretensão por reduzir a anterioridade dos 90 dias para um período de espera mais curto, um prazo de 50 dias.

94 Constituição do Brasil de outubro de 1988. “Art. 195. [...] § 6º. As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b”.

Cabe repetir que é necessário que a lei não apanhe apenas fato anterior à sua publicação, mas também não deve alcançar fato ocorrido durante o prazo de resguardo para entrar em vigor.

Nesse aspecto, há uma particular importância quanto ao instituto da medida provisória. É que ela, nos termos do art. 62, da Constituição do Brasil, produz efeitos desde a edição. Assim, cabe perquirir se, editada uma medida provisória, o prazo, a partir da sua publicação, deve ser computado como período de resguardo, acaso venha ela a ser convertida em lei. Ou seja, se uma medida provisória foi editada no ano de 1989, e foi convertida em lei ainda no ano de 1989, e tratando ela de uma contribuição em favor da seguridade social, que exige o prazo nonagesimal, deveria ser computado o período anterior à sua conversão em lei para efeito do cumprimento do interregno?

Creio que a matéria tenha um eminente fundo polêmico. Há pouco, apresentei um acórdão do Supremo Tribunal Federal, do qual, agora, retiro um de seus trechos:

[...] Tem razão a recorrida quando sustenta que, contados os 90 dias, a partir da publicação da Medida Provisória n. 32, de 03.02.89, que deu margem à Lei de conversão n. 7.738, de 09.03.89, só entraria em vigor no início de maio de 1989, não podendo, portanto, incidir sobre fato gerador ocorrido antes do decurso desses 90 dias [...]. (Recurso Extraordinário n. 168457. Minas Gerais. DJ 11.11.94, p. 30648. Ementário vol. 1766-05, p. 800. Relator Ministro Moreira Alves. Julgamento em 17.05.94. 1ª Turma. Unânime.” (Grifo nosso)

Logo, aqui, a conclusão foi no sentido de que o prazo anterior à conversão deve ser computado no período nonagesimal, dado que, no acórdão, tratava-se de Finsocial, uma contribuição cobrada em favor da seguridade.

A mesma conclusão é retirada da leitura da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com sede no Rio Grande do Sul, em que se anuncia que o **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da arguição de inconstitucionalidade suscitada na Apelação em Mandado de Segurança n. 91.04.0258-3, Rio Grande do Sul,** entendeu por contar o prazo de anterioridade de 90 dias desde a edição da medida provisória convertida em lei. São os termos do acórdão:

1. O Tribunal Pleno, no julgamento da arguição de inconstitucionalidade suscitada na AMS n. 91.04.0258-3, Rio Grande do Sul, entendeu não ha-

ver inconstitucionalidade nos arts. 9º, da Lei n. 7.698/88, art. 28, da Lei n. 7.738/89, **visto que o prazo de anterioridade de 90 dias para cobrança do aumento (art. 195, § 6º, Constituição Federal) conta-se da medida provisória n. 63, de 01.06.89.** Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 431170, 1992, Santa Catarina, 2ª Turma, DJ 17.02.93, p. 4352. Relator Juiz JOSÉ FERNANDO JARDIM DE CAMARGO. Unânime.

Ainda, em acórdão publicado em outubro de 1998, novamente o Supremo Tribunal Federal não deixou dúvidas, evitando admitir solução de continuidade entre a medida provisória convertida e a lei de conversão. Observe-se:

Imóveis de Brasília: Medida Provisória n. 149/90: militar sem direito à compra de imóvel ocupado, pois, só posteriormente, passou a servir ao Estado Maior das Forças Armadas. Medida provisória: convertida em lei, a norma primitivamente editada, por medida provisória, considera-se vigente, sem solução de continuidade, desde a publicação desta. Recurso em Mandado de Segurança n. 23149. Distrito Federal. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. DJ 02.10.98, p. 15. Ementário vol. 1925-01, p. 58. Julgamento da 1ª turma em 15.09.98. Unânime.

Pois bem, em se admitindo o início da contagem do prazo da anterioridade tributária a partir da edição da medida provisória, é de se observar o seguinte: de acordo com o entendimento anteriormente majoritário da jurisprudência, se a medida provisória não fosse convertida em lei, mas também não fosse rejeitada, seria possível ao Poder Executivo reeditá-la, desde que ainda no prazo constitucional da edição da primitiva (art. 62, Parágrafo Único – Texto originário).

Nos termos da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, o art. 62, § 7º, da atual Constituição registra:

Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

Ocorre que, em meu entendimento, de acordo com o texto originário, a primeira medida não seria ressuscitada, não cabendo computar o decurso do seu prazo de vigência. Afinal, perdia a eficácia desde a edição.

Logo, na hipótese de se admitir que a medida provisória interfira em sede de obrigação tributária principal, apenas da edição da medida

provisória convertida em lei, é que se computaria o prazo para a cobrança da exação. Acaso prorrogada (nova redação), aí sim, o prazo poderia ser computado. Parece-me uma posição que pode ser de equilíbrio. Com tal raciocínio, acredito que se mantenha compatível o seguinte pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, quando renega o poder absoluto ao Executivo para o julgamento da oportunidade de iniciativa:

[...] A plena submissão das medidas provisórias ao Congresso Nacional constitui exigência que decorre do princípio da separação de Poderes. O conteúdo jurídico que elas veiculam somente adquirirá estabilidade normativa, a partir do momento em que – observada a disciplina ritual do procedimento de conversão em lei – houver pronunciamento favorável e aquiescente do único órgão constitucionalmente investido do poder ordinário de legislar, que é o Congresso Nacional. [...] O poder absoluto exercido pelo Estado, sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos. É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no Texto Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 293, Distrito Federal. DJ 16.04.93, p. 6429. Ementário vol. 1699-01, p. 09. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 06.06.1990. Unânime. (*) Discutia-se dissídios coletivos em matéria trabalhista, havendo Medida Provisória (190/90) estabelecendo a possibilidade de suspensão da eficácia de sentenças normativas.

Assim, tentaria-se justificar o estado de necessidade⁹⁵ e o exercício do poder de cautela presidencial, sem, contudo, deixar margem a interpretações ampliativas.

Sobre o estado de necessidade, como uma exceção ao princípio da preferência (nenhum ato inferior pode contrariar a lei) e da reserva (nenhum ato inferior pode deixar de ter fundamento na lei) de lei, considero o que disse Diogo Freitas do Amaral.

Falou o mesmo, lembrando o adágio romano que “*em caso de necessidade, não há lei*”, que circunstâncias excepcionais poderiam autorizar o não

95 É com este termo que o Supremo Tribunal Federal refere-se à medida provisória no acórdão referido, dizendo: “O que justifica a edição das medidas provisórias é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao poder executivo a adoção imediata de providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio ‘periculum in mora’ que, certamente decorreria do atraso da concretização da prestação legislativa.”

cumprimento do processo legal próprio às circunstâncias normais, e que isso não desautorizaria afirmar que o Estado que assim procedesse continuava a ser democrático. Para ser fiel, reproduzo o autor:

Com efeito, a teoria do estado de necessidade diz-nos que, em circunstâncias excepcionais, em verdadeira situação de necessidade pública – como, p. ex., em estado de guerra, em estado de sítio ou em caso de grave calamidade natural -, a Administração pública, se tanto for exigido pela situação, fica dispensada de seguir o processo legal estabelecido para circunstâncias normais, e pode agir sem forma de processo, mesmo que isso implique o sacrifício de direitos ou interesses dos particulares. Posteriormente, terá de indenizar os particulares cujos direitos assim tiverem sido sacrificados: mas pode sacrificar-lhes os direitos e interesses sem seguir a forma normal de processo, o ‘due process of law’. A doutrina do estado de necessidade existe e está consagrada em todos os países democráticos – e constitui, na verdade, uma exceção ao princípio da legalidade. Exceção essa que já vem desde o tempo da Roma antiga, onde se dizia: ‘necessitas non habet legem’ (em caso de necessidade, não há lei). (AMARAL, 1988, p. 60-61)

Em verdade, como manifestei, em parte anterior, apenas considerava adequada a utilização de medidas provisórias, em matéria tributária, em situações excepcionais, como em caso de guerra (empréstimo compulsório⁹⁶ e impostos extraordinários) e calamidade pública (empréstimo compulsório), não citando, aqui, as exceções constitucionais à anterioridade tributária (art. 150, § 1º), porquanto a variação das alíquotas, em relação a estes impostos, possam ser feitas por atos administrativos (art. 153, § 1º).

Há, no Brasil, autores de grande relevo, como Sacha Calmon Navarro Coelho, que se pronunciam de maneira incisiva, dizendo que, ressalvados os casos em que a própria Constituição brasileira, de maneira taxativa, aplaca a legalidade e excepciona a anterioridade, seria absoluto o princípio da indelegabilidade legislativa. É o que predica:

A lei em sentido formal e material exige, em sede tributária, como na penal, a absoluta indelegabilidade da função legislativa, salvo nos casos expressos na própria Constituição. Na Constituição Federal de 1988, as exce-

96 Contudo, em relação aos empréstimos compulsórios, vale observar que os mesmos devem ser veiculados por lei complementar (art. 148, da atual Constituição), e, por conta da Emenda Constitucional n. 32, de 11/09/2001, é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada a lei complementar (art. 62, § 1º, inc. III, da atual Constituição).

ções ao princípio da legalidade e da anterioridade, por razões de urgência e relevância, estão expressamente previstas. Assim, os impostos de importação, exportação, imposto sobre produtos industrializados e imposto sobre operações financeiras, podem ter as suas alíquotas alteradas por ato administrativo que entram a vigor de imediato. O imposto extraordinário de guerra e os empréstimos compulsórios emergenciais estão libertos da anterioridade. Vigoram de pronto. As contribuições previdenciárias observam o lapso de 90 dias, e logo produzem eficácia, desnecessitando de observar o princípio da anterioridade. Afora, ditas exceções, os demais tributos estão sujeitados à legalidade e à anterioridade. (COELHO, 1990, p. 314)

E, continua o autor, dentro da mesma linha, anunciando que a delegação legislativa, sem amparo expreso no Texto Constitucional, constituiria repudiável invasão de competência. Reflita-se:

Mas o princípio da legalidade vai além e proíbe a delegação, pois de nada adiantaria, já descontadas as exceções, a Constituição reservar à lei o trato de determinada matéria, se, depois, o legislador fazendo dela tábula rasa, delegasse o seu manejo ao administrador. Seria o dito pelo não dito. A Constituição obriga o legislador a consentir a tributação. A competência legislativa, em sede tributária, é indelegável. Esta é a razão pela qual, ocorrendo a delegação, surge a eiva de inconstitucionalidade. Ora, indelegável a competência legislativa para manejar tributos conforme a lei maior, o uso de medida provisória na espécie caracteriza invasão de competência, intolrada pela Constituição. (COELHO, 1990, p. 314)

Roque Antônio Carrazza (1991, p. 394) também é taxativo ao dizer: “A medida provisória e a lei delegada não podem, em nenhuma hipótese, nem criar, nem aumentar tributos.” Mas a questão da anterioridade ainda apresenta temas instigantes, entre eles o de saber se a mudança de prazo de recolhimento de uma contribuição social está, ou não, submetida a este princípio.

Note-se que a questão aumenta de importância em momentos de inflação elevada; pois, neste contexto, mais do que nunca, tempo é dinheiro. Afinal, a inflação corrói o valor real, fazendo com que o valor histórico da moeda fique absolutamente defasado.

Sobre o assunto, vários tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, concluem pela negativa, acolhendo a não incidência do princípio da anterioridade em situações como essas.

Veja-se o que disse o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com sede no Rio Grande do Sul, referindo-se aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, que são no sentido de afirmar que a mudança de prazo de recolhimento de um tributo não deve estar submetida ao princípio da anterioridade. É o aresto:

Lei n. 8281/91 (conversão da medida provisória n. 298/91). Alteração do prazo para recolhimento do Finsocial e do IPI. É ilegal a alteração quanto à antecipação do prazo para recolhimento do Finsocial, de acordo com a Lei n. 8218/91 (conversão da medida provisória n. 298/91). Segundo precedentes do Egrégio Supremo Tribunal Federal (Ver Recurso Extraordinário n. 181832-8, julgado em 28.06.96, unanimidade, Relator Ministro ILMAR GALVÃO), não há ofensa ao art. 195, § 6º, a simples mudança do prazo de recolhimento das contribuições sociais; não se submete, pois, ao princípio da anterioridade. Por outro lado, quanto ao imposto sobre produtos industrializados, a alteração do prazo de recolhimento não é vedada constitucionalmente (art. 150, § 1º). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança n. 442370. 1994. Paraná. DJ 18.06.97, p. 45429. Relator Juiz VOLKMER DE CASTILHO. Unânime.

Evidentemente respeitando a posição jurisprudencial, inclino-me por dela discordar, sobretudo se se estiver diante de índices consideráveis de inflação. A redução pura e simples de prazos implica em alteração de um paradigma fiscal, implicando em variações patrimoniais.

Tempo é dinheiro. Imagine-se alguém que recebe dez reais (moeda brasileira – importância mais de dez vezes menor que um salário-mínimo). De imediato, pensaria-se que o valor é baixo. Ocorre que se o mesmo valor for percebido a cada décimo de segundo, tudo muda, porque **tempo é dinheiro**.

A minha posição não parece isolada, haja vista o que disseram três dos maiores tributaristas brasileiros:

[...] a garantia patrimonial que a Constituição dá não é meramente formal ou nominal. Ela é substancialmente material. O que afinal importa e está no cerne das garantias em matéria tributária é o 'quantum' a ser desembolsado pelo contribuinte: é o montante de sua dimensão patrimonial. [...] Ora, esta se estipula em termos legais predeterminados: o pagamento é do montante X, e nas condições 'a' e 'b', nos prazos 'c' e 'd'. Quer a Constituição que o contribuinte saiba antecipadamente tudo isso. É seu direito,

constitucionalmente garantido, pagar em duas ou em dez vezes. Assim, assumem igual importância a proteção do direito de só pagar o montante devido e pagá-lo nos termos da lei, isto é: nos prazos e condições legais. (ATALIBA; GIARDINO; BARRETO, p. 41-85)

3.3.3.2. ANTERIORIDADE E ANUALIDADE

Ainda remanesce o hábito de mencionar-se o princípio da anualidade, no lugar a anterioridade, o que, a bem do rigor, substancia erro vitando. Aquele primeiro (anualidade) não mais existe no direito positivo brasileiro, de tal sorte que uma lei instituidora ou majoradora de tributos pode ser aplicada no ano seguinte, a despeito de não haver específica autorização orçamentária. Para tanto, é suficiente que o diploma legislativo entre em vigor no tempo que antecede ao início do exercício financeiro em que se pretende efetuar a cobrança da exação criada. Continua válida, no sistema, a prescrição do art. 165, § 5º e 8º, que determina a obrigatoriedade da inclusão de todas as receitas no orçamento anual. Sua inobservância, todavia, não mais inibe a possibilidade de exigência do gravame desde que se obedeça à anterioridade fixada no art. 150, III, b [...]. (CARVALHO, 1991, p. 98-99).

Diz a Súmula n. 615, do Supremo Tribunal Federal: “O princípio constitucional da anualidade (§ 29, do art. 153, da Constituição Federal) não se aplica à revogação de isenção do ICM”. Evidentemente que a súmula refere-se à Emenda Constitucional n. 01, de outubro de 1969, que dispunha:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 29. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado, por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição.

Já em 1987, ainda continuava o Supremo Tribunal Federal a preferir a confusão terminológica, conforme se demonstra no acórdão a respeito do Imposto sobre Circulação de Mercadoria. De fato, tem utilizado os termos “anterioridade” e “anualidade” indistintamente. Diz o aresto:

ICM. Princípios constitucionais da anterioridade e anualidade do tributo (parágrafo 29, do art. 153, da Constituição Federal). A Lei n. 3.991, de 28 de dezembro de 1983, do Estado de São Paulo, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 1984, com base na Emenda Constitucional n. 23, de 1º de dezembro de 1983, que entrou em vigor na mesma data (01.01.1984), não afronta os princípios constitucionais do § 29, do art. 153, da Constituição Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento ou de petição n. 113353. São Paulo. DJ 20.03.87, p. 4600. Ementário vol. 1453-05, p. 980. Relator Ministro SYDNEY SANCHES. Julgamento em 27.02.87. 1ª Turma. Unânime.

Como é de se perceber, o que o Supremo Tribunal Federal denominou de anualidade, normalmente, a doutrina brasileira chama de anterioridade.

De fato, a Constituição de setembro de 1946, em seu art. 141, § 34, 2ª parte, predicava:

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 34. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; **nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária**, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra. (Grifo nosso)

Assim, nesse dispositivo, constava expressamente que nenhum tributo deveria ser cobrado sem prévia autorização orçamentária. Eis aí, realmente, o princípio da anualidade orçamentária.

Note-se que isso não se confunde com o mandamento atual de que não se podem cobrar tributos “no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os houver instituído ou aumentado.” (art. 150, III, “b”, CF 1988)

Assim a Constituição do Brasil, de outubro de 1988, veicula, apenas, o princípio da anterioridade tributária.⁹⁷

97 Há quem disto discorde, apontando o art. 165, 2º, da Constituição de outubro de 1988: “A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, **orientará a elaboração da lei orçamentária anual**, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.”

Para o observador atento surge a conclusão de que o princípio de maior garantia não é o da anterioridade, dado que uma lei pode ser publicada no final do ano, cabendo muito pouco tempo para qualquer planejamento futuro da parte da pessoa física ou jurídica.

Diferentemente ocorre em relação à exigência de que o tributo cobrado conste na lei orçamentária, pois essa, segundo mandamento constitucional em vigor, deve ter o seu projeto encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro, devendo ser devolvida para sanção até o encerramento da sessão legislativa⁹⁸ (art. 35, § 2º, inc. III, Disposições Transitórias).

O princípio da anterioridade, por permitir que uma lei que crie ou aumente o tributo, venha a ser publicada no último dia do ano (31 de dezembro), mesmo assim, acarrete a cobrança do valor implicado já no dia seguinte, não impede a surpresa, permitindo rupturas na segurança jurídica.

O princípio da anualidade, se fosse consagrado constitucionalmente, implicaria em uma garantia mais estável, pois exige, para a cobrança do tributo, duas situações bem definidas:

1. faz-se necessário a presencialidade no orçamento da autorização para cobrá-lo (autorização orçamentária);
2. faz-se necessário que a lei que crie ou aumente o tributo seja preexistente ao orçamento, dado que a lei orçamentária não poderá autorizar ou condicionar o que ainda não existe.

Logo, são exigidas duas leis. Uma primeira, que cria ou aumenta o tributo, que deve ser preexistente à lei orçamentária; e, portanto, em face dos prazos constitucionais, haverá de ter sido expedida no exercício anterior ao da cobrança (anterioridade). E uma segunda que é a própria lei orçamentária, cujos prazos já foram relacionados (art. 35, § 2º, III, Disposições Transitórias).

98 Constituição do Brasil. “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação, enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. [...] § 3º. Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.”

Assim, para atender ao princípio da anualidade é pressuposta a atenção ao princípio da anterioridade. A anualidade detém um **algo mais** em relação à anterioridade. A anualidade é mais compatível com o princípio da segurança jurídica.

Por isso, compreendo que quanto mais estável for o Estado, maior será a possibilidade de se adotar o princípio da anualidade orçamentária.

Cabe, então, inquirir se, não prevendo a Constituição atual o princípio da anualidade, vigendo, no plano federal, apenas o princípio da anterioridade, é, mesmo assim, possível aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no exercício daquilo que a Constituição chamou de poder constituinte decorrente, estabelecê-lo. Diz o art. 11, das Disposições Transitórias da atual Constituição do Brasil:

Art. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecendo aos princípios desta. Parágrafo Único. Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual.

Diante da questão penso que seria, e ainda é, perfeitamente possível a fixação do princípio da anualidade na Constituição Federal, com repercussões para todos os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

No entanto, acaso não apareça essa previsão, também se faz teoricamente possível as Constituições dos Estados ou as Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal estabelecer a previsão da anualidade orçamentária como um desdobramento do princípio constitucional da segurança jurídica.

É verdade que, em certas oportunidades, surge a indagação se, mesmo prevista a anualidade, e contida no orçamento a lei criadora ou majoradora do tributo, se, ainda assim, seria possível modificar a legislação tributária, para o mesmo exercício financeiro, sem a permissão no orçamento.

Em regra, a resposta é não. Em situações normais, apenas com o beneplácito do orçamento seria possível mudar um tributo. Logo, as mudanças precisam constar no orçamento do próximo exercício, permitindo, assim, um suporte de planejamento de vida.

Ocorre que dois dispositivos constitucionais têm caráter de grande realce nesse assunto. São os §§ 5º e 8º, do art. 165, da atual Constituição do Brasil. Mas nem a doutrina nem a jurisprudência retiram dos seus conteúdos a consequência da anualidade orçamentária.⁹⁹

Enfim, o fato de o direito brasileiro não consagrar o princípio da anualidade orçamentária, não retira a importância da figura do orçamento como um meio de se atribuir segurança jurídica aos particulares.

Em um Estado de Direito, tanto estes, quanto também o próprio Estado, deve submeter-se às leis promulgadas. De nada adianta uma Constituição conferir direitos inexecutáveis, como, tantas vezes, é acusada a brasileira.

Fala-se que o “*custo-Brasil*” inviabiliza a nossa economia. Ocorre que o orçamento é uma construção conjunta com o Congresso Nacional, que fica, plenamente, ciente, por exemplo, do resvalo dos recursos da seguridade social¹⁰⁰.

Onde, em que, e como gastar o dinheiro que se arrecada é matéria intimamente ligada à anualidade. É este o tema a seguir: orçamento¹⁰¹.

99 Constituição do Brasil “Art. 165. [...] § 5º. A lei orçamentária anual compreenderá: I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II – o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. [...] § 8º. A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.”

100 É de grande relevo que, segundo a Emenda Constitucional n. 20, de dezembro de 1998, tem acrescentado ao art. 167, o inc. XI, que diz: “Art. 167. São vedados: [...] XI – a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II (seguridade social), para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.”

101 Na Constituição da República Portuguesa, é o art. 105º que trata do orçamento do Estado, dizendo que ele contém: a) a discriminação das receitas e despesas do Estado, incluindo as dos fundos e serviços autónomos; b) o orçamento da segurança social.”

3.3.3.3. ORÇAMENTO ¹⁰².

3.3.3.3.1. DEFINIÇÃO E ENUNCIÇÃO HISTÓRICA

O modo mais freqüente de mudança de regime é a revolução, ou seja, a ruptura instantânea, global e, o mais das vezes, violenta, da ordem constitucional precedente. Mas não é o único. Também se dá a transformação por dentro, a reforma política ou transição constitucional. Conhecem-se importantes exemplos históricos de passagem sem ruptura: a evolução inglesa do Estado estamental para a monarquia constitucional e da predominância da Câmara dos Lordes para a da Câmara dos Comuns; a outorga da Carta Constitucional portuguesa por D. Pedro IV (I do Brasil) em 1826; a sucessão em França, em 1958, da IV para a V República; a reforma política espanhola, de 1976 a 1978, das Leis Fundamentais de Franco à nova Constituição democrática. Ora, é justamente um processo de transição constitucional, do maior interesse, o que está em curso no Brasil, aberto com a eleição de Tancredo Neves em 1985, traduzido na convocação de um Congresso com poderes constituintes e que, feita a eleição em 15 de novembro de 1986, irá culminar na elaboração de uma nova Constituição.” (MIRANDA, 1987).

Inicialmente, é preciso se informar quanto ao significado da palavra orçamento. A expressão deriva do vocábulo italiano “*orzare*”, que significa fazer cálculos.

Entre as várias definições oferecidas pela doutrina, tenho que seria adequado afirmar que se trata de um quadro orgânico da economia pública. É um verdadeiro espelho da vida do Estado, demonstrando cifras que trarão indícios veementes do progresso, da cultura e da civilização que o possui. Assim, o Poder Legislativo prevê e autoriza o Executivo e o Judiciário, por um certo espaço de tempo, e de maneira detalhada as despesas de funcionamento dos serviços públicos e as de outros fins relativos à política econômica do País, demonstrando, também, o que se espera arrecadar em face das leis já criadas. Então, pode-se destacar:

102 Aqui, o autor, discordando da conclusão do Supremo Tribunal Administrativo, *que admitiu a utilização de autorizações legislativas orçamentárias para além das situações de caducidade resultantes da Constituição*, termina o seu comentário destacando um ponto que me parece fundamental: não se deve interpretar a Constituição conforme as leis, mas as leis conforme a Constituição; sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade. (OTERO, 1992, p. 286)

1. o caráter social do orçamento, pois, na confecção do mesmo, é que se irá demonstrar o que um Estado prioriza e aquilo que exclui. Sendo o orçamento uma previsão de receitas e de realização de despesas, esclarece àquele que com ele entra em contato sobre qual a sociedade que ali se pretende construir;
2. o caráter periódico do orçamento, que poderá, ou não, coincidir com um único exercício financeiro (Constituição do Brasil, art. 165, § 9º, inc. I e Lei n. 4.320/64, art. 34 – atualmente, no Brasil, coincide). É de se esclarecer que, nos termos do art. 165, § 9º, inc. I, está exposto que “cabe à lei complementar dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentária e da lei orçamentária anual”.

Além do mais, é preciso lembrar que a peça orçamentária plurianual tem possibilitado a construção das diretrizes de um governo que assume e que pretende impor os seus objetivos e metas;

3. o seu caráter de controle das receitas e das despesas públicas.

No passado, muito se discutiu sobre a natureza jurídica do orçamento. Para uns, ele seria ato administrativo (ou uma série deles). Para outros, teria natureza de lei. Chegou-se, mesmo, a dizer que, do ponto de vista da receita, teria natureza de lei; enquanto, do ponto de vista da despesa, configuraria ato administrativo.

Diz-se, também, que para que viesse a ser considerado lei, seria apenas do ponto de vista formal (processo legislativo); porquanto, do ponto de vista material, pela ausência de generalidade e abstração, não teria natureza de lei.

Sob o ângulo prático, é necessário tomar em cotejo que o orçamento é um plano que, ao final do exercício, pode vir, ou não, a ser plenamente executado. Dentro desse enfoque, mais uma vez aponta-se o caráter especial da lei orçamentária, pois a sua imperatividade resume-se a estabelecer limites (receita/despesa) para o Estado de Direito.

Pela Constituição brasileira em vigor, o orçamento é lei (art. 165, incs. I/III, e dispositivos seguintes). E é esta posição que prevalece no

mundo moderno, em que as democracias representativas afloram cada vez mais.

Quanto à sua história, embora tenha sido a Magna Carta (1215) o marco do surgimento do controle orçamentário, são apontados, como exemplos pioneiros, a cobrança de tributos extraordinários mediante o consentimento dos contribuintes; isso em Portugal, sob a regência de Dom Afonso VI (1091). E também:

1. a votação dos impostos pelos delegados dos contribuintes nas Cortes de Leão (1188);
2. a convocação das Cortes ou Assembleias Gerais para a autorização de tributos a serem cobrados pelo Monarca (Coimbra – 1211).

No entanto, tenho comigo que o acerto de se apontar a Magna Carta encontra-se no fato de a mesma haver sido conquistada do rei João Sem Terra, pelos barões ingleses¹⁰³, com uma inegável repercussão histórica, ao lado de outras importantes garantias (ex.: o julgamento regular do homem livre pelos seus pares em harmonia com a lei do país. Magna Carta, 39).

A partir daí, considere-se o movimento liberal e o Iluminismo (a razão como único guia da sabedoria, com a decorrente contestação ao poder absoluto. Na época, pretendia-se que o monarca fosse um executor da vontade da sociedade, não podendo ferir direitos naturais, tais como: propriedade, liberdade, vida).

Nesse contexto, aparece a Revolução Gloriosa (1688), justificada pelo inglês Locke na obra *Ensaio sobre o Governo Civil*. Foi no ano de 1688 que, na Inglaterra, o princípio da anualidade (programação de receitas e despesas com validade para um ano) foi conquistado pelo Parlamento.

É importante lembrar que foi essa revolução que derrubou o absolutismo, instituindo um governo monárquico constitucional. Natural, portan-

103 Magna Charta Libertatum (outorgada por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, e confirmada: seis vezes por Henrique III; três vezes por Eduardo I; 14 vezes por Eduardo III; seis vezes por Ricardo II; seis vezes por Henrique IV; uma vez por Henrique V e uma vez por Henrique VI), n. 12: “Não lançaremos taxas ou tributos, sem o consentimento do Conselho Geral do Reino, a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento da nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres.”

to, que, já em 1689, o Parlamento inglês adquirisse a concessão definitiva do poder de orçar a receita e a despesa do país.

Enfim, a importância da revolução para a história dos orçamentos nos Estados modernos, entre outros motivos, reside no fato de que a Inglaterra detinha uma poderosa marinha e era respeitada por isso; ademais foi o primeiro país governado por uma monarquia em que o poder real era limitado pela Constituição (Textos Constitucionais esparsos) e pelo Parlamento.

O movimento pela independência americana também tem o seu destaque na evolução do orçamento. Mas esse momento histórico sofreu importante influência da Inglaterra porque:

- a) ao terminar a Guerra dos Sete Anos (1756-1763), a Inglaterra encontrava-se deficitária. Daí, haver partido para a criação de novos tributos, que deveriam ser pagos, inclusive por seus colonos. Estes reagiram, considerando os novos tributos ilegais, baseando-se na lei inglesa de que ninguém poderia ser obrigado a pagar tributos sem os ter votado. Como não tinham representantes no Parlamento inglês, entendiam-se desobrigados de pagá-los;
- b) no Primeiro Congresso de Filadélfia (1774), os americanos decidiram manter-se leais à Coroa, mas deliberaram por boicotar o comércio com a Inglaterra e exigir o reconhecimento dos seus direitos de legislação. Mas, já em 1775, em Lexington, tropas inglesas entraram em choque com as americanas;
- c) no Segundo Congresso de Filadélfia (1775), decidiu-se por nomear George Washington como chefe do exército e emitir papel-moeda para as despesas de guerra. Em 04/07/1776, foi proclamada a Independência. Na Declaração de Independência, redigida por uma Comissão de que faziam parte Benjamin Franklin e Thomas Jefferson, foram consagrados os princípios iluministas (vida, liberdade e que os governos conquistam os seus poderes pelo prévio consentimento dos seus governados, etc).

Após o Tratado de Versalhes (1783), em que a Inglaterra reconheceu a Independência das antigas Colônias americanas¹⁰⁴, adveio a Convenção Constituinte¹⁰⁵, reunida em Filadélfia, em 1787. Nela, foi elaborada a Constituição (governo republicano presidencialista com três poderes independentes – Executivo, Legislativo e Judiciário). No art. 1º, Seção 7, da Constituição dos Estados Unidos da América, ficou disposto:

Todo projeto de lei, autorizando a lançar impostos (aumento de receita), deve emanar da Câmara dos Deputados; o Senado, porém, poderá propor e votar modificações como nos outros projetos de lei. Todo projeto de lei, aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, deverá, antes de se tornar lei, ser apresentado, ao presidente dos Estados Unidos [...].

Feito este resumo sobre a importância da Independência americana para o instituto do orçamento, cabe prosseguir dizendo que a mesma influenciou, fortemente, a Revolução Francesa e os movimentos de independência no Brasil e na América Espanhola.

Fruto da Revolução Francesa foi o princípio da periodicidade da autorização legislativa para a arrecadação de impostos, o que veio a se firmar a partir da Assembleia Nacional que votou a Declaração dos Direitos do Homem.

É importante lembrar que a França pré-revolucionária (Antigo Regime) detinha uma sociedade estruturada nos moldes da Idade Média, dividida em ordens ou Estados, de acordo com o nascimento. Somente o Terceiro Estado pagava impostos (a maioria da nação; ou seja, cerca de 98% da população. Daí, estavam excluídos o clero – Primeiro Estado e a nobreza – Segundo Estado). Isso era, severamente, criticado pelos filósofos iluministas, que pregavam a igualdade perante a lei.

Enfim, esse esforço histórico demonstra, declaradamente, que o orçamento não está apartado da evolução social, nem tampouco dos fatos

104 Em meados do século XVIII, eram 13 as colônias americanas, assim distribuídas: nove governadas em nome do Rei da Inglaterra; duas pertenciam às famílias fundadoras por concessão real (Pensilvânia e Maryland) e duas denominadas *corporate colonies* (*Rhode Island e Connecticut*), auto-administradas por suas próprias *Constituições*, chamadas de Cartas Régias.

105 Na Convenção de maio de 1787, na cidade de Filadélfia, foram reunidos 55 delegados. Os pequenos Estados temiam o domínio dos Estados maiores, até que surgiu uma proposta de consenso, em razão da qual seriam criadas uma Câmara baixa e uma outra Alta, o Senado, com dois representantes por Estado – paridade, diminuindo o receio da centralização.

históricos relevantes (por exemplo: 1ª e 2ª Grandes Guerras), transparecendo a democracia e o autoritarismo, tanto na sua forma de elaboração, quanto na sua forma de execução.¹⁰⁶

3.3.3.3.2. O INSS (INSTITUTO NACIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL) DO BRASIL. QUESTÕES PRÁTICAS

Em 19 de maio de 1997, ocorreu, em Brasília, uma reunião de juízes federais de todo o Brasil com o Ministro da Previdência e Assistência Social, que se encontrava acompanhado do seu Secretário Executivo, do Consultor Jurídico do Ministério e do Procurador-Geral do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS).

Havia um interesse de todos no sentido de que se não era possível resolver, ao menos, que se amenizassem os graves problemas da seguridade social no Brasil. Afinal, nenhum brasileiro está certo do tempo que o *caixa (recursos arrecadados e efetivamente dirigidos à Seguridade)* aguenta suportar os benefícios de prestação continuada; e outros, de modo a estarem garantidos em sua efetividade.

Medidas de caráter prático foram sugeridas tanto no campo do contencioso judicial, quanto também no do administrativo¹⁰⁷. Uma delas é a da rapidez nos julgamentos dos processos administrativos, que não deveriam ultrapassar os 150 dias entre a notificação e o ajuizamento da ação.

106 Em 1929, a superprodução agrícola e industrial, que não encontrava mercados consumidores, determinou o “Crack da Bolsa de Nova York” e a crise mundial que atingiu todo o mundo. Nestas circunstâncias, feita exceção aos Estados Unidos, Inglaterra e França, as crises econômicas contribuíram para a formação de regimes totalitários. O fascismo na Itália (1922); o nazismo na Alemanha (1932); o franquismo na Espanha (1936); o salazarismo em Portugal (1932).

107 Sobre a Justiça Administrativa, que não tem similar exato no Brasil, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, em sua Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, escreveu: “O Conselho de Estado segregou o Direito Administrativo como uma glândula segrega a sua hormona (PROSPER WEIL. O Direito Administrativo – tradução. Almedina. Coimbra. 1977, ps. 7 e 15), pelo que a própria existência de um Direito Administrativo é, em alguma medida, fruto de um milagre. Milagre que consistia na submissão da Administração (e do Estado em que ela se integra) às normas jurídicas geradas pela actuação dos tribunais administrativos. [...] Quer seja entendido de acordo com uma perspectiva objectivista, quer subjectivista, o procedimento administrativo assume uma relevância cada vez maior na Administração moderna. [...] Daí que a doutrina defenda a necessidade de ‘mudança paradigma’: do direito material para o direito do procedimento (GOERLICH), alterando a tradicional lógica da dogmática jurídico administrativa.” (SILVA, 1998, p. 34-36)

Além do mais, a orientação de não serem notificados débitos de pequenos valores pode provocar a redução dos custos operacionais e permitir a concentração da atuação da autarquia (INSS) sobre os débitos de altos valores¹⁰⁸.

É preciso arrecadar as contribuições e cobrar os débitos para que os benefícios previdenciários possam ser devidamente adimplidos. Um estímulo ao bom senso possivelmente esteja na postura de incentivar a desistência de ações, liberando o autor, quando provável sucumbente, para que desista da ação e renuncie ao direito sobre que ela se fundaria, ficando isento do pagamento dos honorários de sucumbência.

A redação da Medida Provisória n. 2.176, de 23/08/2001, que dispõe sobre o CADIN – Cadastro Informativo dos créditos de órgãos e entidades federais:

Art. 21. Fica isento do pagamento dos honorários de sucumbência o autor da demanda de natureza tributária, proposta contra a União (Fazenda Nacional), que desistir da ação e renunciar ao direito sobre que ela se funda, desde que: I – a decisão proferida no processo de conhecimento não tenha transitado em julgado; II – a renúncia e o pedido de conversão dos depósitos judiciais em renda da União sejam protocolizados até 15 de setembro de 1997.

Deve, também, haver preocupação com os chamados leilões negativos, que, pela falta de liquidez do mercado atual, cada vez mais proliferam. A sugestão foi a de que ficasse permitido o parcelamento quando da arrematação de determinados bens.

O prazo para os embargos poderia ter alterado o seu termo inicial, sendo contado a partir da citação, e não da lavratura do auto de penhora.

108 A Medida Provisória n. 2176-79, de 23/08/2001, que “dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, e dá outras providências”, no art. 20, registra: “Serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R \$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). § 1º Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados. § 2º. Serão extintas as execuções que versem exclusivamente sobre honorários devidos à Fazenda Nacional de valor igual ou inferior a cem Unidades Fiscais de Referência. § 3º. O disposto neste artigo não se aplica às execuções relativas à contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.”

O avanço no Projeto PERFIL, que pretende padronizar os procedimentos das diversas Procuradorias Estaduais, traçando rotinas a serem seguidas pelos procuradores, seria uma outra medida. Ao lado disso, o cruzamento de informações entre as Fazendas Públicas pode ser bastante eficaz em um país com as características e dimensão do Brasil.

Sobre a adjudicação de bens, parece que a manifestação é francamente favorável, devendo ser citadas as iniciativas já tomadas com o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Outros órgãos e entidades públicas poderiam vir a serem beneficiados com a mesma medida, particularmente os ligados à saúde e à educação.

A formação de um Cadastro de Bens dos Devedores, que facilitaria a indicação do bem já quando da propositura da inicial seria outra medida. Apontou-se mais algumas, a saber:

1. a necessidade de que se obriguem, legalmente, as Juntas Comerciais a encaminharem ao INSS, de ofício, qualquer alteração contratual das empresas nele registradas;
2. a necessidade da melhor divulgação das hastas públicas, garantindo-se incentivos aos meios de comunicação, como, por exemplo, por meio de abatimentos nas contribuições previdenciárias arrecadadas pelo INSS;
3. a necessidade de que toda Certidão de Dívida Ativa fosse encaminhada a protesto, compelindo o devedor ao pagamento, em face dos atropelos provocados, por exemplo, com a não obtenção de empréstimos bancários;
4. a necessidade de que o INSS promovesse gestões junto aos tribunais regionais federais, objetivando a criação de Varas Especializadas em Execuções Fiscais e Previdenciárias, o que poderia ser estimulado com o repasse de um pequeno percentual do Orçamento da Seguridade Social para a Justiça Federal. Outra alternativa seria a de que parte do ônus da sucumbência tivesse esse destino;
5. a imediata remessa do processo executivo para a comarca do foro do domicílio do executado, nos casos de execução por carta precatória;

6. a necessidade de o INSS, ao requerer a extinção da execução pelo pagamento espontâneo, dever juntar o comprovante da quitação, evitando que o juiz requisite essa prova;
7. a continuidade dos concursos públicos, que tem arrematado novos técnicos e procuradores para o INSS, também deverá refletir bons resultados a médio prazo, ainda mais se forem conferidos a eles, a exemplo do que ocorre com a Procuradoria da República, o apoio administrativo adequado, mediante a utilização de pessoal que, realmente, tenha condições de exercer estes cargos. Também, uma mais detida reflexão sobre o Plano de Carreira da Previdência Social será uma excelente iniciativa.

Enfim, mais cedo ou mais tarde, todos nós brasileiros precisaremos ver assegurados os nossos direitos relativos à saúde, à previdência, e, quem sabe, até à assistência social.

3.3.3.4. ANTERIORIDADE E ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS

Esse assunto já provocou inúmeras discussões em juízo, sobretudo envolvendo o atual imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços (ICMS, art. 155, inc. II e § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil). O que ocorre é o seguinte:

O Código Tributário Nacional, em seu art. 104, dispõe: Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a **impostos sobre patrimônio ou a renda**: I – que instituem ou majoram impostos; II – que definem novas hipóteses de incidência; III – que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no art. 178”. (Grifo nosso)

E diz o art. 178: “Art. 178. A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III, do art. 104.”

De tal ordem que o princípio da anterioridade, de acordo com o Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966), restringia-se aos impostos sobre o patrimônio e a renda. Ora, este mesmo

Código elenca os seguintes impostos sobre o patrimônio e a renda: imposto sobre a propriedade territorial rural; imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana; imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direito a eles relativos e o imposto sobre a renda e os proventos de qualquer natureza (Capítulo III. Seções I/IV). (O *Sistema Tributário Nacional foi alterado pela Constituição de outubro de 1988*)¹⁰⁹

Logo, nesse rol não constava o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, que estava disposto em outro capítulo.

Foi o que provocou a Súmula n. 615, do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “O princípio constitucional da anualidade (§ 29, do art. 153, da Constituição Federal) não se aplica à revogação de isenção do ICM.”

Ocorre que, afastada a atecnia terminológica, o princípio da anterioridade, que tem amparo constitucional (art. 150, III, “b”, da atual Constituição do Brasil)¹¹⁰, não sofre, no âmbito da Lei Maior, qualquer restrição.

Por isso, o Superior Tribunal de Justiça, na vigência da Constituição de outubro de 1988, tem, por várias vezes, decidido pela aplicação do princípio, apenas respeitando a peculiaridade da apuração mensal.

Logo, a lei complementar prevista no art. 155, § 2º, inc. XII, al. “g” não pode pretender algo diverso, sob pena de ser inconstitucional. Diz o dispositivo:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] § 2º. O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior atenderá ao seguinte: [...] XII – cabe à lei complementar: [...] g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

109 Na Constituição da República Portuguesa, de abril de 1976, atualizada pela Revisão Constitucional de setembro de 1997, fala-se em Sistema Fiscal, no art. 103º; e, nos Impostos, no art. 104º, que devem adotar como bases econômicas o rendimento pessoal, o rendimento real das empresas, o patrimônio e o consumo, sem perder de vista as necessidades do desenvolvimento econômico e da justiça social, onerando-se os consumos de luxo.

110 Constituição da República Federativa do Brasil, de outubro de 1988: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III – cobrar tributos: [...] b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”.

Essa mesma conclusão, pela aplicação do princípio da anterioridade ao ICMS, pode ser retirada do seguinte raciocínio.

É natural que a revogação da isenção sujeite-se também ao princípio da anterioridade, dado que esta situação assemelha-se pragmaticamente à criação do próprio tributo, pois, igualmente, cria para o contribuinte o encargo de pagá-lo.

Se assim não fosse, restaria instalado o império da incerteza, da insegurança; o que é incompatível com todo o raciocínio exposto.

Como evitar a surpresa da revogação, senão submetendo-lhe a um prazo de espera? Neste sentido, são as lições de Geraldo Ataliba, argumentando que, em um verdadeiro Estado de Direito, é fundamental que sejam previsíveis as ações estatais, daí não bastando falar-se em irretroatividade, indo-se além, em favor do cumprimento de um prazo de espera constitucional. É o tributarista quem diz:

Um sistema de governo em que a representatividade republicana é a chave de abóbada de todo o direito, não admite insegurança, surpresa e deslealdade como clima de relacionamento Estado-cidadão. [...] A previsibilidade da ação estatal é um timbre do estado civilizado, e sobretudo do Estado de Direito. Por isso, desde 1824, está consagrada em nosso regime constitucional. Efetivamente, a Constituição não se contentou com a irretroatividade das leis tributárias; quis mais, estabeleceu muito mais: previu um lapso de tempo chamado 'vacacio constitutionis' em benefício da previsibilidade, por parte do contribuinte, relativamente às exigências fiscais, com o que haveria de arcar no exercício financeiro seguinte. (ATALIBA, 1980, p. 391)

Além do mais, também seria possível pensar que, sendo a lei tributária isentiva revogada, não produzirá, só por isso, a repristinação da lei impositiva. Daí, a necessidade de uma nova lei impositiva que precisaria observar a anterioridade.

Sobre a necessidade de ser expressa a repristinação, cabe citar o art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4657, de setembro de 1942): "Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. [...] § 3º. Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência."

De fato, todos estes raciocínios buscam uma só coisa: a segurança. Veja-se, então, a possibilidade de a União Federal vir a celebrar um tratado internacional sobre matéria tributária. E, assim, faço respeitando o previsto no art. 151, da atual Constituição do Brasil, que, em seu inc. III, determina: “Art. 151. É vedado à União: [...] III – instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.”

Isso em homenagem ao fortalecimento da Federação brasileira, restringindo a intervenção federal, no campo tributário, nas demais pessoas de direito público interno¹¹¹.

Assim, respeitada a vedação de que a União, como pessoa de direito interno e também internacional, só possa estabelecer isenções dos seus próprios tributos, conforme tem entendido a fração jurídica majoritária, também, aqui, haverá a necessidade de se respeitar o princípio da anterioridade de modo a evitar a surpresa.

Outra questão que se põe em termos de isenção é aquela em que a mesma é concedida nos moldes do art. 178, do Código Tributário Nacional (Lei n. 5172, de outubro de 1966); ou seja, *a prazo certo e sob condição determinada*.

Diz o art. 178, do Código Tributário Nacional: “Art. 178. A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inc. III, do art. 104.” Assim, acaso a isenção haja sido concedida a prazo certo e sob condição determinada não é possível revogá-la, afinal os pactos devem ser observados (direito adquirido).

111 A respeito da concentração de poder no Brasil, vale reescrever as palavras de Jorge Miranda: “O regime estabelecido em 1964 iria durar mais de vinte anos, com vários Generais Presidentes da República – o que dificultaria a concentração pessoal do poder – a cada um tendo correspondido governos de índoles e orientações diversas, não só por causa das respectivas personalidades, mas também por causa dos diferentes condicionalismos internos e externos. A partir de 1977, e sobretudo de 1979, esboçou-se um processo, que seria chamado ‘abertura’. Para ele contribuíram a incapacidade da doutrina da segurança nacional de suscitar um novo modelo político-constitucional, as posições corajosas da Igreja, as distorções provocadas pela política de industrialização e as continuadas assimetrias regionais e sociais, a persistência da inflação e da dívida externa, o surgimento de um forte movimento sindical, a agilidade política da Oposição (que, de resto, ao contrário do que aconteceu em Portugal antes de 25 de abril de 1974, nunca foi completamente banida da vida política legal e pôde aceder, por meio de eleições, ao Congresso e a Governos estaduais. A ‘abertura’ defrontar-se-ia com vigorosa campanha nacional em favor de eleições presidenciais diretas (Diretas, já). [...] A constituição de 1967-1969 era modificável de modo a ser posta em consonância com as aspirações do País. E foi-o logo através da Emenda Constitucional n. 25, de 15 de maio de 1985, que lhe subtraiu o sentido autoritário e consagrou, de novo, o princípio da eleição directa. Mas aparecia identificada com a ditadura, pela sua origem e pela sua prática [...]” (MIRANDA, 1987, p. 31)

O Estado terá de esperar a passagem do prazo caso seja cumprida a condição. Sobre esse assunto, tem surgido questões em quase todas as regiões federais do Brasil. Exemplificativamente, apresentarei decisões dos tribunais regionais federais com sede em Recife, Rio de Janeiro e São Paulo. Todas elas citando a figura do direito adquirido e da necessidade de o Estado agir com boa-fé.

1. Sobre a isenção condicionada e direito adquirido:

A isenção concedida por prazo certo e em função de determinadas condições constitui direito adquirido do contribuinte, não podendo, pois, ser revogada, ou ter o seu alcance reduzido, direta ou indiretamente, pela lei (Constituição Federal, art. 5º, XXXVI). O art. 178, do Código Tributário Nacional consagrou 'princípios que a jurisprudência já construíra, passo a passo, nos anos imediatamente anteriores à sua promulgação. (BALEEIRO, p. 593). Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 1ª turma. Recurso de ofício n. 548428. 1995. Ceará. DJ 25.08.95, p. 54444. Relator Juiz HUGO MACHADO. Unânime.

2. Sobre isenção, direito adquirido e relação de adequabilidade interpretativa entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais tributárias:

Trata-se de isenção concedida nos termos do art. 1º, do Decreto-lei n. 2324/87. A isenção é revogável, exceto se concedida por tempo certo etc. (art. 178, do Código Tributário Nacional). O disposto no art. 178, do Código Tributário Nacional decorre de um princípio maior estabelecido na Constituição Federal (art. 153, § 3º, da Constituição anterior ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal atual), pelo qual a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Concedida a isenção por prazo certo e sob a condição de o contribuinte desempenhar a atividade, o benefício passa a ser um direito adquirido. Por unanimidade, negado provimento à remessa. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Remessa de ofício n. 217553. 1991. Rio de Janeiro. 2ª Turma. DJ 28.04.94, p. 18995. Relator Juiz ALBERTO NOGUEIRA. Unânime.

3. Sobre isenção, direito adquirido e preservação da atividade econômica:

A isenção concedida a prazo certo e mediante condição onerosa, consubstanciada no incremento das exportações de produtos manufaturados, não pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo (Código Tributário Nacional, art. 178). À administração não é lícito estimular o contribuinte a

incrementar determinada atividade econômica, oferecendo-lhe vantagem fiscal, de caráter oneroso e não gratuito, e depois pretender revogá-la a qualquer tempo. Aplicação da Súmula n. 544, do Supremo Tribunal Federal. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação em Mandado de Segurança n. 3027494. 1994. São Paulo. 4ª turma. DJ 06.02.96, p. 4986. Relator Juiz HOMAR CAIS. Unânime.

Como é de se observar, há, até mesmo, súmula do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. É a Súmula n. 544, que diz: “Isenções tributárias concedidas sob condição onerosa não podem ser livremente suprimidas.”

Ao compor a 1ª Turma do Eg. TRF da 5ª Região, proferi o seguinte julgamento, ratificado, de forma unânime, em 10/08/2006, nos autos do Mandado de Segurança n. 86894:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUDENE. INCENTIVO FISCAL. LEI N. 4.239/63. ISENÇÃO DO IRPJ. ART. 178 DO CTN. BENEFÍCIO ISENTIVO CONCEDIDO POR PRAZO CERTO E SOB DETERMINADAS CONDIÇÕES. ATO DECLARATÓRIO N. 007/96. RECONHECIMENTO, PELO FISCO, DO ATENDIMENTO ÀS MENCIONADAS CONDIÇÕES. RESPEITO AO PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO. SÚMULA N. 544 DO STF. APELO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDOS.

1. Trata-se de Apelação em Mandado de Segurança, interposta contra a sentença de fls. 85-89, proferida pelo Juiz Federal da 8ª Vara-CE, Dr. RICARDO CUNHA PORTO, que concedeu a segurança no sentido de reconhecer a legitimidade da isenção de 50% (cinquenta por cento) do Imposto de Renda dos anos de 1997 a 2000, tudo nos termos do Ato Declaratório 007/96, bem como da “isenção concedida por prazo certo” (art. 178 do CTN).
2. Cumpridos os requisitos para o gozo da isenção condicionada, tem o contribuinte direito adquirido ao benefício fiscal.
3. “Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas” (Súmula n. 544/STF). Precedente do STJ2.
4. Apelação e Remessa Oficial improvidas.

Uma variante do mesmo tema é aquela em que se vislumbra não o direito adquirido à isenção, mas ao da apreciação, pela Administração, do pedido de prorrogação da isenção.

O Estado, pretendendo estimular investimentos em regiões com menor mercado consumidor, trata de oferecer benefícios para que as empresas ali se estabeleçam. E admite o fornecimento de novas vantagens desde que cumpridas certas condições.

A matéria foi tão suscitada, na Região Nordeste do Brasil, que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com sede em Recife / Pernambuco, editou uma súmula sobre o tema (Súmula n. 02).

Sobre a importância da boa-fé tributária para a redução das desigualdades regionais brasileiras:

Este Egrégio Tribunal já consolidou o entendimento na Súmula n. 02, de teor: 'A Empresa que teve reconhecido o direito à isenção do imposto de renda, de conformidade com o art. 13, da Lei n. 4239, de 27.06.63, com a redação dada pelo art. 1º, do Decreto-lei n. 1564, de 29.06.77, antes do advento da Lei n. 7450, de 23.12.85, tem direito adquirido de ver seu pedido de prorrogação examinado pela Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) e obter a ampliação do benefício por até mais cinco anos, se comprovado o atendimento das condições estabelecidas no art. 3º, do Decreto-lei n. 1564, de 29.06.77. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 512285. 1992. Pernambuco. 1ª Turma. DJ 29.10.93. Relator Juiz JOSÉ MARIA LUCENA. Unânime.

Para encerrar esse tópico, lanço uma reflexão sobre o tempo e o Direito Constitucional, conforme a visão de Jorge Miranda.

Disse Jorge Miranda, em seu *Funções, Órgãos e Actos do Estado*, sobre a importância que o tempo detém nos variados matizes jurídicos e a sua fundamentalidade para a consolidação das instituições jurídicas e sociais:

O tempo e o Direito Constitucional. I. O tempo desempenha um importantíssimo papel em Direito Constitucional. Em geral, a interpretação evolutiva das suas fontes, a formação do costume, sobretudo a sedimentação, o desenvolvimento e a transformação das instituições postulam períodos de tempo mais ou menos longos; no tempo se sucedem os actos de formação processual; a aplicação das normas tem uma dimensão de âmbito temporal, produzindo efeitos quer em relação a normas ordinárias posteriores quer em relação a normas anteriores [...] (MIRANDA, 1990, p. 156 e ss.)

Pois bem, até aqui foi vista a lei e as suas exigências temporais, quer pela impossibilidade de retroação prejudicial quer pela necessidade de se observar um período até que possa ser aplicada.

Mas nada adiantaria se não fosse atendido o princípio de que todas as pessoas são iguais. Ou melhor, todas as pessoas são diferentes e precisam ser tratadas de maneira diferente na medida da diferença, pois, só assim, será possível falar em igualdade. A verdadeira igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

A dificuldade está, exatamente, em se encontrar critérios para aferir a medida da desigualdade sem violar o instrumento da segurança, viabilizando, assim, a justiça.

A empreitada é difícil, mas não está proibido, ao menos, tentar desenvolvê-la. A Constituição atual do Brasil, logo no art. 3º, inc. IV, predica como um objetivo fundamental da nossa República Federativa a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

3.3.4. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A ISONOMIA

3.3.4.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Sendo um dos fins do Estado, a Segurança não é facilmente compatibilizável com a Justiça. E, no entanto, o Direito tem de procurar essa harmonia. [...] Por isso se diz que, além da busca da conciliação entre Justiça e Segurança, outro desafio maior envolve a criação do Direito – o equilíbrio entre o peso dos factores concretos, que apontam para medidas casuísticas, e a ponderação do geral e abstracto, que convida à sua integração numa lógica global comum a cada ordenamento jurídico.” (SOUSA, 1998)

Houve quem dissesse que “o injusto é o desigual e o justo é o igual”. (ARISTÓTELES, 1967, p. 213). Mas a dificuldade reside, exatamente, em saber quais os critérios que devem ser empregados para se decidir o que é igual. Há, mesmo, quem reflita, dizendo que qualquer conceito concreto de igualdade implica em uma concepção particular de mundo, o que seria uma questão de valores. (PERELMAN, 1971, p. 319)

É preciso lembrar que, para Aristóteles, as mulheres, as crianças, os escravos e os bárbaros eram inferiores aos cidadãos gregos, seguindo uma tal redução especial do critério de mérito. Então, para ele, não estaria havendo uma quebra do princípio da igualdade.

Montesquieu, invocando a igualdade, defendeu a manutenção de tribunais especiais para os nobres. Dizia que o menor dos cidadãos, em um Estado livre, deveria ser julgado por seus pares. São as suas palavras:

Apesar de que, em geral, o poder judiciário não deva ser unido a parte alguma do legislativo, isto porém se acha sujeito a três exceções fundadas sobre o interesse particular daquele que deve ser julgado. Os grandes se acham sempre expostos à inveja; e se eles fossem julgados pelo povo ficariam expostos ao perigo, e não gozariam do privilégio que assiste ao menor dos cidadãos num Estado livre, isto é, o de ser julgado pelos seus iguais. É preciso portanto que os nobres sejam citados a comparecer não diante dos tribunais ordinários da nação, mas sim diante de uma junta do Corpo legislativo composta de nobres. (MONTESQUIEU, 1990, p. 137)

Robespierre, Fabre e D'eglantine eram contrários à progressividade na tributação e à isenção do mínimo indispensável à vida, conforme relata Victor Uckmar, em seus *Princípios de Direito Constitucional Tributário*. (UCKMAR, 1976, p. 73)

Na Bélgica, a Corte de Cassação afastou a condição de advogada de uma mulher, inclusive doutora em Direito, sob a justificativa de que o legislador não exclui, por lei, as mulheres do acesso ao tribunal porque considerou isso um axioma tão evidente que não era necessário anunciar, expressamente, que os serviços da justiça eram reservados aos homens (Decisão de 11/11/1889).

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, avocando o princípio da igualdade, chegou a admitir escolas públicas apenas para brancos. Afinal, entendia que o princípio da igualdade estava observado se, em escolas de negros, todos os negros fossem tratados igualmente (*Plessy versus Ferguson*). Foi apenas em 1954 que aquela Casa alterou o seu entendimento (*Brown versus Board of Education*). (ROCHA, 1990, p. 37)

Mas tudo não é só pessimismo. Hoje, vozes levantam-se bradando pela **legalidade-isonômica**. Afirmando que não pode haver segurança sem isonomia e vice-versa.

De fato, em um Estado de Direito moderno, a igualdade não está reservada a relações entre particulares, pois avança no sentido de que, nas relações internacionais, é também preciso reconhecer a independência nacional, a autodeterminação dos povos, a igualdade entre os Estados, etc.

A Constituição do Brasil reservou um artigo específico para dizer:

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II – prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não-intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo¹¹² e ao racismo; IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade [...].

José Souto Maior Borges, estando alerta para as exigências e as circunstâncias, faz soar uma advertência, dizendo que, embora não baste a isonomia na lei, é preciso, como primeiro passo, que ela se encontre também na lei (*legalidade isonômica*):

Sem isonomia, nenhuma segurança. [...] Não somos iguais, homens e mulheres, porém, diante de atos infralegais (decretos, portarias, instruções, ordens de serviço, resoluções, pareceres-normativos etc.). Pobre direito seria a isonomia se centrada apenas nesses atos infralegais. Uma contrafação da segurança. Somos iguais diante da lei (igualdade formal) e na lei (igualdade material). A metalinguagem doutrinária não está adstrita à repetição servilmente literal da linguagem-objeto, a do ordenamento constitucional. [...] nenhuma isonomia sem legalidade; nenhuma legalidade, sem isonomia. E enunciar por esta via um só princípio, um só direito-garantia, a legalidade isonômica: ninguém deve fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei isonômica.” (Grifo nosso) (BORGES, p. 206 e ss.)

112 Alguns dos principais agrupamentos terroristas no mundo (www.lafacu.com): Japão – Exército Vermelho; Médio Oriente – Al Fatah (braço armado da OLP), Jihad, Hezbollah, Hamas; Etiópia – Partido Revolucionário do Povo Etíope; Sudão – Partido Comunista; Uganda – Combatientes y entr. Cubanos; Irlanda – IRA; Espanha – ETA (Euskadi Ta Askatasuna) e Grapo (Grupo Revolucionário Antifascista 1ª de outubro); Alemanha – RAF (Fração do Exército Vermelho); Itália – Brigadas Vermelhas e Lutta Obrera; Canadá – Frente patriótica Manuel Rodriguez (FMR) e Movimetro Esquerdista Revolucionário (MIR); Argentina – Montoneros, FAR (Forças Armadas Revolucionárias) e ERP (Exército Revolucionário do Povo); Peru – Sendero Luminoso e Movimento Revolucionário Tupac-Amaru; Bolívia – ELN (Exército de Libertação Nacional); Uruguai – MLNT (Movimento de Libertação Nacional Tupamarus); Brasil – VRP (Vanguarda Revolucionária Popular); Guatemala – Forças Armadas Revolucionárias Maoístas de Guatemala; França – Comitê Antifascista Argentino; Iraque – Partido Comunista Iraqui.

E arremata este autor, ultimando o seu raciocínio no mesmo artigo, dizendo que sem isonomia não há segurança:

Uma conclusão central se impõe: **sem isonomia não há segurança**, nem Estado constitucional, porque a igualdade não se confina aos direitos e garantias individuais, espraiando-se nas relações internacionais e nas relações internas que entretêm as pessoas constitucionais entre si. A segurança jurídica na criação e aplicação do tributo é apenas uma particularização desse quadro mais amplo. (Grifo nosso) (BORGES, p. 206 e ss.)

Também Marcelo Rebelo de Sousa, (1998, p. 281), em sua *Introdução ao Estudo do Direito* adverte sobre a necessidade de harmonização entre a segurança e a justiça, quer interna, quer externamente (paz nas relações internacionais – respeito ao princípio da independência nacional).

Concluo que a noção de respeito ao valor da igualdade, efetivamente, varia no espaço e no tempo. Não é algo que, naturalmente, seja extraído da natureza humana.

Isso não retira a importância da sua discussão. Bem ao contrário. No Brasil, por exemplo, não deve o princípio da igualdade ser visto como algo sem utilização prática.

São inúmeras as oportunidades em que esse princípio é levado à sindicabilidade dos tribunais, envolvendo questões de dia a dia da população. São matérias que dizem respeito ao emprego do indivíduo, aos seus filhos, ao carro que utiliza, ao jornal que lê, etc. Não é algo que esteja distante dos anseios populares, tal como posso demonstrar em questões que envolvem matéria de repúdio aos preconceitos e discriminações.

O princípio da igualdade e a sua necessária efetividade são colocados à prova em temas como:

- a) o da exigência de idade, em concurso público, para aqueles que não são ocupantes de cargos e empregos públicos, enquanto, para estes, exclui-se o mesmo requisito;
- b) o da distinção, para efeitos sucessórios, entre os outrora chamados filhos legítimos e adotivos etc;
- c) o da incidência de estatutos de pessoal distintos para brasileiros e estrangeiros em empresas multinacionais que operam no Brasil;
- d) em matéria de extradição;

- e) em matéria de procedência fiscal, como no caso do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, e importação de automóveis e pneus usados;
- f) em matéria de aplicação de exame psicotécnico sem a indicação de parâmetros claros;
- g) os limites da liberdade de imprensa na hipótese de incitamento mediante propaganda de guerra ou de preconceito de raça ou de classe etc.

Normalmente, conhece-se uma pessoa pelas atitudes que toma diante das situações que lhe são apresentadas.

Pois bem, de modo que se conheça um pouco mais da atuação do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, declinarei como o mesmo tribunal comportou-se diante de cada um desses temas; ora assegurando direitos, ora entendendo que eles não existiam.

1. A respeito da exigência de idade em concursos públicos, tem o Supremo Tribunal Federal a repellido, sobretudo quando o mesmo requisito não é exigido do pessoal da Administração. O argumento do repúdio ao critério, basicamente, é o da discriminação indevida. Importante notar que o problema não está na exigência etária, pura e simplesmente. Podem existir situações em que o relevo da idade não seja discriminatório, mas é preciso que isso fique muito bem fundamentado. Eis o que entende o Supremo Tribunal Federal:

Pode a lei, desde que o faça de modo razoável, estabelecer limites mínimo e máximo de idade para o ingresso em funções, emprego e cargos públicos. Interpretação harmônica dos arts. 7º, XXX; 39, § 2º, 37, I, da Constituição Federal¹¹³. O limite de idade, no caso, para inscrição em concurso público e ingresso na carreira de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, não

113 Constituição do Brasil. “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; [...] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei, [...] Art. 39. [...] § 2º (este dispositivo mereceu uma nova redação com a Emenda Constitucional n. 19, de 05.06.1998, versando, agora, sobre escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos. Anteriormente, ele estendia aos servidores públicos, entre outros direitos sociais, o contido no inc. XXX, há pouco citado)”.

se assenta em exigência etária ditada pela natureza das funções do cargo ou emprego da Administração Federal Direta e Autarquias. A limitação, portanto, é ofensiva à Constituição, art. 7º, XXX, 'ex vi' do art. 39, § 2º. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: Recurso em Mandado de Segurança n. 21.033 – Distrito Federal, Revista Trimestral de Jurisprudência 135/958; Recurso em Mandado de Segurança 21.046; Recurso Extraordinário n. 156.404 – Bahia; Recurso Extraordinário 157.548 – Acre; Recurso Extraordinário n. 136.237 – Acre; Recurso Extraordinário 146.934 – Paraná; Recurso Extraordinário n. 156.972 – Pará. Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário n. 177570 – Bahia. DJ 28.02.97, p. 4074. Ementário vol. n. 1859-03, p. 632. Relator Ministro CARLOS VELLOSO. Julgamento da 2ª turma em 26/11/96. Unânime.

2. Uma questão muito importante submetida a este tribunal foi a de saber se, em face de o art. 227, § 6º, da atual Constituição do Brasil, determinar que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, têm os mesmos direitos e qualificações, estando proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação; se isso atingiria, até mesmo, situações em que a sucessão já estivesse aberta, dispondo a lei vigente, à época do falecimento, de modo contrário (mais um exemplo de como os princípios estão em permanente relação uns com os outros).

No acórdão a seguir, que considero polêmico, o Supremo Tribunal Federal defende que a norma constitucional não deve retroagir, estando a discriminação entre os filhos protegida pela lei antiga. É o acórdão:

Direito das Sucessões. Filhos adotivos. Pretendida habilitação na qualidade de herdeiros do 'de cujus'. Indeferimento calcado no fato de a abertura da sucessão haver ocorrido antes do advento da nova Carta, que eliminou o tratamento jurídico diferenciado entre filhos legítimos e filhos adotivos, para fins sucessórios. Alegada ofensa ao princípio da isonomia e do art. 227, § 6º, da Constituição. A sucessão regula-se por lei vigente à data de sua abertura, não se aplicando a sucessões verificadas antes do seu advento a norma do art. 227, § 6º, da Carta de 1988, que eliminou a distinção, até então estabelecida pelo Código Civil (art. 1.605 e § 2º), entre filhos legítimos e filhos adotivos, para esse efeito. Discriminação que, de resto, se assentava em situações desiguais, não afetando, portanto, o princípio da isonomia. Recurso Extraordinário n. 1631167. Santa Catarina. DJ 31.10.97, p. 55560. Ementário vol. 1889, p. 452. Relator Ministro ILMAR GALVÃO. Julgamento da 1ª Turma em 05/08/97. Unânime.

3. A questão, agora, diz respeito à dúvida suscitada de se um trabalhador brasileiro, em empresa francesa funcionando no Brasil, deveria, ou não, ter os mesmos direitos que os seus colegas estrangeiros, também no Brasil. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que sim:

Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade. Constituição Federal, 1967, art. 153, § 1º; Constituição Federal, 1988, art. 5º, caput).¹¹⁴ A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc, é inconstitucional. Precedente do Supremo Tribunal Federal: Agravo 110.846 (Agravo Regimental) – Paraná, CÉLIO BORJA, Revista Trimestral de Jurisprudência 119/465. Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. Recurso Extraordinário n. 161243. DJ 19.12.97, p. 57. Ementário vol. 1896-04, p. 756. Relator Ministro CARLOS VELLOSO. Julgamento da 2ª Turma em 29/10/96. Por maioria e unânime.

4. A questão que vem a seguir passou por inúmeras discussões em juízo. Diz respeito à importação de carros usados. Alguns juristas enxergavam violência ao princípio da isonomia a proibição na vedação de importação dos automóveis usados e a permissão para os novos. Argumentavam, dizendo que seria odioso permitir àquele de maior poder aquisitivo a compra de um automóvel estrangeiro, e proibi-la àquele de menor posse. O Supremo Tribunal Federal, ao meu ver com acerto, contra-argumentou, esclarecendo que o brasileiro de menor condição econômica, mesmo que fosse permitida a importação de automóveis usados, ainda assim, não teria condições de comprá-lo, salvo uma pequena minoria. É, também, de se esclarecer que a proteção ao mercado nacional, mediante a fiscalização e o controle do Ministério da Fazenda tem sede, na atual Constituição, no art. 237, que diz:

114 Constituição de janeiro de 1967 (o texto original desta Constituição tratava do assunto no § 1º, do art. 150. Logo, a redação, a seguir, é do Texto da Emenda n. 01, de outubro de 1969): “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.”

Constituição de outubro de 1988. “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

“Art. 237. A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda”. Eis a decisão do Supremo Tribunal Federal:

Importação de automóveis usados. Proibição ditada pela Portaria n. 08, de 13.05.91, do Ministério da Fazenda. Alegada afronta ao princípio constitucional da isonomia, em pretensão prejuízo das pessoas de menor capacidade econômica. Entendimento inaceitável, porque não demonstrado que a abertura do comércio de importação aos automóveis tenha o fito de propiciar o acesso da população, como um todo, ao produto de origem estrangeira, única hipótese em que a vedação da importação aos automóveis usados poderia soar como discriminatória, não fosse certo que, ainda assim, considerável parcela dos indivíduos continuaria sem acesso aos referidos bens. Discriminação que, ao revés, guarda perfeita correlação lógica com a disparidade de tratamento jurídico estabelecida pela norma impugnada, a qual, ademais, se revela consentânea com os interesses fazendários nacionais que o art. 237, da Constituição Federal teve em mira proteger, ao investir as autoridades do Ministério da Fazenda no poder de fiscalizar e controlar o comércio exterior. Recurso Extraordinário n. 203954. Ceará. DJ 07.02.97, p. 1365. Ementário vol. 1856-11, p. 2250. Relator Ministro ILMAR GALVÃO. Julgamento do Tribunal Pleno em 20/11/1996. Unânime.

5. Mais uma questão, foi aquela da exigência de exame psicotécnico, em concurso público, sem a apresentação de parâmetros técnicos, o que dá margem a caprichos, atitudes arbitrárias e preconceituosas. Diz o acórdão do Supremo Tribunal Federal:

Concurso Público. Polícia Federal. Exame psicotécnico. Entrevista carente de rigor científico. Eliminação de candidato, afinal desautorizada pelo Judiciário, por ilegalidade, em mandado de segurança. Quando a lei do Congresso prevê a realização de exame psicotécnico para ingresso em carreira do serviço público, não pode a Administração travestir o significado curial das palavras, qualificando como exame a entrevista em cláusula, de cujos parâmetros técnicos não se tenha notícia. Não é exame, nem pode integrá-lo, uma aferição carente de qualquer rigor científico, onde a possibilidade teórica do arbítrio, do capricho e do preconceito não conheça limites. Mérito do Acórdão unânime do Tribunal Federal de Recursos. Recurso Extraordinário n. 112676. Minas Gerais. DJ 18.12.87, p. 29144. Ementário vol. 1487, p. 977. Relator Ministro FRANCISCO REZEK. Julgamento da 2ª turma em 17/11/1987. Unânime.

6. O tema da liberdade de imprensa é de uma sutilidade à toda prova, ainda mais quando a Constituição de outubro de 1988, influenciada pelos abusos cometidos na história recente do Brasil, disciplinou o fim da censura, por exemplo no art. 5º, inc. IX, dizendo: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Ou, quando, no art. 220, § 2º, adverte: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.” Ou, ainda, no art. 206, inc. II: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”.

Ocorre que, ao que me parece, o que se quis expurgar foram as anomalias e os excessos, não sendo o melhor caminho partir-se para a licenciosidade sem medidas.

Por exemplo, o acórdão que vai mais adiante, do Supremo Tribunal Federal, refere-se ao ano de 1954, e diz respeito, inclusive, a preconceitos de raça e de classe. Ora, assim como as normas, a jurisprudência precisa ser entendida em seu tempo. Por vezes, uma mesma norma, acaso aplicada em lugares diferentes, produz efeitos diametralmente diversos. Sem dúvida, é preciso assegurar a livre manifestação do pensamento (art. 5º, inc. IV, da atual Constituição) e a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, inc. VI); mas não é incomum que a indenização pelo dano moral ou material (art. 5º, inc. X) não se mostre efetivamente reparadora, havendo utilidade nas atitudes preventivas.

Registrando a necessidade de se visualizar a decisão, em seguida, com os olhos da atualidade, a apresento:

A limitação à liberdade de imprensa, sobrepondo-se ao interesse individual, atende às necessidades superiores do Estado, e da coletividade, dentro das exceções que o conceito de liberdade há de juridicamente suportar, como imperativo imanente ao procedimento humano, compatível com convívio social. Essa limitação, entretanto, não o exerce a autoridade pública de forma arbitrária. A interdição de órgão de publicidade somente se justifica quando se demonstre o incitamento à subversão da ordem pública e social, ou à propaganda de guerra ou de preconceitos de raça ou de classe. Se a esses extremos não autoriza a concluir a prova constante do processo, exaustivamente examinada pelo contexto da decisão recorrida, o apelo constitucional descabe à toda evidência. Recurso Extraordinário n. 25348. Minas Gerais. DJ

05.05.55, p. 5017. Ementário vol. 209-01, p. 272. Relator Ministro RIBEIRO DA COSTA. Julgamento da 1ª turma em 02/12/1954. Unânime.

7. Em matéria estritamente fiscal, o princípio da igualdade é chamado com enorme constância. Exemplo é a Súmula n. 569, do Supremo Tribunal Federal, que dizia: “É inconstitucional a discriminação de alíquotas do Imposto de Circulação de Mercadorias nas operações interestaduais, em razão de o destinatário ser ou não contribuinte.”

Em meu entendimento, essa súmula pode permitir forte questionamento, em face do previsto no art. 155, § 2º, inc. VII, que diz:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] § 2º. O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior atenderá ao seguinte: [...] VII – em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á: a) a alíquota interestadual (em regra geral, igual ou menor do que a interna – inc. VI), **quando o destinatário for contribuinte do imposto;** b) a alíquota interna, **quando o destinatário não for contribuinte dele.**

Portanto, nos dias atuais, embora os problemas possam surgir com outras fisionomias, ele continua a existir. E, por isso, merece realce José Souto Maior Borges, quando diz que, sem isonomia não há segurança.

A isonomia diz respeito, insisto, ao dia a dia do indivíduo. Mexe com o carro que ele vai usar, com o emprego que ele pode ter, com o que vai deixar para os seus filhos após a sua morte, etc. Enfim, interfere em toda a vida do cidadão.

A verdadeira igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades.

Por isso, é de estupenda importância tentar fixar critérios de comparação, que serão relativos, pois apenas se compara o que não é absolutamente igual em todos os aspectos.

3.3.4.2. CRITÉRIOS RELEVANTES

De início, é preciso saber o que deve ser desprezado e o que deve ser levado em conta. É necessário adotar critérios previamente definidos, de modo a não violentar o princípio da segurança jurídica.

De fato, mesmo diante da mais profunda divergência, encontram-se escondidos pontos comuns. Mas não é suficiente uma justiça formal. Por ela, bastaria que os seres de uma mesma categoria fossem tratados da mesma maneira. No entanto, é escolhendo o que é relevante que se chega a uma igualdade de natureza formal; cumprindo-se, com isso, um primeiro passo, com os seguintes pressupostos:

1. dissemelhança relativa entre os seres;
2. possibilidade de comparação mediante critérios;
3. variação histórica, de caráter valorativo, dos critérios.

Tenho o entendimento de que será a Constituição de cada país que elegerá os critérios do Estado. E serão os intérpretes que terão a missão de conferir aspectos concretos ao que foi definido.

Em um Estado democrático de Direito (art. 1º, da atual Constituição do Brasil), aquilo que é fundamental não pode permanecer sendo visto como uma simples limitação às ações do Estado (**legalidade-isonômica**), pois deve assegurar a dignidade dos indivíduos e o desenvolvimento de suas personalidades. Como se vê, tudo passa pela educação.

Não são suficientes programas não cumpridos, e, muito menos, violadores de direitos adquiridos. O Estado não deve ser neutro à miséria, ao menos porque ela enfraquece o consumo e limita o crescimento econômico e o desenvolvimento da riqueza da nação. Não basta o Estado neutro do liberalismo econômico. Nem, muito menos, o Estado de Polícia¹¹⁵, que é algo insatisfatório; está superado, como é fácil concluir de Inaki Agirre-

115 O exagero do uso dos diferentes tipos do poder de polícia, retirando, todos eles, a sua legitimidade do poder do Príncipe, fez com que, certos autores, apelidassem a esse período da História, de Estado de Polícia. Sobre isto, merecem ser reproduzidas as ideias de Fernando Garrido Falla. Ele, em linhas gerais, disse que, no começo do século XV, a polícia funcionava como uma atividade referente à prosperidade e à segurança pública. Em 1415, nas Ordenanças reais francesas, falava-se em disposições como aquela que defendia a polícia enquanto algo exemplar para a guarda dos bens públicos. Ocorre que, no final do século XV, este termo passa à Alemanha com um sentido mais amplo, para designar, possivelmente, toda a atividade estatal. Este conceito amplo veio a sofrer ao largo da sua evolução uma série de restrições. Em primeiro lugar, há de se ter em conta que, na Alemanha, depois da Reforma, os Príncipes tinham simultaneamente poderes temporais e espirituais. Esta dualidade de competências provocou uma primeira exclusão no conceito de polícia: só os assuntos civis eram entendidos como incluídos no conceito. Em meados do século XVII, produziu-se uma segunda restrição. Uma série de assuntos estavam por conta dos Tribunais, ficando regidos pelo princípio da legalidade, havendo, assim, a possibilidade de se recorrer a uma instância judicial independente. Ficando, portanto, assuntos resolvidos sem o Príncipe. Era a distinção entre administração e justiça. (FALLA, 1992, p. 127)

azkuenaga, que ensina que, em um Estado deste tipo, só as relações entre particulares é que estão sujeitas a normas vinculantes. O mesmo não ocorreria no campo do Direito público, pois nada deveria interferir na *boa marcha da coisa pública*. É o autor referenciado:

Como é sabido, no chamado Estado de Polícia só existem normas vinculantes no âmbito do Direito que regula as relações entre particulares, isto é, no Direito privado, já que, no Direito público, a 'polícia' se converte em um instrumento sistemático para alcançar a finalidade do Estado, cifrada oficialmente na consecução do que chamaríamos interesse geral ou textualmente 'a boa marcha da coisa pública' [...] ou, como ironicamente expressa NIETO, a polícia será o 'meio técnico de intervenção administrativa que assegura a felicidade dos indivíduos que a vivem. (AGIRREAZKUENAGA, 1990, p. 37)

Ora, os enormes valores arrecadados pelo Estado contemporâneo, especialmente no campo dos tributos, devem combater o baixo nível de vida com as suas repercussões negativas, sem, contudo, violar os limites constitucionais.

Por isso, tenho comigo a importância do Direito Tributário, que, se não é um direito dos contribuintes, também não deve estar, exclusivamente, a serviço de um Estado neutro às vicissitudes da população. Não basta a igualdade formal de um liberalismo clássico. É preciso tentar uma igualdade econômico-material, mesmo que em doses homeopáticas.

No caso do Brasil atual, a própria Constituição traz o seu elenco de critérios relevantes. E, como estou defendendo desde o início; sem isonomia não há segurança.

É preciso que a lei, e a sua aplicação, seja isonômica. Os critérios de contraste que defendo são:

1. proibição de distinguir no teor e na aplicação da lei;
2. dever de distinguir segundo o critério básico, em direito tributário, da capacidade contributiva¹¹⁶;
3. atenuação das grandes diferenças econômico-materiais pela progressividade da tributação;

116 Constituição do Brasil. "Art. 145. [...] § 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte."

4. afastamento do critério da capacidade contributiva por outros critérios de comparação que componham um prévio planejamento de uma política desenvolvimentista (extrafiscalidade).

Todos esses são elementos de possível aplicação em um certo momento histórico e em um mesmo Estado. Os seus efeitos dependerão não apenas das normas que os consagram, mas também do intérprete (administrador ou juiz) e da sociedade.

1. Proibição de distinguir no teor e na aplicação da lei.

A segurança jurídica não se choca com o Estado democrático. Quando se fala em igualdade perante a lei (art. 5º, *caput*, da atual Constituição do Brasil), trata-se, antes de mais nada, da exigência de lei que não autorize o arbítrio, havendo, também, a necessidade de uma aplicação que não se enfraqueça perante o casuísmo decorrente dos fatores concretos do Poder.

Os instrumentos para enfrentar essa difícil batalha estão dispostos. São, como exemplo: o direito de petição aos poderes públicos e o de obtenção de certidões sem o pagamento de taxas (art. 5º, inc. XXXIV); a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV); a inexistência de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, inc. XXXVI); o devido processo legal e o devido procedimento administrativo (art. 5º, inc. LIII e ss.); a assistência judiciária gratuita integral aos mais pobres (art. 5º, inc. LXXIV) etc.

Assim, quer me parecer de relevo Montesquieu, que, no seu *Do Espírito das Leis*, leciona que é preciso distribuir o poder, de modo que ele não provoque temor.

De que adiantaria ter os instrumentos se a experiência vivida naquele Estado ensinasse a dele ter medo. Eis o Barão de *La Brède et de Montesquieu*:

Quando numa só pessoa, ou num mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo se acha reunido ao poder executivo, não poderá existir a liberdade, porque se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não existirá também liberdade quando o poder de julgar não se achar separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo então perecerá, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, o dos nobres, ou o

do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as questões dos particulares. (MONTESQUIEU, 1990, p. 133)

Enfim, ao invés de impor o medo, a responsabilidade das autoridades públicas, e particularmente das judiciais, é a de fazer aplicar o ordenamento jurídico sem timidez ou interpretações restritivas.

Como venho defendendo, o ato de aplicação das normas não é um mero momento lógico, pois possui o decisivo caráter de lógica preferencial. Daí, com mais razão, a importância da publicidade dos atos de poder.

Será pela motivação pública que se saberá o momento de não distinguir. E não há discricionariedade que não possa ser fundamentada em público.

No campo tributário, que é o que mais detidamente analiso, são verificados traços bem marcantes. São considerações constitucionais:

1. a igualdade entre as pessoas políticas da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) – Constituição do Brasil. Arts. 18, *caput*; 151 e incs.; 152;
2. a igualdade entre os contribuintes dotados de mesma capacidade econômica, sendo irrelevantes raça, sexo, cor, idade, ocupação profissional ou função exercida (parlamentares, magistrados, militares etc.) – Constituição do Brasil. Arts. 3º, inc. III; 150, inc. II; 145, § 1º.

Aqui, também cabe a lembrança de que a Revolução Francesa, de 1789, também foi decorrente do fato de os nobres, o clero e os militares não pagarem os impostos; o que é uma violência contra a isonomia entre os indivíduos.

É bem verdade que ainda podem existir aqueles saudosistas a concordarem com a resposta, absolutamente superada, do Bispo de Sens, de que o costume antigo era o de que o povo contribuísse com os seus bens, a nobreza com o seu sangue e o clero com as suas preces.

Nesse estágio da argumentação, reservei espaço para buscar auxílio em um dos maiores administrativistas brasileiros, Celso Antônio Bandeira de Mello.

O livro, de cujo texto farei a transcrição, li, de um só fôlego, na primeira oportunidade que viajei para São Paulo. Trata-se do *Conteúdo Jurídico*

do *Princípio da Igualdade*. Nele, destaca-se o prestígio das normas constitucionais quer em relação àquelas que lhe são inferiores quer em relação à tarefa de aplicação do ordenamento.

Uma norma deve repousar em critério compatível com aquilo que regulamenta. Por exemplo, não se deve tributar a propriedade de um imóvel urbano com base no valor dos rendimentos totais das diferentes atividades do seu proprietário. Além disso, uma norma não deve singularizar destinatários, salvo se a justificativa para isso encontrar escora na Constituição. É o que, metodicamente, conclui Celso Antônio Bandeira de Mello:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: I – a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada; II – a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator ‘tempo’ – que não descansa no objeto – como critério diferencial; III – a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímén* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados; IV – a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímén* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente; V – a interpretação da norma extrai dela distinções, *discríméns*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita. (MELLO, 1984, p. 59-60)

2. Dever de distinguir segundo o critério básico da capacidade contributiva.

Entre os critérios comparativos, um dos que mais me chamam a atenção, há algum tempo, é o da capacidade contributiva.

Esse critério já havia aparecido na Constituição de setembro de 1946, mais precisamente no art. 202, que dizia: “Os tributos terão caráter pessoal sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte.”

Esse dispositivo foi revogado pela Emenda Constitucional n. 18, de 1º de dezembro de 1965, que foi um marco no Direito Tributário do Brasil, pois é havida como aquela que principia um verdadeiro sistema tributário nacional.

Embora tenha sido revogada a sua formulação expressa, foi considerado implícito na Constituição de janeiro de 1967, e na Emenda n. 1, de outubro de 1969.

Agora, na Constituição de outubro de 1988, ressurgiu no art. 145, § 1º, já citado anteriormente. O mandamento parece simples e necessário: deve-se buscar um sacrifício o mais possível igual para todos, respeitando as diferenças de cada um.

As imunidades existentes¹¹⁷ devem ter presença constitucional, pois só a Constituição pode fixar exceções¹¹⁸. Outras formas, eventualmente,

117 Constituição do Brasil. São exemplos de imunidades: Art. 150, inc. VI: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI – instituir impostos sobre: a) patrimônio, rendas ou serviços, uns dos outros; b) templos de qualquer culto; 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; d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.” Art. 153, § 2º, inc. II (este dispositivo foi revogado pelo art. 17, da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, que modifica o sistema de previdência social brasileiro): “Compete à União instituir impostos sobre: [...] § 2º. O imposto de renda e proventos de qualquer natureza [...] II – não incidirá, nos termos e limites fixados em lei, sobre rendimentos provenientes de aposentadorias 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. e § 4º. O imposto sobre a propriedade territorial rural terá as suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas e não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel. Art. 155, inc. X: O ICMS “não incidirá: a) sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar (Lei Complementar n. 65, de 15.04.91); b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica”. Redação atual do inc. X do art. 155: “não incidirá a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 42, de 19/12/2003) b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica; c) sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5º; d) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 42, de 19/12/2003)” Art. 184, § 5º: “Art. 184. [...] § 5º. São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.”

118 Contudo, veja-se o art. 150, inc. VI, “d”, da Constituição da República Federativa do Brasil, de outubro de 1988, que registra: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI – instituir impostos sobre: [...] d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.” Surge, então, a pergunta: o dicionário eletrônico, uma espécie de caneta com sensor ótico para escanear palavras em português e traduzi-las automaticamente para o inglês e vice-versa, deverá ter o mesmo tratamento tributário dos livros impressos em papel? Em situações como tais, há quem defenda a tese de que a Constituição tornou imune a impostos não o “livro-objeto”, mas o “livro-valor”, como um instrumento do saber, ensino, cultura, pesquisa, divulgação de idéias. Assim, o suporte físico e a aparência não interessam, desde que se revele os valores imanentes do livro. Sendo o dicionário eletrônico, basicamente, um

desonerativas (isenção, alíquota zero, não incidência) também precisam lidar com a justificativa pelos princípios constitucionais, lembrando que a regra é a da obediência à capacidade de cada um de contribuir com todos (princípio da solidariedade, art. 3º, inc. I, da C. F.).

Assim, entendeu a Constituição do Brasil, de outubro de 1988, que pessoas com idade superior a 65 anos, e com renda exclusiva do trabalho (hipótese que foi revogada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98 – modifica o sistema de previdência social brasileiro), ou que pequenas glebas rurais exploradas por proprietário que não possua outro imóvel, embutiam uma importância superior à da obediência estrita à capacidade contributiva.

São opções como essas que justificam falar em extrafiscalidade, pois, às vezes, a importância da arrecadação cede frente à importância da desoneração.

De fato, são perfeitamente compatíveis a necessidade de arrecadação com predicamentos de resguardo do mínimo indispensável a uma existência digna para o contribuinte e para sua família, bem como a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País (Constituição do Brasil, art. 151, inc. I). Atente-se para o que diz o art. 151, inc. I:

Art. 151. É vedado à União: I – instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País.

Note-se que este dispositivo não é justificativa para a má utilização destes recursos, cabendo investigar o motivo dos desvios de finalidade, e, acaso apurada alguma irregularidade, é de todo necessário a punição dos responsáveis.

Mas, direito violado não deve ser direito modificado. É preciso combater a violação. Além do mais, o respeito ao princípio da capacidade contributiva, de modo algum, deve prejudicar a possibilidade de novos inves-

dicionário de idiomas, faria jus à imunidade. (Relator VILSON DARÓS, Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região).

timentos, nem o desenvolvimento do exercício das atividades econômicas. Antes pelo contrário, está implícito o comando em sentido diverso.

Vale salientar que foi, exatamente, este caráter patente, que provocou a rejeição de várias emendas, apresentadas ao Projeto da atual Constituição, que buscavam deixar ainda mais clara essa evidência. Como exemplo, a Emenda n. 14.325, de 13/08/87, Autor: OLAVO PIRES – PMDB.RO; Emenda n. 17.278, de 13/08/87, Autor: PAULO ROBERTO CUNHA – PDC.GO; Emenda n. 19.987, de 13/08/87, Autor: ROBERTO BALESTRA – PDC.GO; Emenda n. 30.082, de 04/09/87, Autor: ROBERTO BALESTRA – PDC.GO; Emenda n. 31.208, de 04/09/87, Autor: PAULO ROBERTO CUNHA – PDC.GO. etc.

Pois bem. Dentro do item *Dever de distinguir segundo o critério da capacidade contributiva*, considero de especial destaque dois assuntos, a saber: a vedação ao confisco mediante a graduação tributária e o tema da família.

Sobre o confisco e a graduação tributária.

Não é apenas um exercício de lógica o que se falará logo adiante. Quando se defende a obediência ao princípio da capacidade contributiva, também, defende-se a vedação ao confisco. No entanto, se, simplesmente, estiver-se a propugnar pela proibição do confisco, isto não traria, em suas linhas, o respeito à capacidade contributiva.

É, perfeitamente, possível o Estado não confiscar, mediante a utilização do tributo, e, mesmo assim, não atender à capacidade contributiva dos cidadãos.

Como tem sido advertido, a igualdade consiste em identificar a medida da desigualdade, para, só então, tratar aos diferentes de maneira diferente, e na medida da diferença.

A vedação ao confisco não compara. A graduação pela capacidade contributiva sim. Ela toma o seu fundamento na comparação. É incompleta a proibição ao confisco, se posta isoladamente. Em um Estado democrático, não se pode ficar satisfeito com isso. É preciso ir além. É preciso ir em busca das possibilidades de cada cidadão de contribuir com o Estado.

Lembro, aqui, de que, quando da aplicação das sanções penais de perda de liberdade, tem o Judiciário, em suas mãos, critérios para a fixação da pena. Entre o máximo e o mínimo cominado, são verificadas penabase, critérios atenuantes e agravantes e causas de aumento e de diminuição de pena.

Ora, se assim é possível quando se fala em perda de liberdade, porque não seria em relação ao avanço do Estado na propriedade do cidadão.

Considerando esclarecido que não basta evitar o confisco para atender à justiça, lanço mão de duas perspectivas:

1. é preciso respeitar o mínimo vital. O Estado não pode retirar o mínimo indispensável à habitação, ao vestuário, à alimentação, ao tratamento médico; como também, tem de adotar políticas públicas assecuratórias destas necessidades;
2. é preciso tentar medir a capacidade contributiva.

Quanto ao respeito ao mínimo vital, considero que seja algo que esteja protegido no próprio direito constitucional à vida. É uma decorrência direta assegurada em um Estado democrático de Direito (art. 1º, da atual Constituição do Brasil). Sem isso, não é possível falar em liberdade. Absolutamente, poética é a afirmação de que há liberdade, mesmo vivendo debaixo de uma ponte. Essa afirmação foi feita por Anatole France (1894, p. 117).

De fato, afirmações como essa, fazem-me lembrar de um comentário para o qual merece ser dada a devida atenção:

É um fato que propiciar direitos ou salvaguardas políticas contra a intervenção do Estado no que diz respeito a homens que mal têm o que vestir, que são analfabetos, subnutridos e doentes, é o mesmo que caçoar de sua condição: esses homens precisam de instrução ou de cuidados médicos antes de poderem entender ou utilizar uma liberdade mais ampla. (BERLIN, 1981, p. 138).

O respeito ao mínimo vital deve assegurar dois *status*, a saber:

1. *status* positivo.

Como um direito fundamental irreduzível deve ser garantido pelo Estado mediante subvenções e auxílios de toda espécie a instituições de educação e de assistência social.

Em situações de calamidade pública, ou em caso de desenvolvimentos de programas de assistência à população carente, tem o Estado a obrigação de garantir agasalhos, alimentos, remédios, merenda escolar etc.

No Brasil, a carência é tão grande, que os programas assistencialistas constituem as principais metas de alguns governos. Mas não basta entregar o peixe, é também necessário ensinar a pescar. O Estado precisa apresentar programas de profissionalização e acompanhamento do indivíduo no ingresso no mercado de trabalho.

2. *status* negativo.

É de peculiar relevância. A Constituição de setembro de 1946 o previa no art. 15, § 1º: “Art. 15. [...] § 1º. São isentos do imposto de consumo os artigos que a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica”.

Rui Barbosa (1949, p. 62) chegou a fazer especiais referências sobre tal assunto, defendendo, como não haveria deixar de ser, a intributabilidade. A equidade, segundo ele, impedia a imposição fiscal.

Note-se que a identificação da ausência de capacidade econômica não é algo reservado para os quase miseráveis, e, por isso, de *impossível* realização.

A Constituição do Brasil, no art. 192, § 1º, também a dispôs enquanto requisito exigido para a autorização de funcionamento de Instituições Financeiras, Estabelecimentos de Seguro, Previdência e Capitalização. É o art. 192, § 1º.:

Art. 192. [...] A autorização a que se referem os incisos I e II (aquelas que eu já indiquei) será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos direitos tenham capacidade técnica e reputação ilibada, **e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento.** (Grifo nosso)

O referido parágrafo foi revogado pela Emenda Constitucional n. 40/2003.

Portanto, o trabalho de aferibilidade é uma tarefa conjunta do legislador, da administração; e, sobretudo, do Judiciário. Enfim, é preciso que se encontre critérios de aferição da pobreza que não humilhem os pobres. Pela pesquisa que tenho feito, encontrei alguns indícios que podem ser de alguma valia nessa difícil construção assecuratória de direitos.

O extinto Tribunal Federal de Recursos, admitindo a dependência econômica da mãe em relação ao filho, mesmo estando vivo o marido aposentado pela Previdência Social, adotou, como base de argumentação para aferir o estado de pobreza, o fato de o chefe de família (uma expressão atualmente ultrapassada nos atuais termos do Código Civil brasileiro) ganhar apenas um salário-mínimo; e, portanto, não ser dotado de capacidade econômica para manter a própria família. (Acórdão unânime n. 55.702. Rio de Janeiro. 4ª Turma. 01.08.80, votação unânime. DJU 06.08.80

e Acórdão n. 85.287. São Paulo. 1ª Turma. 27.09.84. Votação unânime. DJU 04.10.84. Revista do Tribunal Federal de Recursos vol. 155, p. 199).

Em meu entendimento, para a consideração fiscal não deve haver apenas um salário-mínimo, pois o mínimo é variável em razão de certos fatores, como, por exemplo, o número de membros da família. Esses fatores, segundo a minha leitura do art. 7º, inc. IV¹¹⁹, da atual Constituição do Brasil, deveriam ser nacionalmente unificados e fixados.

Assim, o salário-mínimo, fixado pelo governo, seria como uma espécie de piso para a computação das circunstâncias próprias ao caso concreto. Nele, devem ser considerados: o valor da cesta básica e do aluguel médio em bairros populares na região, o valor médio dos gastos com transportes e de material escolar despendido com os membros da família etc.

Enfim, todas as necessidades apontadas no inc. IV, do art. 7º, da atual Constituição do Brasil, precisam ser consideradas, em seu valor médio (acaso já não sejam supridas pelo governo), segundo o instituto oficial de estatística (que pode ser o mesmo que mede a inflação do mês), a saber: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Pois bem, respeitado o mínimo vital, ainda se faz necessário tentar medir a capacidade contributiva para além disso. Sobre esse assunto, faço lembrar de Karl Popper, que, em seu *Conhecimento Objetivo*, dizia sobre a importância da audácia intelectual para enfrentar problemas difíceis, e sobre a efetiva possibilidade de erro que este comportamento encerra:

O ideal de evitar o erro é um ideal pobre; se não tivermos a ousadia de abordar problemas difíceis em que o erro seja quase inevitável, o conhecimento não aumentará. De fato, são as teorias mais audazes, inclusive as erradas, as que nos ensinam. Ninguém está livre de cometer erros; o importante é aprender com eles. (POPPER, 1982, p. 176)

Os critérios que tentarei apontar, evidentemente, não são absolutos; mas se, em alguma proporção, afastarem uma perturbadora sensação de perda injusta, estará cumprida a tarefa.

119 Constituição do Brasil “Art. 7º. [...] IV – salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.”

Imagine-se duas pessoas com uma mesma renda mensal. Mesmo assim, elas podem ter capacidade diversa para o consumo. Isso ocorreria se, por exemplo, uma delas, sendo filha de família rica, não precisasse contribuir para o sustento da casa, apenas provendo os seus próprios gastos.

A despeito disso, a renda pessoal poderia ser vista como um critério de medida da capacidade econômica de um indivíduo. Notoriamente, embora, não possa ser um critério isolado.

Outra situação. Compare-se duas pessoas de mesma renda pessoal, mas com patrimônios líquidos diferentes. Ora, o poder econômico adicional precisa ser considerado. Logo, com dois exemplos, conseguiu-se encontrar três critérios: da renda pessoal, do consumo e do patrimônio.

A própria Constituição do Brasil propôs tais critérios na parte final do § 1º, do art. 145; ou seja, ela estabelece que se identifique: o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Logo, é um equívoco adotar a renda líquida pessoal como o único índice. Além disso, é aparente que o conceito de renda apresenta-se extremamente problemático (ganhos de capital, doações, heranças etc). A renda, isoladamente, é critério de medida incompleto da capacidade econômica. Afora o fato de que não atende o que foi previsto na Constituição.

Também o patrimônio é de ser encarado com relatividade. Chega a ser comum se pensar em alguém que venha a ser detentor de um patrimônio considerável, mas que não disponha de renda suficiente no momento da cobrança fiscal; o que poderá provocar a necessidade de desfazimento dele. É o caso de viúvas que herdaram mansões e que não têm como pagar o imposto relativo às mesmas.

Falta-lhe liquidez patrimonial, a capacidade imediata do pagamento. Mas não é por isso que se deve abrir mão desse critério, afinal a graduação do tributo pelo patrimônio tem o mérito de desestimular a propriedade improdutiva, e, desse modo, promover o desenvolvimento econômico, sendo um objetivo fundamental da República brasileira a promoção do desenvolvimento nacional (Constituição do Brasil, art. 3º, inc. II).

Sobre o consumo, é adequado a utilização desse critério para os chamados impostos reais, sendo oportuno utilizá-lo em tais casos, nos quais o que se considera diretamente é o bem consumido.

Como se vê, a ideia de um imposto único é de difícil aproximação da verdadeira isonomia fiscal; pois é necessária a adoção de vários critérios, e um só imposto não atingiria todos eles.

Ao tratar do assunto, o deputado brasileiro, do Rio Grande do Norte, Flávio Rocha, antes da adoção do Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF)¹²⁰, que deu origem à extinta Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF), levantou os seguintes problemas: I – as pessoas se restringiriam a endossar os cheques que recebessem, cabendo toda a carga fiscal (em cascata) àquele que fosse descontá-lo; II – como um tributo cumulativo, seria inflacionário; III – recairia, integralmente, sobre os consumidores; IV – nenhum país adota esta prática, o que implicaria um salto no escuro; V – as pessoas carregariam consigo dinheiro em espécie, o que incentivaria, ainda mais, os assaltos em tempos de “arrastões”.

Firmando o meu entendimento sobre o assunto, tenho que o que mais importa não é o número de tributos (em que pese a burocracia para sustentá-los), mas a efetiva distribuição da carga tributária.

Enfim, continuando a falar sobre a necessidade de medir a capacidade contributiva, e, com isso, promover a aproximação de uma lei mais isonômica (segurança e justiça), devo falar, agora, do *redditometro*, ou um medidor de renda. Ele consiste na projeção, por computador, da renda de uma pessoa, com base em sua propriedade e no seu custo de manutenção. Obtido o resultado, passa-se a compará-lo com a declaração de renda do contribuinte. Acaso a renda projetada ultrapasse a renda declarada em mais de 25%, o contribuinte seria chamado para justificar-se. O Governo italiano já utilizou tal método para apanhar sonegadores, etc. Ocorre que, atualmente, a informática dá passos cada vez mais largos, e é preciso utilizá-la, também, de modo a se conseguir compatibilizar segurança e justiça. No momento em que são enviados os questionários, inclusive para os eventuais suspeitos de sonegação, isso pode vir a intimidá-los. E, mais pessoas pagando tributos, implica em menor carga tributária.

120 A ideia lançada, originariamente, era a de instituir o Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF) como único, embora com uma alíquota maior do que aquela que foi fixada. Na realidade, passou a ser mais um. O IPMF foi criado pela Emenda Constitucional n. 03, de 17 de março de 1993, art. 2º, com uma alíquota que não poderia exceder a vinte e cinco centésimos por cento (0,25%), e vigência até 31/12/94.

É claro que esse sistema ou um mais desenvolvido não deve afastar a utilização de outros, mas pode ser um aliado.

Pelo que pude observar, basicamente, o que se indaga, nos questionários, são informações sobre o tamanho das casas, a natureza das propriedades dos respondentes, a quantidade e os tipos de automóveis ou motocicletas que possuem etc. Além de perguntar-lhes sobre a posse de bens suntuários: iates, helicópteros, aeroplanos. E, para os padrões brasileiros, pasme-se: se possuem empregadas (os) domésticas (os).

Entre os itens, são indicados escores que variam de 1 a 10. Cada item tem o seu peso específico. Os únicos itens que têm peso 10 são as apólices de seguros e os prêmios de seguro de vida, o que, naturalmente, merece alguma reflexão. Parece que o raciocínio é o de que é aí onde os sonegadores mais ficam expostos: quando se trata das suas próprias vidas e das suas famílias.

O consumo de eletricidade também pode vir a ser um outro elemento a ser utilizado, de modo a avaliar a retidão das informações sobre o tamanho das casas e os seus níveis de conforto.

É preciso, ainda, tentar cruzar as novas informações com as anteriores, de modo a confirmar os registros existentes.

Ora, parece evidente que à medida que o Estado busca-se desenvolver, sem ampliar a sua burocracia, naturalmente, os sonegadores também devem ter o mesmo objetivo. No entanto, quero crer que se o Estado pode-se esforçar para desenvolver técnicas mais justas de tributação, visando, inclusive, reduzir a sonegação, é do seu dever fazê-lo.

Sobre a família

Na Constituição atual do Brasil, mais particularmente no art. 7º, inc. IV, ficou predicado um salário-mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família. E acresceu-se a irredutibilidade salarial, no inc. VI, do mesmo artigo.

A mesma Constituição atribuiu à família a especial proteção do Estado, dizendo no art. 226: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Foi além, determinando que a lei facilitasse a conversão do concubinato em casamento, quando, no § 3º, do mesmo art. 226, fez registrar:

“Para efeito da proteção do estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Ratificou o dever de assistência aos filhos pelos pais, dizendo no art. 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Estabeleceu, ainda, que o planejamento familiar ficava à livre e consciente decisão do casal, mas que competia ao Estado propiciar os recursos adequados à manutenção dos princípios da dignidade da pessoa humana.

É o que se retira do art. 226, § 7º:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos adicionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Portanto, não há outra conclusão senão aquela de que o fato de ter família não pode servir para agravar a carga tributária. Se não fosse assim, haveria uma quebra de confiança. Uma violação ao princípio da segurança jurídica.

No entanto, chegou a existir Projeto de Lei Complementar, encaminhado ao Congresso Nacional no início de 1990, no qual constava que se o casamento tivesse ocorrido no regime de comunhão de bens os cônjuges seriam tributados em conjunto.

Assim, em face da progressividade das alíquotas do imposto de renda, cometer-se-ia o absurdo de desprestigiar o casamento em uma Constituição que, declaradamente, o estimula.

Por todo o exposto, defendo que a lei do imposto de renda não deveria limitar o número de deduções por dependentes, nem tampouco ignorar os gastos com educação e plena assistência devida aos filhos.

Sobre o assunto, vale destacar José Marcos Domingues de Oliveira, quando suscita a reflexão sobre o fato de que um imposto não deve visar tão somente uma fria arrecadação de valores para o Estado, precisando levar em conta as peculiaridades das situações pessoais dos contribuintes, tal como, por exemplo, a análise do que merece ser deduzido do pagamento. Nas suas palavras:

A Lei n. 7.713/88, pretextando transformar o imposto de renda das pessoas físicas num imposto real, isto é, preocupada exclusivamente com o quantum a arrecadar, deixando para trás as suas tradicionais características de imposto pessoal, moldado às condições individuais de cada contribuinte. Por outro lado, embora a Lei n. 8.134/90 tenha restabelecido algumas deduções de despesas importantes para o cômputo da renda líquida dos contribuintes (v.g. a dedutibilidade das despesas de saúde e de previdência oficial e das necessárias à manutenção da fonte produtora, como o livro-caixa dos profissionais sem vínculo empregatício), não restabeleceu as demais deduções, e, inconstitucionalmente, diferiu no tempo (para 1992) o exercício do direito de deduzir o que acabara de reconhecer. Se era clara a inconstitucionalidade da Lei n. 7.713/88, por impedir deduções, mais evidente agora é a inconstitucionalidade da Lei n. 8.134/90, ao procrastinar o exercício do direito que foi levado a reconhecer. (OLIVEIRA, 1991, p. 225-226)

3. Atenuação das grandes diferenças econômico-materiais pela progressividade tributária.¹²¹

Em certa oportunidade, realizando a leitura de uma matéria tributária no jornal Folha de São Paulo, vi algo que me parece bastante apropriado àquilo que pretendo falar.

Era um trecho de uma coluna do jornalista Luís Nassif, a respeito de Ives Gandra, um conhecido tributarista brasileiro. Dizia o jornal, ao tecer uma comparação simbólica entre as rodela em um prato de pães e as moedas de uma renda, para concluir pela ética e justiça tributárias encerradas no princípio da progressividade. Uma resumo da matéria:

Mais de dez anos atrás, quando começou o questionamento das práticas adotadas pela Receita Federal, o colunista conheceu um jurista, de nome HENRY TILBERY, apresentado a ele por um colega de escritório que o tratava como mestre. Através da leitura dos livros de TILBERY, tomou contato com as discussões teóricas sobre justiça tributária que permitiram à cultura universal e à ciência tributária incorporar um conceito de profundo conteúdo ético, chamado de progressividade dos tributos. Coloquem duas pessoas com fome frente a um prato cheio de rodela de pão, dizia o exemplo. As primeiras rodela servirão para saciar sua fome. As rodela seguintes, para degustação. Se houver mais rodela no prato, sua importância será

121 De fato, uma alternativa à progressividade de modo a evitar grandes variações de alíquotas, que estimulariam a evasão, seria a criação de impostos especiais a gravarem certas atividades, como a produção de bebidas alcoólicas.

mínima, possivelmente ficarão no prato ou serão servidas ao cachorrinho da família. Como as primeiras moedas de uma renda servem para satisfazer necessidades básicas, têm que sofrer uma tributação mais baixa. À medida que a renda aumenta, as moedas seguintes passam a ser cada vez menos essenciais, ficando expostas a uma tributação progressivamente maior.

E colmatou o jornalista pela possibilidade de a ética e a eficiência caminharem juntas:

Essa discussão subverteu completamente o conceito convencional de igualdade, ajudando a conferir conteúdo ético e legitimação social aos sistemas tributários – sem retirar eficiência da economia. O colega de escritório, a quem até hoje o colunista é grato por ter-lhe proporcionado o indizível prazer de conhecer as idéias e a pessoa de HENRY TILBERY, era o advogado IVES GANDRA DA SILVA MARTINS.¹²²

Mas não pense que a progressividade dos tributos, como um veículo de justiça, seja uma unanimidade. Há quem diga exatamente o contrário, considerando que o mundo é naturalmente selvagem e obscuro, e a progressividade apenas estimularia a construção de práticas evasivas, comportando um conteúdo desincentivador da economia. Lembra-se também de que a grande maioria do capital continua a ficar em casa, precisando os países emergentes e pobres caminharem com as suas próprias forças.

Nas palavras de Roberto Mangabeira Unger:

O estudo comparado da tributação e do gasto público revela fato chocante. Há relação quase inversa entre justiça dos sistemas tributários no papel e o êxito de cada um deles em financiar o gasto social capacitador e igualizador. Onde há mais redistribuição de fato, como na França, a tributação indireta e ‘injusta’ do consumo serve como fonte principal da receita pública. Onde as desigualdades se agravam e o gasto social se restringe, como nos Estados Unidos, prevalece a homenagem à progressividade na tributação. (UNGER, 2001, p. 131)

A simples proporcionalidade é um princípio neutro que teria aplicação própria em um liberalismo econômico. Basta fixar uma alíquota uniforme que permaneceria tudo como antes. *Leave them as you find them*. O direito sendo aplicado de modo a deixar as pessoas tal como as encontrou. Isso é a proporcionalidade, que não me parece compatível com o Estado

122 Conforme Luís Nassif. Folha de São Paulo. Dinheiro 4/6/92, p. 2-3

democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da atual Constituição do Brasil), pois implica em um Estado neutro frente às injustiças sociais.

Com a progressividade é diferente, pois na medida em que vai aumentando a capacidade do indivíduo de contribuir com a coletividade (atitude solidária, art. 3º, inc. I, da atual Constituição do Brasil), também deve ser elevada a sua participação, mediante a aplicação de alíquotas mais altas.

Evidentemente que essa progressão não deve ser exagerada, de maneira a acarretar desestímulo e decréscimo de produtividade. Além do mais, será preciso educação e maturidade por parte da comunidade, pois, senão, os novos preços transferirão, integralmente, a carga impositiva.

No Brasil, costuma-se dizer que quem mais paga tributo é o assalariado, pois tem o seu desconto na fonte, não sendo possível desviar-se do Fisco; ao contrário dos demais. Pois bem, pensando nisso, e buscando a direção de uma justiça concreta, mediante o instrumento da progressividade, imaginei que devessem ser considerados aspectos como estes a seguir:

- a) a renda fruto do esforço do homem, e do seu trabalho, deve ser menos gravada do que aquela obtida sem fadiga, em especulações financeiras, por exemplo;
- b) a renda auferida decorrentemente de uma condição de competência, que é fruto de anos de sacrifício, deve ser menos gravada do que aquela proveniente de privilégios e monopólios;
- c) o patrimônio proveniente de heranças, doações, loterias deve ser considerado de um modo especial, pois, em regra, são fatores gratuitos e de desequilíbrio da igualdade de oportunidades.

Enfim, respeitados postulados como esses, acredito que a tal legalidade isonômica, ou a afirmação de que sem isonomia não haverá nenhuma segurança, passa a tomar um corpo mais bem definido.

Pretendendo ter amparo para o que defendo, e sem esconder a realidade, socorro-me em Biscaretti Di Ruffia, que, nas suas *Instituições de Direito Público*, e à maneira dos juristas ilustres, ao tratar do sistema tributário italiano, diz:

É informado por critérios de progressividade, já que a igualdade, entendida corretamente, impõe, precisamente, que aquele que goza de rendas mais elevadas deve contribuir aos gastos públicos com uma percentagem progressivamente mais alta do que os que gozam de rendas exíguas. (RUFFIA, 1984)

O Estado não deve deixar as coisas tal como encontrou. Ele precisa tentar, paulatinamente, mudá-las.

E não foi outra coisa que disse o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, em seu discurso de posse na Presidência deste Egrégio Tribunal, em maio de 1997, quando afirmou que era preciso realizar a Constituição, realizar os direitos fundamentais nela contidos:

No entanto, de nada valerão os direitos e de nada significarão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam não forem preservados e não forem respeitados pelo Poder público. A questão dos direitos fundamentais da pessoa humana coloca-se, hoje, mais do que nunca, como um ‘processo solidário’ que impõe a ‘atuação comum’ dos Poderes da República, ao lado dos grupos sociais. Pesa, desse modo, sobre magistrados, legisladores e membros do Poder Executivo, o encargo irrenunciável de se colocarem, em ação conjunta e convergente, como instrumentos de realização do compromisso constitucional que deles exige a adoção de uma clara e inequívoca posição como agentes dos direitos essenciais da pessoa humana em nosso País.

E arrematou pela possibilidade de toda pessoa ter direito a ter direitos, não podendo haver uma “exclusão jurídica” do rol dos cidadãos marginalizados:

É preciso construir a cidadania, a partir do reconhecimento de que assiste a toda e qualquer pessoa uma prerrogativa básica que se qualifica como fator de geração dos demais direitos e liberdades. Refiro-me a essa categoria fundamental que se traduz no reconhecimento de que ‘toda pessoa tem direito a ter direitos’. Se as formações sociais e o próprio Estado não proclamarem essa asserção fundamental, tornar-se-á inviável o acesso às demais categorias de direito e liberdades. [...] E, desse modo, o ‘rol dos excluídos, marginalizados pela iniquidade da exclusão social, será dramaticamente ampliado pelo surgimento daqueles afetados por uma perversa ‘exclusão jurídica’, estigmatizados pela impossibilidade de sequer postularem a proteção jurisdicional do Estado.”

Se, pelo menos em linhas gerais, estão de acordo com aquilo que defendendo autoridades desta ordem, sinto-me autorizado a voltar a falar sobre o instrumento da progressividade.

Sobre a propriedade

É notório que o princípio da progressividade não deve invadir a esfera do confisco, mas, também é evidente, que, em confisco, só se pode-

rá falar quando cumprida a função social da propriedade. Logo, é de se concluir que não estou atribuindo ao direito tributário, e nem tampouco à progressividade, uma função isolada.

Ao seu lado, existe uma gama de dispositivos constitucionais preocupados com o produtivo exercício do direito de propriedade, atendendo a uma função social que dela se espera, tal como determina, entre os tantos artigos constitucionais, os seguintes:

a) o art. 5º, incs. XXII; XXIII; XXIV; XXV; XXVI etc:

XXII – é garantido o direito de propriedade¹²³; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social”; XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

b) o art. 182, § 2º e 4º:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] § 2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. [...] § 4º. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de : I – parcelamento ou edificação compulsórios; **II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo**; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez

123 Sobre o direito de propriedade, trata o antigo Código Civil no art. 524 a 673 e o novo CC (arts. 1228 ao 1368). No Brasil, a legislação base para a desapropriação é: Decreto-lei n. 3.365, de 21/06/41 (utilidade pública); Lei n. 4.132, de 10/09/62 (interesse social); Decreto-lei n. 1.075, de 22/01/70 (imissão de posse, *initio litis*, em imóveis residenciais urbanos).

anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais;

c) o art. 184, *caput* e §§ 4º e 5º:

Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. [...] § 4º. O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício. § 5º. São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária;¹²⁴

d) o art. 186:

A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores;

e) art. 243, *caput* e parágrafo único:

As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo Único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.” (ob-

124 Sobre a política agrícola e fundiária e reforma agrária, cito, no Brasil, como legislação de relevo: o Estatuto da Terra – Lei n. 4.504, de 30/11/64; a Lei n. 8.174, de 30/01/91, que trata dos princípios da política agrícola; a Lei n. 8.629, de 25/02/93, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária; a Lei Complementar n. 93, de 04/02/98, que é relativa ao Fundo de terras e à reforma agrária.

servação: judicialmente, discutia-se se a expropriação deveria incidir sobre toda a propriedade que mantivesse o cultivo de plantas psicotrópicas, ou se apenas na área onde efetivamente estivesse o cultivo. Aparentemente, a posição que saiu vitoriosa foi aquela que optou pela expropriação de toda a propriedade, a despeito de, por vezes, avocar-se a presunção de inocência, argumentando-se pela ignorância do proprietário).

Observe-se, assim, que não é de se falar em uma missão solitária de nenhum instrumento jurídico. É preciso que atue todo o sistema.

É, aqui, onde a porção majoritária dos *quase excluídos* deveria tentar estabelecer a sua *ideia de direito*; para adotar a expressão utilizada por Marcello Caetano, que falou, em seu *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, algo que se de um lado preocupa; por outro, fortalece um desejo de sinceridade.

É que, em havendo um campo aberto de disputa entre várias ideias de direito em uma mesma sociedade, uma delas passará como dominante. Ocorre que, mesmo essa ideia dominante, de algum modo excludente das demais, também poderia, perigosamente, ziguezaguear ao sabor das circunstâncias do poder:

Geralmente em cada sociedade política existem várias idéias de Direito em competição, em conflito latente ou mesmo em luta aberta. Há uma porém que consegue impor-se, tornar-se a idéia dominante, ser a inspiradora do Poder político. O Poder político será então o instrumento da realização dessa idéia de Direito dominante e os governantes serão legítimos enquanto a servirem, enquanto conformarem com ela os seus actos. (CAETANO, 1983, p. 297-298)

E, continua:

É graças à intervenção do Poder político que se passa da verificação da idéia de Direito dominante, isto é, dos princípios gerais dados pela sociedade como mais adequados ao ideal de realização do Bem Comum, à obrigação de acatamento desses princípios por toda a colectividade, pois o Poder político transforma a idéia do Direito que se verifica ser dominante em regras jurídicas obrigatórias. (CAETANO, 1983, p. 297-298)

4. Afastamento do critério da capacidade contributiva por outros critérios de comparação que componham um prévio planejamento de uma política de desenvolvimento (extrafiscalidade)

É sabido que o sistema tributário continua, basicamente, sendo a principal fonte de ingresso de receitas públicas. Porém, ele pode ser utilizado com outras finalidades, fundamentando-se em novas prioridades constitucionais¹²⁵. Assim, por exemplo, quando das imunidades tributárias¹²⁶, atende-se a critérios como o da harmonia entre os entes políticos da Federação (art. 150, inc. VI, “a”); à liberdade de crença (art. 5º, inc. VI); à organização político-partidária e sindical (art. 150, inc. VI, “c”) à manifestação de pensamento (art. 150, inc. VI, “d”); o interesse social pela transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária (art. 184, § 5º); o estímulo à exportação de manufaturados (art. 153, § 3º, inc. III; art. 155, § 2º, inc. X, “a” e inc. XII, “e”) etc.

O garimpo de exemplos poderia ir bem mais longe, mas esses bastam para concluir que outros critérios constitucionais existem, que não o da obediência ao anseio de arrecadação respeitando a capacidade contributiva. Logo, a extrafiscalidade foi consagrada constitucionalmente. Com ela, o objetivo imediato não é o da arrecadação. Ela estimula e desestimula comportamentos, mediante uma tributação progressiva ou regressiva, inclusive utilizando formas de completa desoneração.

Com a extrafiscalidade, justifica-se uma maior ou menor agressividade fiscal; mas sempre obedecendo aos critérios constitucionais, sob pena de restar violado o princípio da segurança. É bom lembrar que, também aqui, pretende-se chegar mais perto do objetivo, que é a justiça. E a segurança, como defendo, é um instrumento a serviço da justiça.

125 Sobre este assunto, é recomendável a leitura de Ferreiro Lapatzka (1971, p. 451), em seu Curso de Derecho Financiero Espanol. Faço esta afirmação em face do artigo *Intributabilidade das Correções Monetárias / Capacidade Contributiva* – Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado. (GIARDINO; ATALIBA, p. 144).

126 Até o ano de 2001, o Supremo Tribunal Federal, além do rumoroso caso do julgamento do “*impeachment*” de um ex-Presidente da República, colocou-se em situação de empate, ou quase isto, ao apreciar a tributação dos fundos de pensão; o que foi decidido voto a voto. No momento (27/09/2001), o escorço era de quatro a quatro, havendo Ministros que marcavam, ou não, a posição pela tributação dos mesmos Fundos, acreditando que só a existência bem marcada do caráter assistencial é que permitira a concessão da imunidade. O “*leading case*” dizia respeito a um Recurso do Governo do Distrito Federal contra Aresto do Tribunal de Justiça local, que reconheceu o direito da Fundação de Seguridade Social dos Sistemas Embrapa e Embrater (Ceres) de não pagar o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Sendo assim, seria estendido, por se tratar de uma tese, e não de um caso isolado, para todos os demais impostos federais, estaduais e municipais. Um dos ministros, Nelson Jobim, esteve impedido de votar, pois, quando era deputado federal e advogado elaborou um parecer para uma entidade de previdência privada.

Fundamental é discernir entre os desvios das finalidades fiscais dos fins extrafiscais. Então, sempre haverá a necessidade de se apontar, na Constituição, aquilo que se pretende. Para que isso seja feito com mais segurança, é preciso planejar o que se quer fazer. Ora, até o cidadão comum deve planejar a sua vida. Também assim deve ser com o Estado (*lembre-se de todo o desenvolvimento anterior sobre o orçamento*). São os planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento que fornecerão um norte para a verificabilidade dos padrões constitucionais.

Foi neste sentido que comandou a Constituição do Brasil, a saber:

art. 48, inc. IV: “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52 (assuntos de competência exclusiva e privativa do Legislativo nacional), dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...] IV – planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento”;

2. art. 165, §§ 4º e 6º: “Art. 165. [...] § 4º. Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional [...] § 6º. O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia”;

3. art. 174, § 1º: “Art. 174. [...] § 1º. A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”.

Enfim, não cabe ao Estado agir por impulso. Ele precisa planejar as suas ações com uma visão do conjunto a realizar. Se não for assim, está-se abrindo mão do equilíbrio, e dando espaço para o arbítrio, pela falta de acompanhamento dos efeitos das isenções, anistias, remissões, subsídios, e benefícios de toda natureza. Infelizmente, contudo, parece que só com o desenvolvimento pela educação é que a comunidade, e não apenas os poucos beneficiados, terá algum interesse

por questões desta ordem, e acredito que, ainda seja preciso passar algum tempo.

Por enquanto, tais temas parecem chatos e enfadonhos para o cidadão comum. Por isso, os privilégios e as discriminações, muitas vezes até desconhecidas.

Ainda hoje em dia, lastimavelmente, há um curto interesse até em relação a um plano diretor municipal (art. 182, § 1º, da Constituição, de outubro de 1988)¹²⁷, que diz respeito ao dia a dia do cidadão (altura dos edifícios da sua rua, impossibilidade de instalação de indústrias em locais reservados, abertura de grandes avenidas etc), como pude perceber quando nomeado para participar da sua elaboração na cidade de Recife, capital de Pernambuco.

Logo, se assim é com relação ao planejamento municipal, em que são abordadas questões bem concretas, quanto mais em se tratando de questões mais gerais como a do planejamento regional e nacional.

É por causa destas contingências que a igualdade provável fica mais distante de uma igualdade possível. Educação é o que falta. Enquanto isso: isenções, anistias, remissões, subsídios, benefícios de toda ordem.

De fato, se planejamento tributário eficaz existe, estou inclinado a concordar que é o das grandes empresas, quer diretamente (impedindo, retardando ou simplesmente reduzindo o ônus financeiro do tributo), quer indiretamente (aumentando a carga financeira de um tributo que seja dedutível ou creditável contra outro tributo).

3.3.4.3. SEGURANÇA JURÍDICA. IGUALDADE E OS SEUS CONTRAPRINCÍPIOS

O fim e o resultado. I – O fim. Para uma visão substancial, o direito é uma realidade finalista, racionalmente ordenada a fins. A ordem jurídica não é casual, não resulta de processos como que biológicos, é normativamente ordenada para finalidades. Dissemos já que o fim do direito é o bem comum. [...] Essa finalidade impõe-se ao Estado, que deve sancionar a ordem jurídica e aprimo-

127 Constituição do Brasil. “Art. 182. [...] § 1º. O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.”

rá-la com vista a uma consecução cada vez mais perfeita dos seus objectivos. [...] III – Uma coisa é o fim, outra é o resultado. [...] Não basta pois a origem do poder, porventura obtido por eleições regulares. Nem que estejam a ser observadas rigorosamente as regras sociais. Se a ordem jurídica deixar de funcionar para benefício colectivo e for instrumentalizada para servir interesses privados, a sua legitimidade desaparece. (ASCENSÃO, 1997, p. 213-214).

Contraprincípio? O que é?

De início, pode parecer bastante estranho defender a legalidade isonômica, dizer que sem isonomia não há segurança; e passar, agora, a falar de *contraprincípios* à igualdade.

3.3.4.3.1. PRATICABILIDADE

Primeiramente, esclareço que, ao menos no Brasil, a praticabilidade não consta em nenhuma norma constitucional expressa, à exceção dos dispositivos sobre substituição tributária e seletividade, que mais adiante serão comentados.

Ocorre que as leis precisam ser viáveis, exequíveis. É necessário¹²⁸ que haja efetividade nas normas constitucionais. Assim, todas

128 O estado de necessidade é um assunto que, obviamente, não se resume ao campo do direito penal (Código Penal brasileiro, art. 23, inc. I; 24 e parágrafos; 128, inc. I e 146, § 3º: “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade, [...] Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. I. Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. § 2º. Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. [...] Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; [...]. Constrangimento ilegal – Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. [...] § 3º. Não se compreendem na disposição deste artigo: I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; II – a coação exercida para impedir suicídio.”).

O Código Civil brasileiro de 1916, também, sobre ele tratava: art. 160, inc. II: “Art. 160. Não constituem atos ilícitos: [...] II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo Único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.” O Novo Código Civil disciplina a matéria no art. 188: “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

as técnicas usadas com o objetivo de aplicar as leis podem ser enquadradas nisso.

De nada valeria falar em lei que não fosse feita para ser obedecida. A história de que uma lei “não pegou”, difundida em larga escala no Brasil, é um absurdo incompatível com a seriedade. Por isso, com a pretensão de tornar a lei algo concreto, o direito chega a se utilizar de padronizações, presunções, e, às vezes, ficções.

Já falei um pouco disso ao tratar do princípio de que a ignorância da lei não escusa o seu cumprimento (art. 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, Decreto-lei n. 4.657, de 04/09/42: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Na verdade, essas padronizações estão distribuídas por toda a legislação nacional.

Como exemplo, temos:

a) no Código Civil brasileiro de 1916, no art. 5º, inc. I e no art. 6º, inc. I¹²⁹:

“Art. 5º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos” e “Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos.” No novo CC temos o art. 3o “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos”; e Art. 4o “São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos”;

b) no Código Penal brasileiro, encontra-se no art. 27: “Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”;

c) no Código de Processo Civil brasileiro, encontra-se no art. 401: “Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário-mínimo vigente no País, ao tempo em que forem celebrados.” etc.

Em matéria tributária, os exemplos não faltam, a saber: tabelas e pautas de valores para o imposto sobre a propriedade de veículos au-

129 No Código Tributário Nacional, art. 126, inc. I, está disposto: “Art. 126. A capacidade tributária passiva independe: I – da capacidade civil das pessoas naturais”.

tomotores (IPVA¹³⁰) e para o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU); deduções relativas a encargos familiares em se tratando do imposto de renda e proventos de qualquer natureza etc.

Em outras palavras, embora não haja um artigo constitucional específico grafando o princípio da tipicidade, ele se encontra difuso em toda a Constituição, por esta necessidade de tornar efetiva a lei em massa. Cada vez mais tem sido necessária a aplicação da lei em massa. Realmente, pode ser um perigo. E será o caso concreto que dirá se a aplicação da praticabilidade é inconstitucional.

De fato, no princípio da praticabilidade, poderá haver algum desprezo quanto às circunstâncias da realidade apresentada no caso concreto. Como por exemplo, um automóvel de 1988, de uma determinada marca, poderá ter diferentes valores, a depender do seu estado de preservação. No entanto, o Estado esquece a realidade, e fixa um valor-padrão (média de quilometragem rodada, conservação da lataria etc.). Se o contribuinte não reclamar, fica tudo por isso mesmo, quer o valor seja próximo do exato, ou não. Se reclamar, porquanto se considere prejudicado, já de antemão, deve saber que irá submeter-se a uma enorme burocracia que lhe tirará o estímulo de continuar na luta, acaso ele não esteja, realmente, decidido.

E, assim, também em relação aos tributos incidentes sobre o seu imóvel(is) urbano(s) ou rural(is). As tabelas de valores do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) fixam estimativas por média de metro quadrado do terreno ou da edificação. Contra isso, há

130 Relativamente ao IPVA – imposto sobre a propriedade de veículos automotores – duas questões bem interessantes emergiram na jurisprudência brasileira recente. São elas: a) o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de uma norma tributária do Estado de São Paulo (Lei estadual n. 6.606/89, com a redação dada pela Lei estadual n. 7.002/90) que fixou em 6% a alíquota para cálculo deste imposto para quaisquer veículos importados; b) o Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 152, da Constituição Federal brasileira de outubro de 1988, impede o tratamento diferenciado dos contribuintes em razão da procedência ou destino dos bens e serviços, e, portanto, estaria vedada a fixação de alíquotas de IPVA diferenciadas para os veículos vindos de nacionalidades distintas. Contudo, ainda remasce a dúvida de se o art. 152 apenas se refere à procedência e ao destino no âmbito interno, ou se é possível estender estas expressões para o plano internacional. Note-se que são duas questões distintas. A primeira informa que é adequado distinguir entre os automóveis importados de modo a tributá-los diferentemente. A segunda é a de se é possível fazer diferença tributária em razão dos Estados estrangeiros de procedência. É o texto do art. 152, da Constituição brasileira de 1988. “É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços de quaisquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.”

quem argumente que, quando o Executivo fixa presunções, está, realmente, legislando, não podendo a lei delegar a ele algo que é da sua própria incumbência.

A justificativa que se tem para ampliar as padronizações jurídicas é a da necessidade decorrente do crescimento populacional e a da complexidade das relações econômicas e sociais, ficando impossível esgotar-se as diferenças individuais caso a caso.

A praticabilidade, como é possível notar, é do interesse da Fazenda Pública, pois evita que examine as variantes individuais de aplicação do direito. No Brasil, são inúmeras as questões judiciais sobre o princípio da praticabilidade, que, normalmente, aparece sob o nome de substituição tributária.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Antes de esclarecer sobre esse assunto bastante polêmico no Brasil, apresento um breve enquadramento sobre como é tratada a responsabilidade tributária em meu País (arts. 121, inc. II e 128 a 131, do Código Tributário Nacional).

O objetivo principal do tratamento legal da responsabilidade tributária é o da satisfação das necessidades de caixa do Estado, diminuindo a sonegação e simplificando a arrecadação. Ela existe, ao menos, desde a vigência do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25/10/1966)¹³¹.

Dentro da responsabilidade tributária, poderá haver a exclusão do contribuinte (substituição propriamente dita); ou o contribuinte poderá permanecer na relação, ficando o terceiro com a responsabilidade subsidiária ou solidária.

131 Código Tributário Nacional. “ TÍTULO II. DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. [...] CAPÍTULO IV. SUJEITO PASSIVO – Disposições Gerais. Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo Único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitui o respectivo fato gerador; II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. [...] CAPÍTULO V. Responsabilidade Tributária. Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário à terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-se a este em caráter supletivo do cumprimento total da referida obrigação.”

O Código Tributário Nacional distingue três tipos de responsabilidades, a saber:

- a) dos sucessores, que se subdivide em imobiliária (art. 130), pessoal (art. 131) e empresarial (arts. 132 e 133);
- b) de terceiros (arts. 134-135), que pode ser solidária, inclusive para as consequências moratórias; não incluindo, contudo, as penalidades. É, também, possível a responsabilidade pessoal de terceiros, desde que tenham desobedecido a lei ou o contrato social;
- c) por infrações. Nesse caso, quanto ao tributo, quem paga é o próprio contribuinte; mas quanto às penalidades, quem paga é o responsável pela infração, salvo se estiver cumprindo ordens explícitas, ou o descumprimento decorrer de imperícia, imprudência ou negligência, quando se deverá ponderar se houve culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do contribuinte.

É, possível ainda, falar em responsabilidade da parte do sujeito passivo da relação tributária, e também em relação ao Estado, desde que se comprove o nexo causal. Assim ocorre dado que ao Estado cabe suportar a lei que fez (art. 37, § 6º, da atual Constituição do Brasil¹³²: responsabilidade objetiva).

Feitas as noções introdutórias a respeito do Direito brasileiro, cabe, agora, diretamente falar sobre o que se costuma chamar de *substituição tributária para frente*, que é muito utilizada em artigos como veículos, bebidas, cigarros etc. Ela está prevista, no atual Texto Constitucional, art. 150, § 7º e art. 155, § 2º, inc. XII, “b”, que dizem:

Art. 150. [...] § 7º. (acrescentado pela Emenda Constitucional n. 03, de 17.03.93) A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. [...] Art. 155. [...] § 2º. O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações

¹³² Constituição do Brasil. “Art. 37. [...] § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

e as prestações se iniciem no exterior atenderá ao seguinte (**ICMS**): [...] XII – cabe à lei complementar: [...] b) dispor sobre substituição tributária.

Assim, com essa autorização constitucional, existe, no Código Tributário Nacional, em nome da praticabilidade, e para reduzir a sonegação e simplificar a arrecadação, a figura da substituição tributária.

A posição jurisprudencial, caminha no sentido da legitimidade e da constitucionalidade deste instituto, não apenas pelas suas origens no Direito brasileiro, mas também porque entende que não há violação ao princípio da estrita legalidade.

Afinal, além do ICMS, a antecipação do pagamento do tributo à ocorrência do seu fato gerador, não surgiu com a Emenda Constitucional n. 03, de 17 de março de 1993 (Poder Reformador), que alguns pretendiam, nesta parte, inconstitucional, por defenderem a existência de violação ao princípio da isonomia, dado que esta técnica já era empregada em relação a outros tributos e de maneira pacífica. Como exemplo:

- a) no imposto de transmissão *inter vivos*, o pagamento é anterior ao registro do imóvel¹³³, sendo, com o registro, que se opera, no direito brasileiro, a transferência da propriedade imobiliária;
- b) no imposto de exportação¹³⁴, o pagamento antecede a exportação;
- c) na taxa judiciária, o pagamento ocorre antes da efetiva prestação jurisdicional.

No entanto, defender que a substituição tributária é uma técnica constitucional, não a exime de, no caso concreto, deixar de sê-lo, tal como as outras expressões da praticabilidade.

133 O escrivão ou o tabelião deve ter em conta o pagamento do tributo para operar o registro, sob pena de ser responsabilizado por sua omissão. Código Tributário Nacional. “Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: [...] VI – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício.”

134 A balança comercial brasileira registrou, em julho de 2001, um superávit de US\$ 108 milhões, ante um superávit de US\$ 116 milhões, observado no mesmo mês do ano anterior. As exportações totalizaram US\$ 4,965 bilhões (S\$ 222,5 milhões na média diária); e as importações, US\$ 4,857 bilhões (US\$ 220,8 milhões na média diária).

Um dos problemas mais sutis nesta técnica, seguramente, é o da *não cumulatividade*¹³⁵, que pode ser resumido na afirmação de que se um imposto é multifásico, o que se deve impedir é a sua incidência em *cascata*. Quando se chegar à última fase da sua incidência, não se deve ter pago mais que aquilo previsto acaso ele fosse monofásico.

Enfim, a substituição tributária é uma técnica que busca transformar um imposto multifásico em monofásico. Darei um exemplo, de modo que não se permita restar dúvida considerável. Imagine-se uma empresa de bebidas. Entre a produção e o consumo existirão várias fases: após ser produzido o refrigerante, ele vai transportado até o atacadista; depois, ao varejista; depois, ao restaurante; para, enfim, chegar ao consumidor.

Ora, a despeito de toda essa circulação, não se pode ultrapassar o valor apontado como devido desde o início. A substituição tributária é uma técnica que pretende transformar um imposto multifásico em monofásico.

Em meu entendimento, a justificativa que se tinha, e ainda se tem, para revitalizar as discussões judiciais sobre um instituto já antigo (*substituição tributária para frente*) era o fato da elevada inflação, e, agora, a alta taxa de juros. Assim, é vantagem para o empresário demorar um pouco mais com o dinheiro em seus cofres, antes de ter de repassá-lo ao Fisco.

Ainda sobre a praticabilidade, quero dizer que ela afeta tanto o Executivo quanto o Legislativo.

1. Poder Legislativo

Para a elaboração de normas, ele costuma empregar abstrações generalizantes, conceitos e esquemas. Então procede por questões de segurança e também para viabilizar a execução das leis.

Assim, evita a investigação do caso isolado, reduzindo os custos para a aplicação da lei. Dispensa colheita de provas difíceis ou impossíveis no caso concreto.

135 Além do ICMS, o mesmo problema, embora em menor escala, produz-se quanto ao imposto sobre produtos industrializados e no exercício da competência residual tributária da União. Constituição do Brasil. "Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] § 3º. O imposto sobre produtos industrializados: [...] II – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores. [...] Art. 154. A União poderá instituir: 1 – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior (competência tributária da União), desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição."

Presunções, ficções e quantificações legais, tributação na fonte, eleição de responsáveis e substitutos tributários são maneiras de demonstrar a existência da utilização do princípio da praticabilidade.

Uniformizando a aplicação do direito, precisa-se com eles tomar cuidado, de modo a evitar discriminações inconstitucionais.

Portanto, as padronizações, em regra, devem ser relativas, permitindo provas em contrário.

2. Poder Executivo

Possibilita a execução em massa das leis. Mais um exemplo seria o lançamento para a cobrança de tributos. Decretos regulamentares e outros atos administrativos servem ao princípio da praticabilidade quando intencionam soluções mais simples, cômodas e econômicas. Além do mais, como administrar é aplicar a lei de ofício, por vezes, é necessário que elas sejam aplicadas em massa.

Obviamente, que o padrão estabelecido tem valor relativo, em nome da segurança e do princípio da verdade material. As chamadas *regras de experiência* não devem revestir-se de caráter absoluto¹³⁶. Se assim não fosse, estar-se-ia diante de uma atenuação inconstitucional da igualdade.

3.3.4.3.2. SELETIVIDADE

É um desdobramento do princípio da praticabilidade. Aqui, abstrai-se a capacidade de contribuir de cada indivíduo, e parte-se para uma consideração de caráter estritamente objetivo, levando-se em conta o produto, a mercadoria ou o serviço (exemplo: a compra de um avião, ou de um iate. Não interessa quem compra, mas apenas o que está sendo comprado).

A Emenda Constitucional n. 18, de 1º de dezembro de 1965, que o introduziu enquanto norma constitucional, já fazia referência a esse princípio, ao afirmar no seu art. 11: “Compete à União o imposto sobre produtos industrializados. Parágrafo Único. O imposto é seletivo em função

¹³⁶ Tenho defendido o entendimento de que a *presunção legal* implica em conferir certeza jurídica a algo que é provável, e que a *ficção legal* implica em dar como certo algo que se sabe que não é.

da essencialidade dos produtos, e não cumulativo, abatendo-se, em cada operação, o montante cobrado nos anteriores”.

E, também, no art. 12, § 2º (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias – ICM à época). O imposto é não cumulativo, abatendo-se, em cada operação, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores, pelo mesmo ou por outro Estado, e não incidirá sobre a venda a varejo, diretamente ao consumidor, de gêneros de primeira necessidade, definidos como tais por ato do Poder Executivo Estadual.

A atual Constituição do Brasil, por duas vezes, a ela também se refere. Assim, no art. 153, § 3º, inc. I e no art. 155, § 2º, inc. III:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] § 3º. O imposto sobre produtos industrializados: I – será seletivo, em função da essencialidade do produto [...] Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] § 2º. O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações se iniciem no exterior: [...] III – poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

Observe-se que, nesses dois casos, o que importa não é a pessoa do contribuinte, mas o produto, a mercadoria ou o serviço (caráter objetivo).

Assim, os gêneros de primeira necessidade (alimentação básica, vestuário, higiene, saúde etc.), acaso sejam isentos, serão adquiridos tanto por aqueles de maiores condições econômicas, quanto por aqueles mais pobres.

Entre nós, brasileiros, ficaram clássicas as palavras de Alfredo Augusto Becker, que, em sua *Teoria Geral do Direito Tributário*, defendeu a inconstitucionalidade da tributação dos gêneros de primeira necessidade. (BECKER, 1972, p. 452-457)

De fato, o que, verdadeiramente importa, é a indispensabilidade do bem à vida de um número considerável de indivíduos. Sendo assim, menor deverá ser a alíquota.

Para o imposto sobre produtos industrializados este é um comando assegurado constitucionalmente. Para o ICMS (em várias oportunidades, já ficou esclarecido o significado desta sigla do tributo circulatório esta-

dual), que teve a si estendido o princípio expresso da seletividade pela Constituição de outubro de 1988, não há a mesma imperatividade; pois preferiu o legislador constituinte apenas facultar às entidades tributantes a aplicação do princípio.

Assim, em função da natureza da mercadoria, poderá variar as alíquotas, tornando-se menos onerosa em face do caráter da necessidade de aquisição.

O Texto Constitucional de janeiro de 1967, dispunha para o antigo ICM a aplicação de alíquotas uniformes para todas as mercadorias, afastando o princípio da seletividade.

Logo, o que se divulga é que o caráter não imperativo deste princípio para o ICMS, derivou da necessidade de adaptação das administrações estaduais, e do Distrito Federal, a uma nova realidade.

A seletividade decorre do pensamento de que alguns objetos incorporam uma certa capacidade objetiva, e que aqueles que a eles têm acesso demonstram fortes indícios de que, em uma atitude de solidariedade social (art. 3º, inc. I, da atual Constituição do Brasil), podem contribuir, com maior intensidade, em favor daqueles a quem o Estado deve conferir o mínimo indispensável a uma vida com dignidade.

No entanto, não se pode perder de vista que estes impostos (IPI e ICMS), nos quais se vê aplicado o princípio da seletividade, terminam suportados pelo consumidor final, porquanto sejam transferidos, por industriais e comerciantes, os respectivos encargos tributários.

Enfim, encerradas as minhas reflexões sobre esse tema, já é hora de partir para um outro, o do devido processo legal.

3.3.5. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Se um sistema de garantia deve ser escolhido, antes de mais, pela sua capacidade de maior eficácia possível, é para a concentração de competência que deve caminhar-se, sem prejuízo, embora, do desencadear da fiscalização concreta continuar a dar-se em qualquer tribunal. Se se quer operar uma concentração conforme às exigências do Estado de Di-

reito democrático, esse órgão não pode deixar de ser um tribunal – um tribunal constitucional¹³⁷, como existe já em vários Estados europeus. (MIRANDA, 1980, p. 18).

3.3.5.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Até aqui, tem sido afirmado que o princípio da segurança jurídica precisa ser visto como um instrumento aliado à busca de se fazer justiça. Neste diapasão, concluí pela necessidade de aplicação da lei. Mais que isso, pois é necessário aplicar a lei de maneira que ela não retroaja de modo a prejudicar o indivíduo. Às vezes, deve ser dado um prazo de espera para que a norma seja aplicada.

Depois, também houve a conclusão de que não há segurança sem dignidade e busca de igualdade, e que a igualdade pode ser relativamente objetivada, seguindo alguns critérios que não podem fugir à sindicabilidade administrativa e judicial.

Ocorre que o caminho a ser percorrido pela Administração, ou pelo Poder Judiciário, não pode ser ao acaso. É preciso o estabelecimento de normas processuais preexistentes, de maneira a não provocar surpresa ao indivíduo. A atual Constituição do Brasil, entre outros dispositivos, afirma no seu art. 5º, incs. XXXVII; LIII; LIV; LV; LVI e LX; LXI etc.:

Art. 5º. [...] XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção[...]; LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; 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,

137 A Constituição da República Portuguesa de abril de 1976, mantém o Título VI, sob a rubrica *Tribunal Constitucional* (arts. 221º – 224º). Este Título foi aditado pela Revisão Constitucional/89, em substituição do antigo Capítulo II, da Parte IV (primitivos arts. 284º e 285º), que foi eliminado. Este Tribunal é composto por treze Juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes (art. 222º). Os Juízes do Tribunal Constitucional têm um mandato de nove anos, que não é renovável. Seis de entre os Juízes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre Juízes dos restantes tribunais e os demais de entre Juristas (art. 222º, 2).

Segundo a Lei do Tribunal Constitucional Português (Lei n. 28/82, de 15 de novembro – *organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional*), alterada pela Lei n. 143/85, de 26 de novembro, pela Lei n. 85/89, de 07 de setembro, pela Lei n. 88/95, de 01 de setembro, e pela Lei n. 13-A/98, de 26 de fevereiro, no art. 21º, ficou disposto: “Os Juízes dos restantes tribunais designados para o Tribunal Constitucional que, durante o período de exercício, completam 70 anos mantêm-se em funções até ao termo do mandato.”

com os meios e recursos a ela inerentes; LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos [...]; LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Ora, a vedação aos tribunais de exceção é uma necessidade imperiosa de segurança, e que, naturalmente, está em proveito da justiça. É evidente que não se confundem o juízo ou tribunal de exceção com aquele especial, que é criado, de maneira permanente, para julgar uma determinada matéria, como é o caso, no Brasil, da Justiça do Trabalho, da Militar e da Eleitoral. O que se proíbe é a criação de um juízo *ad hoc*, aquele instituído para apreciar um determinado caso. Proibição, portanto, perfeitamente compatível com o princípio da segurança.

É preciso que se informe, com ordinária antecedência, não só ao indivíduo, mas também à sociedade, qual a autoridade competente para o processamento e a decisão. Isso é um imperativo de segurança jurídica.

Em um Estado democrático de Direito (art. 1º, da atual Constituição do Brasil) é inconcebível que não seja assim. Decisão de autoridade incompetente é eivada de vício, é nula. E determina o Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 113, § 2º:

Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção. [...] § 2º. Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.

Evidentemente que o aproveitamento dos demais atos praticados assim se fará, desde que não resulte em prejuízo para a defesa (Código de Processo Civil brasileiro, art. 250, Parágrafo Único). Mas a Constituição foi além, optando por tornar expresso o princípio processual constitucional do devido processo legal. Segundo a minha pesquisa a respeito dos trabalhos constituintes, a fonte mais próxima do inc. LIV, do art. 5º, foi a Constituição norte-americana, mais particularmente, a Quinta Emenda, que dispõe: “[...] ninguém poderá ser constrangido a depor contra si mesmo em processo criminal, nem ser privado da vida, liberdade ou bens, sem **processo legal**. [...]” (Grifo nosso)

A Emenda mereceu a ratificação de outra, a décima quarta, que, além de reafirmar o princípio, obrigou a todos os Estados norte-americanos a aplicá-lo. É o seu teor:

Seção. 1. Todo indivíduo, nascido nos Estados Unidos ou naturalizado neste país, e sujeito à sua jurisdição, é cidadão dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá passar ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou haveres sem **processo legal**, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a proteção uniforme das leis. [...] (Grifo nosso)

Observe-se. No inc. LIV, do art. 5º, da atual Constituição do Brasil, a referência expressa que se faz ao devido processo legal é apenas à privação da liberdade e dos bens.

Quero, no entanto, ressaltar que, de acordo com o princípio da segurança, tantas vezes destacado na Constituição, tal como tem sido demonstrado quase à exaustão, o devido processo legal estende-se a todas as relações que envolvam o poder jurisdicional do Estado. E, aqui, entenda-se a esfera judicial, propriamente dita, e também a administrativa.

Tanto nos litígios judiciais, quanto nos administrativos está assegurado o contraditório e a ampla defesa. O objetivo não é outro senão o de evitar decisões arbitrárias, carregadas de parcialidade. O que se pretende é a necessária homenagem aos princípios da segurança e da justiça, impedindo favorecimentos e perseguições.

Sem contraditório e ampla defesa haverá nulidade decorrente do prejuízo provocado. É importante notar, no entanto, que este meu entendimento não se tem demonstrado completamente pacificado no Brasil.

Na prática judiciária, nota-se, ainda, um ranço deixado pela Constituição de janeiro de 1967, que, no art. 153, § 16, dispunha: “Art. 153. [...] § 16. **A instrução criminal será contraditória**, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.” (Grifo nosso)

Repita-se o que vinha disposto: *a instrução criminal será contraditória*. Logo, a Constituição de janeiro de 1967 garantia, de forma expressa, apenas o contraditório para a instrução criminal, diferentemente do que ocorre hoje, quando ficou assegurado o devido processo legal na área judicial, e também na administrativa.

No entanto, pelo que pesquisei, sou levado a concluir que a posição majoritária da jurisprudência nacional é no sentido de que, em inquérito policial, que tem sido considerado como simples peça informativa, não há espaço para o contraditório e para a ampla defesa. Dessa postura, podem ser acarretados todos os constrangimentos possíveis ao acusado, que, além de responder ao inquérito, poderá, mais adiante, ter de responder a um processo criminal, o que, por si só, já é uma punição, mesmo que, no interregno, dê-se procedência a algum *habeas corpus* para trancamento da ação ou até do inquérito.

Então, ficaria a pergunta de como o Judiciário tem dado sentido à prescrição constitucional da possibilidade da ampla defesa e do contraditório para o processo administrativo. A resposta parece não ser outra senão aquela que aponta que estes princípios apenas não têm espaço na órbita do inquérito policial.

Com o máximo respeito, tenho de discordar, pois estou perfilhado entre aqueles que entendem que a regra é a de que não cabe ao aplicador silenciar¹³⁸ aquilo que não está restringido; e atribuo a referida distinção a fundamentos políticos, econômicos e históricos, mas sem amparo no Texto Constitucional em vigor.

Mais adiante, apresento três entre os muitos acórdãos:

a) nega-se ao inquérito o princípio constitucional do contraditório: “Penal. Processual. Crime falimentar. Inquérito. Denúncia. Recebimento. Trancamento. ‘Habeas-corpus’. Recurso. **O inquérito policial é mera peça de formação, portanto sem caráter contraditório**, em que alegações e provas são produzidas num exercício abrangente do direito à ampla defesa. Eventual vício ou defeito do inquérito policial não contamina a ação penal, que só é trancável por ‘habeas-corpus’ nas hipóteses configuradoras de evidente constrangimento ilegal, consoante a jurisprudência de incontáveis precedentes. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em ‘habeas-corpus’ n. 1492. São Paulo. 5ª Turma. DJ 18.05.92, p. 6985. Relator Ministro EDSON VIDIGAL. Unânime.” (Grifo nosso)

b) nega-se ao inquérito o princípio constitucional do contraditório. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. INQUÉRITO. IN-

138 “*lege silente*, a Administração carece de poderes, pois não tem outros que os que a lei lhe atribui.” (ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1991, p. 384).

TERROGATÓRIO. REPRODUÇÃO SIMULADA DOS FATOS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECLUSÃO. 1. O inquérito policial constitui peça meramente informativa, onde não existe contraditório e, exatamente por essa razão, não possui valor probatório, apenas servindo de suporte para a propositura da ação penal. 2. Não há nulidade processual sem demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal. É princípio de direito que: “pás de nullité sans grief”. 3. As supostas nulidades no interrogatório e na realização do auto de reprodução simulada de fatos deveriam ter sido apontadas no momento oportuno pela Defesa, consoante previsão do art. 571, inciso I, do Código de Processo Penal, com demonstração do prejuízo, o que não ocorreu. 4. Ordem denegada. Origem: STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: HC – HABEAS CORPUS – 66186 Processo: 200601991101 UF: SP Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão unânime: 04/09/2008 Rel. Min. Laurita Vaz.

c) sobre o inquérito e a ausência de vício por deficiência manifesta na defesa (desvalorização da defesa): “Mandado de Segurança. Inquérito administrativo. Devido processo legal – art. 5º, LIV e LV, Constituição Federal. Comunicada a instauração do processo administrativo e formalizada a defesa, se a parte acusada não quis ou não soube exercitar o direito de ampla defesa, não se consubstancia ofensa ao devido processo legal. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em mandado de segurança n. 3063. 1993. 1ª Turma. DJ 20.06.94, p. 16053. Relator Ministro MILTON LUIZ PEREIRA. Unânime.”

Ratificando o devido processo legal, a atual Constituição do Brasil, no inc. LVI, do mesmo art. 5º, vaticinou: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Não há nenhuma novidade. Bem antes, o Código de Processo Civil, no art. 332, já determinava: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.”

Assim, o dispositivo constitucional da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos tão somente confirma a tradição legislativa brasileira, que é compatível com o sentimento de segurança que se precisa ter no Estado; pois seria um absurdo imaginar a ausência de repulsa à ilicitude dos atos.

Sobre o assunto houve uma enorme polêmica, particularmente no campo das escutas telefônicas, porquanto a parte final do inc. XII, do art. 5º, da Constituição, embora predicasse a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas¹³⁹, a ressalvava nos casos de ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; mas nas hipóteses e na forma que a lei estabelecesse.

A lei sobre a interceptação das comunicações telefônicas, Lei n. 9296/96, é de 24 de julho de 1996.

Logo, no intervalo entre a promulgação da Constituição, 05/10/88, e a edição dessa Lei, 24/07/96, ficou um espaço para muitas pendências.

Alguns advogados criminais chegaram mesmo a defender a inconstitucionalidade da apuração de certos ilícitos graves, pois estariam sendo resolvidos com um estratagema peculiar (como a captura de assaltantes de banco, traficantes de entorpecentes etc.); pois, embora não estivesse autorizada a interceptação telefônica como um meio direto de prova (essa foi a posição jurisprudencial com algumas nuances), a mesma era usada de modo a trilhar o caminho dos delinquentes. Assim, ouvindo-se o que ajustavam, permitia-se à polícia capturá-los.

De fato, antes da lei de julho de 1996, várias questões de realce ocorreram, como por exemplo:

- a) quando se passou a defender que se a escuta telefônica estivesse acompanhada de outros elementos probatórios, não haveria razão para o trancamento da ação penal;

139 Aos 19/11/2001, sob a epígrafe “STF consolida entendimento sobre competência do juiz para quebra de sigilo”, anunciou o Supremo Tribunal Federal a sua interpretação consolidada do art. 1º, da lei de interceptações telefônicas (Lei n. 9.296, de 24/07/1996), que determina que a interceptação apenas poderá ser autorizada pelo juiz competente para a ação principal. Ocorre que, no curso do processo, o juiz que determinou a quebra do sigilo poderia vir a declinar da sua competência. O “*leading case*” (*Habeas Corpus* 81260 e *Habeas Corpus* 81261) permitiu aos Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, por maioria, em uma causa onde se discutia a quebra do sigilo de um grupo de suspeitos de crimes de natureza tributária contra a União (Justiça Federal), concluir que a expressão “*juiz competente*” deve ser aplicada ao da data da quebra do sigilo, não importando se, posteriormente, forem descobertos crimes que não sejam da sua competência. Foi este o caso. Pelas conversas telefônicas, revelou-se que os crimes eram locais (formação de quadrilha, roubo e receptação). Uma espécie de incompetência superveniente. Os *Habeas Corpus* foram concedidos, liberando os acusados dos crimes de roubo e de receptação, por ausência de evidências quanto aos delitos, ficando configurado apenas o crime de formação de quadrilha.

- b) se a interceptação telefônica fosse feita por um dos participantes da conversa, a mesma poderia ser utilizada, desde que não provocasse prejuízos para terceiros.

Como exemplo, transcrevo três arestos:

1. a dúvida sobre a prova obtida mediante meio contaminado deve ser resolvida em favor da sociedade:

Penal. Processual Penal. Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico. Moeda Falsa. Inépcia da denúncia. Procedimento cabível. Prova. Ilicitude da escuta telefônica como meio de prova. Utilização das demais provas lícitas produzidas no inquérito policial e na ação penal. [...] 9. A interceptação telefônica só poderá ser utilizada como meio de prova após a aprovação – e nos termos que forem então estabelecidos – da lei a que se refere o art. 5º, inc. XII, da Constituição. Entretanto, tendo havido autorização judicial para utilização de escuta telefônica na fase investigatória, nem por isso se há de considerar ilegítima a utilização das demais provas, por natureza lícitas, coligidas no inquérito policial e na ação penal, e que não é possível, no caso, objetivamente, estabelecer vinculação necessária e determinante entre a interceptação telefônica e cada um dos demais elementos probatórios.

[...]

A dúvida, quanto à prova 'contaminada' há de ser resolvida em favor da sociedade, cujos valores mais importantes superlativamente resguardados pela Constituição (art. 5º, XLIII (o tráfico de entorpecentes e drogas afins é considerado crime hediondo) e LI (o brasileiro naturalizado não deve ser extraditado, com duas exceções, uma delas é a do comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, mesmo que cometido após a naturalização); art. 227, § 3º, VII (prevê como um direito da criança e do adolescente a participação em programas de prevenção e atendimento especializado para os dependentes de entorpecentes e drogas afins) e art. 243 (a cultura ilegal de planta psicotrópica autoriza a imediata expropriação de glebas de qualquer região do País) foram também atingidos pela ação criminosa. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n. 405616. 1994. Rio Grande do Sul. 2ª Turma. DJ 07.12.94, p. 71870. Relator Juiz TEORI ALBINO ZAVASCKI. (Grifo nosso)

2. sobre a conjugação de outros meios de prova, além da interceptação telefônica irregular:

Não pode ser trancada a ação penal, cuja denúncia não está embasada, exclusivamente, em interceptação telefônica (prova ilícita), mas também em outros elementos probatórios, dos quais não destoa. (TRF da 3ª Re-

gião. HC n. 3098738. 1996. São Paulo. 5ª Turma. DJ 01.07.97, p. 50451. Relatora Juíza Ramza Tartuce);

3. o participante da conversa telefônica, sem causar danos a terceiros, pode gravar o que se passou:

A lei proíbe e pune a interceptação telefônica, ou seja, quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiros, ou conversação telefônica entre outras pessoas. Já o participante de uma conversa telefônica pode usar aquilo que ouviu do outro, salvo se a revelação causar dano a terceiros. Deste modo, o conteúdo da conversa telefônica, quando gravado, merece o mesmo tratamento dispensado aos outros meios probatórios. Crime de exploração de prestígio configurado. TRF da 1ª Região. AC n. 120124. DF. 3ª Turma. DJ 28.03.94, p. 12610. Relator Juiz Fernando Gonçalves. Revisor Juiz Tourinho Neto. Por maioria.

Quanto à exigência de publicidade dos atos processuais, prevista no inc. LX, do art. 5º, da atual Constituição do Brasil, é de todo evidente que se pretende dar transparência e segurança ao processo. Ocorre que – e a própria Constituição adverte-se destas situações –, é possível que o sigilo processual também possa ser recomendável. São duas as hipóteses: defesa da intimidade e interesse social.

Nesses âmbitos, afiguram-se questões como: casamento, separação de cônjuges, guarda de menores etc., conforme o art. 155, do Código de Processo Civil brasileiro (Lei n. 5.689, de 11/01/73), que registra:

Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I – em que exigir o interesse público; II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores. Parágrafo Único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

O mesmo sigilo também é devido em certos processos criminais, tal como previsto no § 1º, do art. 792, do Código de Processo Criminal brasileiro (Decreto-Lei n. 3689, de 03/10/41):

Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos

escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. § 1º. Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes. § 2º. As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada.

Enfim, o princípio do devido processo legal é uma extensão do princípio da legalidade, extraíndo-lhe as consequências possíveis de efetivação da segurança.

Nessa trilha, não pode qualquer autoridade (judicial ou administrativa), senão a competente, arvorar-se a aplicar o Direito. E, mesmo sendo a competente, segundo a lei, precisa observar as garantias e as formas previamente asseguradas ao indivíduo e à comunidade.

Isso também constitui uma expressão de isonomia. É a isonomia entre as partes que compõem o processo judicial ou o administrativo, utilizando-se a terminologia constitucional (art. 5º, inc. LV).

A amplitude da defesa e a plenitude da prova constituem o mínimo exigido quer do Poder Executivo, quer do Poder Judiciário. Isto é ínsito ao Estado democrático de Direito constante no art. 1º, da atual Constituição do Brasil.

Feitas essas observações, passarei, agora, a dois dos temas mais discutidos, no Brasil, do final dos anos 90. Trata-se da súmula com efeito vinculante e de uma nova forma de controle da magistratura.

3.3.5.2. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS. PROPOSTAS

Uma discussão sobre assentos, mesmo iluminada, não pode dispensar o estudo concreto dos assentos. Um juízo de inconstitucionalidade – a ter relevância dogmática – é, ainda, um juízo constituinte ‘in concreto’. **As generalizações fáceis são tanto ou mais conceitualistas do que o construtivismo que pretendem combater.** Caso a caso deveria ter sido debatido

o tema da (in)constitucionalidade dos assentos; caso a caso haverá de indagar a (in)constitucionalidade da sua revogação. (CORDEIRO, p. 799-811)

No Brasil, há, atualmente, um número incomensurável de causas a abarrotar os juízos e os tribunais. Assim, têm contribuído os vários *pacotes* de política econômica, a permanente alteração legislativa e o número exíguo de magistrados e de serventuários para enfrentar a avalanche processual.

Nesse clima de crise é que está havendo o debate sobre a reforma do Poder Judiciário¹⁴⁰.

Destaco que, após o trâmite de quase 13 anos no Congresso Nacional, houve a reforma do Poder Judiciário, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 08/12/04, que alterou dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, publicada quase um mês depois, no DOU de 31/12/04.

Não são poucos os cargos existentes de juízes que estão vagos, sobretudo em face da remuneração. O magistrado, no máximo, além da sua judicatura, pode lecionar em uma única faculdade, tal como exige o inc. I, do Parágrafo Único, do art. 95, da atual Constituição da República. É o seu teor: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: [...] Parágrafo Único. Aos juízes é vedado: I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério,”. Isso não é assim, ao menos constitucionalmente, nem mesmo com o Ministério Público, que tem outro tratamento constitucional, a saber:

140 A Constituição da República Portuguesa de abril de 1976, atualizada pela Revisão Constitucional de setembro de 1997, disciplina, no art. 278º, o que chama de *Fiscalização preventiva da constitucionalidade*. O Presidente da República pode requerer, ao Tribunal Constitucional, a apreciação preventiva da constitucionalidade de *qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura*. Os Ministros da República também podem ter a iniciativa de requerer ao mesmo Tribunal a apreciação preventiva da constitucionalidade de *qualquer norma constante de decreto legislativo regional ou de decreto regulamentar de lei geral da República que lhes tenham sido enviados para assinatura*. Vem fixado um prazo de oito dias, contados da data da recepção do diploma, para que se solicite a apreciação preventiva de constitucionalidade. A legitimidade ativa para dar início a este procedimento também é estendida ao Primeiro-Ministro e a um quinto dos Deputados à Assembléia da República em efetividade de funções quanto às *normas constantes em decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica*. Quanto aos efeitos da decisão do Tribunal Constitucional, é o art. 279º que os disciplina, inclusive fixando as hipóteses de superação do Acórdão, mediante quóruns qualificados da Assembléia da República.

Art. 128. [...] § 5º. Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: [...] II – as seguintes vedações: [...] d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.

Diante desse quadro, o próprio Ministro Celso de Mello, na época Presidente do Supremo Tribunal Federal, defendeu a transformação desta Corte em uma instituição estritamente constitucional, nos moldes da Suprema Corte norte-americana e de similares em alguns países da Europa – Portugal, Itália, Alemanha e Espanha.¹⁴¹

O objetivo é o de diminuir o elevado fluxo de processos que sobrecarregam, diariamente, a pauta dos ministros.

Para se ter uma ideia, a Suprema Corte norte-americana julga entre 160 e 180 processos por ano, com uma média de 17 a 20 processos para cada um de seus nove ministros.

No Brasil, é diferente. Em 1997, foram julgados mais de 40 mil processos, o que representou cerca de quatro mil processos para cada um dos ministros. Em 1998, foram julgados mais de 50 mil processos e em 1999 foram julgados mais de 55 mil processos.¹⁴²

Assim, surgem várias propostas de desafio. O Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) chegou a apoiar a tese de ampliação da competência do Superior Tribunal de Justiça, a quem caberia a uniformização da jurisprudência em torno da legislação federal e da defesa das liberdades fundamentais. Ocorre que, também, o Superior Tribunal de Justiça, conforme o Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), diante da demanda que vem recebendo, não suporta uma ampliação de competência. Afora o fato de que, logo após a Constituição de 1988, conforme já demonstrei, foram criados cinco tribunais regionais federais, e o próprio Superior Tribunal de Justiça, sem que o problema tenha diminuído, pois, pelo contrário, aumentou.

141 Ver Gazeta Mercantil. 02/09/98. Título: Presidente do STF propõe mudança no Tribunal.

142 Extraído da Gazeta Mercantil de 02/09/98, artigo citado, e, ainda, do Noticiário oficial do Supremo Tribunal Federal – www.stf.gov.br, em 17/12/1999, às 15 horas. Manchete: CARLOS VELLOSO afirma que Supremo fez o que devia em 1999.

Os tempos modernos, com a automatização dos procedimentos, compelem os Ministros a remeterem os casos-padrão aos seus assessores, criando uma situação de quase impotência. Para confirmar, lanço mão de uma informação atribuída ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que informa que, em 1989, para desafogar o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça recebeu, no seu primeiro ano de vida, um pouco mais de seis mil processos. Em 1997, chegou a mais de 103 mil decisões proferidas.¹⁴³

Ocorre que, em relação aos casos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça, 80% deles referem-se a questões que envolvem os governos federal e estadual, e, deste universo, grande parte dizem respeito aos *pacotes econômicos*.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, aproximadamente 60% dos casos, de acordo com o seu próprio Presidente, atribui-se ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), ao governo federal e ao governo do Estado de São Paulo.¹⁴⁴ E se acrescente que, parece um consenso, nenhuma Corte Constitucional costuma ser um tribunal com muitos ministros¹⁴⁵.

No caso específico do Brasil, ainda há de se salientar o que fez a Constituição de outubro de 1988, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, que é misto (incidental – no caso concreto¹⁴⁶ e abstrato – da lei ou ato normativo¹⁴⁷).

143 Gazeta Mercantil em 2 set. 1998.

144 Declarações do Ministro Celso de Mello à Gazeta Mercantil, de 31/08/98. (*) É preciso observar que estes números são entregues aos Juízes através de Sinopses informativas dos Tribunais a que estão vinculados. No meu caso, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

145 “Relembremos dados de todos conhecidos: 1º. O número relativamente exíguo de juízes constitucionais, muito inferior ao de instâncias judiciais supramunicipais (entre 9 e 16. 9 na França, para 12 na Bélgica e na Espanha, 13 em Portugal, 14 na Áustria, 15 na Itália e 16 na Alemanha)” (SOUSA, 1995, p. 218).

146 Constituição do Brasil. “Art. 102. [...] III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.” O inciso “d” foi incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004: “julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

147 Constituição do Brasil. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) (com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 03, de 17.03.93) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal,

Primeiramente, ampliou o elenco de legitimados ativos, especialmente quanto à ação direta de inconstitucionalidade (art. 103) e posteriormente ampliou a legitimidade ativa para a ADC.¹⁴⁸ Assim, diante do crescente aumento dessas ações, o Supremo Tribunal Federal não encontrou outra alternativa senão a de, quando fosse o caso, utilizar-se de medidas cautelares, que duram anos sem que venham as decisões finais; o que, naturalmente, provoca a incerteza nas relações.

Quanto ao controle de constitucionalidade incidente¹⁴⁹ – no Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário –, não havendo um

[...] Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. [...] § 2º. Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

148 Constituição do Brasil. Ver Ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual: “Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – o partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” Ver ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal: “Art. 103. § 4º. A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.” Redação Atual dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

149 Este controle é o mais tradicional no Brasil, e, sem o efeito vinculante, vem padecendo de críticas por poder vir a ser desviado da sua finalidade, manifestando-se como um instrumento procrastinatório.

Foi a Constituição de julho de 1934 que introduziu, para os Tribunais, a exigência de quórum qualificado para o reconhecimento da inconstitucionalidade no caso concreto. Era o que dizia o art. 179: “Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de acto do poder público.”

Também foi a Constituição de julho de 1934 que firmou a necessidade de participação do Senado Federal para, nestas situações, “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, inc. IV).

A Constituição de fevereiro de 1891, previa, no seu art. 90 e §§, as exigências para a reforma constitucional, não fazendo referência a quórum de tribunais. Quanto ao Senado, ele estava previsto entre os arts. 30 e 33, nada constando sobre a sua participação no afastamento do mundo jurídico da norma inconstitucional.

sistema de conversão das suas decisões para o caráter abstrato; e diante da inércia do Senado Federal,¹⁵⁰ que, também, terminou por estimular o interesse pelas súmulas vinculantes.

A tudo, ainda se alie as pretensões do governo de evitar a pulverização do controle difuso de constitucionalidade, que pode lhe provocar perda de receitas, dado que predomina o entendimento de só ser possível ação contra o procedimento legislativo irregular ou inconstitucional.

Aqui, é interessante recolher as lições de Germana de Oliveira Moraes, que, em seu *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo*, concluiu pela não previsão, na ordem constitucional brasileira, do controle jurisdicional preventivo da constitucionalidade das leis; embora, sob o aspecto formal (processo legislativo), visualize este controle como meio de defesa – forma difusa; ou de forma direta – ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade.

Eis Germana de Oliveira Moraes:

Conclusões. [...] 14. A ordem constitucional brasileira não prevê o controle jurisdicional preventivo da constitucionalidade das leis. [...] 20. O controle jurisdicional, sob aspecto formal, da constitucionalidade do processo legislativo no Brasil, pode ser exercido como meio de defesa, através da modalidade difusa de fiscalização de constitucionalidade perante qualquer juiz ou Tribunal, através dos meios processuais disponíveis na ordem jurídica, ou ainda, de forma direta, através da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade. A ação de inconstitucionalidade por omissão¹⁵¹ não se adéqua a esta finalidade. O mandado de segurança

150 Constituição do Brasil. “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

151 A inconstitucionalidade por omissão, no direito brasileiro, vem demonstrando um pequeno valor prático; pois o Supremo Tribunal Federal apenas concebe funcionar como legislador negativo. Por isto, a Decisão do STF não repercute além do efeito moral. Mais: segundo o STF, perde o objeto este tipo de ação pelo só encaminhamento à Casa Legislativa do Projeto de Lei. Pior: se a norma constitucional não regulamentada é substituída por outra cujo objeto é diverso (foi o caso do art. 241), também aqui resta incontornada a anterior omissão (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1836/São Paulo. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Tribunal Pleno: “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão do Governador do Estado de São Paulo que encaminha à Assembléia Legislativa projeto de lei para dar efetividade à norma contida no art. 241, da Constituição Federal. Questão de ordem. Esta Corte já firmou o entendimento, em face da atual Constituição, de que, quando há a revogação do ato normativo atacado como inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade, esta fica prejudicada por perda de objeto. [...]”.

vem sendo utilizado para impugnar a validade dos atos de procedimento legislativo, como meio de defesa do direito de iniciativa legislativa.¹⁵²

Ainda para situar historicamente o problema do volume de demandas no Brasil, creio que seja conveniente recordar alguns dados históricos que fornecem uma melhor compreensão prática do que ocorreu neste último século, ou, para ser mais exato, desde a proclamação da República brasileira (1889).

O Estado monárquico brasileiro era unitário, embora tenha experimentado a autonomia das províncias, sobretudo no período da regência, enquanto o Imperador Pedro II era menor de idade. Tal Estado também era parlamentarista, no qual houve uma sucessão de gabinetes.

Com o aprofundamento das crises entre os militares e os gabinetes, pretendeu Deodoro da Fonseca derrubar um determinado gabinete que lhe era hostil, particularmente em razão de obstáculos orçamentários.

Contudo, em face do clima predominante na época, tal como foi relatado no capítulo em que tratei do Brasil em seu perfil histórico, delineou-se um novo Estado, com a queda não apenas do Primeiro Ministro, mas do próprio Imperador.

Assim, o Estado que surgia queria se manifestar diferente daquele que pretendia substituir. Se o anterior era unitário, ele deveria ser federal. Se o anterior era parlamentarista, ele deveria ser presidencialista.

Quanto ao **mandado de injunção**, que chegou a ser equiparado, pela jurisprudência, à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), começa a demonstrar a sua utilidade, porquanto o Pleno do Supremo Tribunal Federal já vem fixando prazo para o exercício da função normativa. Acaso o prazo fixado não venha a ser cumprido, realça-se a pertinência da propositura de ação de reparação econômica, tal como se observa, entre outros, neste Acórdão do STF: “[...] Premissas de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para : a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitre; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos que lhe forem mais favorável. Mandado de Injunção n. 283/ Distrito Federal. DJ 14.11.91, p. 16355. Ementário vol. 1642, p. 1. Revista Trimestral de Jurisprudência vol. 135-03, p. 882. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento em 20.03.91. Tribunal Pleno. Unânime.” Também considerando pertinente a ação de reparação econômica, o Mandado de Injunção n. 355/94. Relator CELSO DE MELLO. Julgamento pelo Tribunal Pleno do STF, em 07.10.94.

152 Ver *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo*. (MORAES, 1998).

Em torno de toda a busca de autoafirmação, havia a preocupação de manter o Brasil em sua unidade, não o esfacelando tal como estava ocorrendo com a América espanhola¹⁵³. Houve um desejo majoritário, mas não unânime, de manter a integridade nacional.

Por outro lado, para evitar a manutenção do poder no Rio de Janeiro, a capital, pretendeu descentralizá-lo, conferindo maiores faculdades às elites regionais, fortalecendo-as.

Nessa linha, foram criados os Judiciários estaduais, que funcionavam como instâncias terminativas das lides, dos conflitos nos casos concretos.

O Supremo Tribunal, que passava a ser chamado de federal, deteria a função de conferir unidade ao Brasil, por meio de uma leitura uníssona do Texto Constitucional de 1891. Com o tempo, essa necessidade de sintonia estendeu-se à legislação que tivesse repercussão nacional.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal e os tribunais superiores eram expressões do desejo de segurança, de integridade, de unidade.

Partindo desse ideário, os casos concretos, que muito interessavam aos cidadãos, mas em suas vidas privadas eram por ser decididos no próprio Judiciário estadual; o que conferia prestígio ao juiz da primeira instância.

Talvez esse fosse o motivo sociológico pelo qual ele residiria na comarca no exercício da magistratura. Era visto com prestígio e respeito, pois o cidadão sabia da eficácia que poderia conter as suas decisões. Não significa dizer que se estava no melhor dos mundos, ou que não houvesse nenhuma interferência ou pressão de grupos políticos.

Por essa razão, e por se verificar que os recursos multiplicavam-se, e o caráter terminativo não era mais uma realidade, começaram os juízes a

153 Os ideais da Revolução francesa contribuíram para a eclosão de movimentos de autodeterminação dos povos (independência nacional), tal como ocorreu na Bélgica, na Polônia, na Hungria, na Itália e na Grécia. Na América espanhola, a revolução teve o seu início quando Napoleão Bonaparte invadiu a Espanha, e depôs o legítimo herdeiro Fernando VII, pondo o seu irmão no trono, José Bonaparte. Ocorre que as autoridades coloniais colocalaram-se contrárias a este procedimento, organizando governos próprios – juntas governamentais locais. Em 1811, o patriarca Francisco Miranda proclamou a independência da Venezuela; mas foi vencido por tropas realistas. Simón Bolívar sucedeu Miranda no comando do Exército venezuelano. Após longa campanha, conseguiu a independência da Venezuela e da Colômbia (1819). No Chile, somente após a vitória de Bernardo O'higgins e San Martín, em Maipu, veio a independência (1818). Ambos, apoiados por uma esquadra inglesa, comandada por Lord Cochrane, libertaram o Peru (1821). As Províncias do Vice-Reino do Prata declararam-se independentes no Congresso de Tucumán (1816), constituindo as Províncias Unidas do Rio da Prata. O Paraguai tornou-se independente em 1813, liderado por José de Francia. O Uruguai obteve a autonomia do Império brasileiro em 1828.

não mais residirem nas comarcas, viajando nas manhãs da segunda-feira e retornando na quinta-feira, pois, via de regra, os aprovados nos concursos públicos da magistratura eram provenientes da capital.

O movimento de separação do juiz em relação à sua comarca provavelmente começou a partir da Justiça do Trabalho, uma Justiça especializada federal.

Conscientemente, ou não, a Constituição esboçou uma reação contra, fixando, no art. 93, inc. VII, que *o juiz titular residirá na respectiva comarca*, uma ordem com a qual o costume nem sempre se compadece.

Diante do estágio concreto de organização do Poder Judiciário brasileiro, os advogados perceberam que a sentença do juiz de primeira instância estava perdendo o seu prestígio, e passaram, desde a interposição da inicial, a plantar os requisitos de admissibilidade de um futuro recurso para as instâncias superiores, prequestionando motivações constitucionais ou de lei federal.

Assim, a sentença perdeu o caráter de instrumento de resolução de demandas, e passou a funcionar como uma maneira de acelerar a carreira do magistrado.

A sentença passou a ser um instituto requisitado para a promoção, quer em função do número que fosse emitido por cada juiz, quer em função do seu caráter erudito.

Provavelmente, esse processo tenha começado de modo inconsciente. Modificar tal estado de coisas, como uma maneira de retomar um pretense passado, prestigiando as instâncias inferiores, parece ser uma tarefa difícil.

A dificuldade não está apenas no fato de que, talvez, estes tempos idos jamais tenham de fato ocorrido, mas também por uma outra questão bem concreta. É que importa em alteração na estrutura de um mercado de trabalho firmado e estabelecido, que conta com representantes importantes nos escritórios de advocacia de todo o Brasil, e, mais particularmente, nos estados e cidades com economias maiores, tais como Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte e Porto Alegre.

Outro aspecto com interferência significativa na multiplicação de demandas é o de que, aproximadamente 65% da população brasileira é composta de eleitores. Nem sempre foi assim, a realidade há quarenta anos era bastante diversa.

Portanto, aumentando a participação popular, reduz-se a hegemonia de qualquer corrente política no Parlamento, recorrendo-se, então, a meios que terminam por tornar menos claras as leis, pois é mais difícil para um Parlamento com essa singularidade aprovar senão normas mais ambíguas.

Essa maior ambiguidade denota-se por meio de expressões adverbiais ou adjetivas, e também pelo recurso, no caso da Constituição, a normas que não são autoaplicáveis, exigindo-se a posterior votação de novas leis ordinárias e complementares. É o que, no Brasil, chama-se de acordos dilatórios.

A súmula¹⁵⁴ viria, portanto, dentro dessa perspectiva, para recuperar um *suposto passado ideal*, e para dar uniformidade às normas com esta retrospectiva dilatária ou de exigência de uniformidade em favor da integridade da Federação brasileira.

Portanto, não existiria súmula para delimitar os princípios gerais, permanecendo com os juízes das instâncias inferiores a faculdade de verificar se o caso concreto que se lhe apresenta está, ou não, na disciplina da interpretação mais geral realizada na uniformização da jurisprudência.

Note-se, a bem da verdade, que, por trás de toda esta discussão, há uma disputa por poder.

O problema não somente é o da estaticidade do direito, que poderia vir a ser solucionado senão pela mudança da própria súmula, interpretando de outro modo a lei que a fundamenta; mas também em face da mudança da lei que a justificou.

O fato é que atribuir o caso concreto à alçada terminativa dos juízes de instâncias inferiores seria uma das maneiras de alçar os tribunais superiores à categoria de tribunais da Federação, desafogando-os.

Questões como a da chamada “*guerra fiscal*”, que implica em discutir a relação federativa, estaria enquadrada nesta perspectiva de procurar

154 Além das súmulas judiciais, devem ser consideradas as administrativas. Sobre elas, a Lei Complementar n. 73, de 10/02/1993 (Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências), dispõe: “Art. 4º. São atribuições do Advogado-Geral da União: [...] XII – editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais; [...] Art. 43. A Súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 desta lei complementar. § 1º. O enunciado da Súmula editado pelo Advogado-Geral da União há de ser publicado no Diário Oficial da União, por três dias consecutivos. § 2º. No início de cada ano, os enunciados existentes devem ser consolidados e publicados no Diário Oficial da União.”

encontrar no passado a resposta para os problemas que se apresentam no presente.

Partindo dessas considerações, entendo que haja espaço e necessidade para sublinhar recentes decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal, a respeito de um tema que assumiu um alto teor de polêmica jurídica nacional.

Refiro-me, no mérito, às chamadas contribuições previdenciárias dos servidores públicos inativos.

Quanto à forma, discutia-se a sustação de Proposta de Emenda Constitucional sobre o assunto, em que o governo procurava instituir esta contribuição, a ser cobrada dos aposentados e pensionistas originários do serviço público, com argumentos sobre as deficiências do Tesouro. Pois bem. Indico as duas principais perspectivas processuais que se apresentaram (*legitimidade ativa*).

A primeira, quando o ministro relator, o reconhecido constitucionalista brasileiro Celso de Mello, registra que o mandado de segurança impetrado por um servidor público federal aposentado (*Mandado de Segurança n. 23.565*) contra a contribuição previdenciária de inativos e pensionistas, pretendendo sustar a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional nesse sentido, deveria ser arquivado, esclarecendo os seus motivos dizendo que, embora reconheça a “*possibilidade de controle incidental de constitucionalidade das propostas legislativas*”, apenas assim o faz acaso o procedimento haja sido instaurado **por iniciativa de um parlamentar**, não cabendo a um particular a legitimidade para o prévio questionamento judicial de uma Proposta de Emenda Constitucional em tramitação no Congresso Nacional.¹⁵⁵

A segunda, quando, diante do entendimento declarado pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, veio o Deputado José Antônio (Partido Socialista Brasileiro – PSB) a impetrar um novo mandado de segurança (*Mandado de Segurança n. 23.568*), com pedido de liminar, para sustar a tramitação, na Câmara dos Deputados, da Proposta de Emenda Constitucio-

¹⁵⁵ Ver o sítio do Supremo Tribunal Federal. *Supremo Tribunal Federal recebe mandado de segurança contra a cobrança de inativos*. Acesso em: 9 nov. 1999. *Arquivado mandado de segurança impetrado por servidor público aposentado*. Acesso em: 10 nov. 1999.

nal (136/99), que estabelece a cobrança previdenciária de aposentados e pensionistas do serviço público.

No mandado de segurança, o deputado defende que a emenda, ao prever a aplicação da progressividade das contribuições, produz um verdadeiro confisco, “*afrontando direitos e garantias individuais resguardados pela Constituição Federal.*”¹⁵⁶

Também é válido destacar que o Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, tem afirmado sobre a necessária lembrança de que o Brasil já possui os seus 40 anos de prática sumular inspirada no direito anglo-americano, havendo, agora, da parte do Supremo Tribunal Federal, o desejo de alguns ministros de conferir efeito vinculante a essa rotina:

O saudoso Ministro VICTOR NUNES LEAL, autor de ‘Problemas de Direito Público’, obra clássica na literatura jurídica pela relevância dos temas (constitucionais e de direito público) e pela densidade doutrinária e jurisprudencial, introduziu no Brasil há cerca de 40 anos, como membro da Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a experiência bem sucedida das súmulas inspiradas na doutrina do ‘stare decisis’ e nos ‘restatements of laws’ do direito anglo-americano. O eminente Ministro CARLOS VELLOSO, novo presidente do Supremo, defende a modernização do Judiciário, com a adoção, dentre outras medidas, do efeito vinculante das súmulas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores.

E continua o Procurador-Geral, ao se referir que também defende o Ministro Carlos Velloso a reimplantação da arguição de relevância:

Propugna também pela instituição da arguição de relevância da questão federal (na verdade, introduzida pela primeira vez no Brasil por emenda ao regimento interno do Colendo Supremo Tribunal Federal, nos idos de 1965, contando ainda com o talento de VICTOR NUNES LEAL). Penso que o presidente do Supremo tem inteira razão em ambas as hipóteses.¹⁵⁷

São por todas essas circunstâncias que têm espaço os debates sobre a possibilidade das súmulas com efeito vinculante.

156 Ver o sítio do Supremo Tribunal Federal. *Deputado pede ao Supremo Tribunal Federal que suste a tramitação da Emenda sobre a cobrança de aposentados.* Acesso em: 16 nov. 1999

157 Ver o jornal “Folha de São Paulo”. 20/06/1999. Caderno Tendências, p. 2.

Por um lado, afirma-se que é preciso preservar a capacidade criativa das instâncias inferiores, sendo salutar a divergência de interpretações, pois, só assim, é que se permitirá uma jurisprudência construtiva ou evolutiva. A ideia da súmula vinculante seria autoritária, e beneficiaria apenas os tribunais superiores, dado que, nas instâncias mais baixas, os temas seriam novamente arguidos, com alterações que, para uns, pareceriam ancilares, embora, para outros, não.

Como sugestão intermediária, há quem pondere sobre a necessidade de, antes de o Presidente da República vir sancionar uma lei, consultar o Supremo Tribunal Federal¹⁵⁸ sobre a existência de alguma inconstitucionalidade, mais ou menos nos moldes de Portugal e da França. Essa ideia, entretanto, não tem sido bem aceita, sob a justificativa de que iria sobrecarregar ainda mais o referido tribunal, dado que, no Brasil, o número de leis é de tal ordem que inviabilizaria a adoção da experiência estrangeira.

Em favor das súmulas vinculantes, além do elevado número de processos, e da carga de trabalho, aponta-se o fato de que a mesma matéria é decidida milhares de vezes pelos tribunais superiores.

Para descontrar um pouco essa questão, extremamente séria, recorro das palavras que foram atribuídas, por um jornal de grande circulação no Brasil (Gazeta Mercantil, 31/08/98), ao ex-Presidente e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence.

Dizia ele que, em uma Conferência de Cortes Constitucionais na Itália, em 1995, tinha julgado 18 mil processos em apenas um semestre.

No intervalo, um juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos dele aproximou-se, e comentou sobre a precariedade da tradutora, que, certamente, não conhecia bem o idioma português, ou então não sabia inglês. Motivo: ela falou 18 mil processos em um semestre, quando, certamente, deveria haver registrado 180, o que já seria um escândalo. E o Ministro Pertence respondeu-lhe: “Não, a tradutora é boa; o que não presta é o sistema.”¹⁵⁹

158 Ver, por exemplo, os arts. 278º e 279º, da Constituição da República Portuguesa, que trata da fiscalização preventiva da constitucionalidade e dos efeitos da decisão do Tribunal Constitucional.

159 Ver Gazeta Mercantil. 31/08/98, Título: Efeito Vinculante provoca polêmica. Mecanismo é proposto para diminuir o número de processos nos tribunais superiores. Aquilo que citei encontra-se logo no primeiro parágrafo do artigo (R.F. e J.B.).

Pois bem, se é assim, parta-se, agora, para as propostas de reformulação do sistema.

Primeiramente, contudo, é preciso que se saiba que, na Constituição, tal como se encontra hoje, não é uma novidade o efeito vinculante expresso; pois, além da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual (art. 102, inc. I, “a”) e da representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º), tem-se consagrada a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal no art. 102, § 2º.¹⁶⁰, que diz:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da constituição, cabendo-lhe. [...] § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e **efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.” (Grifo nosso)

AS PROPOSTAS

1. Comissão Especial destinada a oferecer parecer à proposta de Emenda à Constituição n. 96, de 1992¹⁶¹. Substitutivo à proposta de Emenda à Constituição n. 96, de 1992. Introduce modificações na estrutura do Poder Judiciário.

Art. 96. Compete privativamente:

[...]

III – ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores processar e julgar as reclamações para a preservação de suas competências e a

¹⁶⁰ Mais uma Ação Declaratória de Constitucionalidade foi interposta pelo Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, e que recebeu uma grande divulgação na comunicação social no Brasil. Refiro-me àquela onde foram ratificadas as Decisões que impediam os donos de cartórios de cobrar pela emissão da primeira via de Certidões de nascimento e de óbito. Trata-se da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 05. A Decisão liminar pela gratuidade foi tomada pela maioria dos 11 Ministros do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Nesta mesma Decisão do mais Alto Tribunal brasileiro, ficou reconhecido, pelo Plenário, que era cabível o pedido de medida cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. (Ver sítio do STF, em 17/11/99: Supremo Tribunal Federal ratifica decisão que impede cartórios de cobrar por certidões de nascimento e óbito).

¹⁶¹ A proposta de Emenda Constitucional n. 96, de 1992, é também chamada de Emenda Jairo Carneiro.

garantia da autoridade de suas decisões e súmulas vinculantes, podendo a decisão reformar ou cassar o ato judicial e anular o ato administrativo reclamado.

[...]

Art. 98. O Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo do disposto no art. 107, § 2º¹⁶² (**inconstitucionalidade por omissão**), e os Tribunais Superiores, após decisões reiteradas da questão e mediante o voto de três quintos dos seus membros, poderão editar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário submetidos a sua jurisdição e à administração pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento.

§ 1º. A súmula vinculante terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que **acarrete grave insegurança jurídica** e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º. A aprovação, alteração ou cancelamento da súmula poderão ocorrer de ofício ou por proposta de qualquer tribunal competente na matéria; pelo Ministério Público da União ou dos Estados; pela União, os Estados ou o Distrito Federal; pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela entidade máxima representativa da magistratura nacional, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial, caberá reclamação para o Tribunal que a houver editado, o qual, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

§ 4º. **O reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante, ou a desobediência às decisões de que tratam o parágrafo anterior e o § 2º do art. 106, configurará crime de responsabilidade para o agente políti-**

162 Seria o correspondente ao atual art. 103, § 2º, que diz: "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias." (Grifo nosso)

co e acarretará a perda do cargo para o agente da Administração, sem prejuízo de outras sanções.” (Grifo nosso)

É o § 2º, do art. 106 (atual art. 102):

As decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal nos casos previstos nas alíneas “a” e “l” do inciso I, a partir de sua publicação oficial, serão oponíveis a todos e terão **efeito vinculante** relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios” (Grifo nosso)

São as alíneas “a” e “l”, do art. 106 (atual art. 102):

Art. 106. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e de **súmula vinculante**;

[...]

l) a questão constitucional incidente nos termos do § 5º. do artigo 107. (Grifo nosso)

É o que diria o art. 107, § 5º:

Suscitada, em determinado processo, questão relevante sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, e concorrendo os pressupostos do art. 98, § 1º, o Supremo Tribunal Federal, a requerimento dos órgãos ou entes referidos no caput deste artigo, poderá processar o incidente e determinar a suspensão do processo a fim de proferir decisão com **efeito vinculante** exclusivamente sobre a matéria constitucional. (Grifo nosso)

2. Anteprojeto de Reforma do Poder Judiciário. Proposta da Comissão instituída pela Diretoria da Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe/1998)¹⁶³.

¹⁶³ Participaram dos trabalhos da Comissão, que foi instalada por ato do Juiz-Presidente da Ajufe, Tourinho Neto, em maio de 1998, os Juizes Castro Meira, Simone Schreiber, Djalma Gomes e Flávio Dino (Coordenador da Comissão).

As diferenças substantivas básicas entre o que aqui se propõe e a proposta anterior são quatro, a saber:

- a) pretende-se que apenas o Supremo Tribunal Federal edite súmulas com efeito vinculante, rejeitando-se esta atribuição aos demais tribunais superiores (militar, eleitoral, trabalhista e Superior Tribunal de Justiça);
- b) pretende-se que a aprovação, alteração ou o cancelamento da súmula vinculante possa ocorrer, além de pelos demais legitimados da proposta original, pelas entidades representativas da magistratura de caráter nacional, rejeitando-se a expressão entidade máxima. Assim se fez porque a magistratura, no Brasil, tanto pode ser estadual, quanto também federal; possuindo as magistraturas federais as suas próprias entidades;
- c) retira-se as sanções para o reiterado descumprimento de súmula vinculante: crime de responsabilidade para o agente político e perda do cargo para o agente da Administração;
- d) elimina-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal suspender processo em curso, de modo a decidir sobre algum incidente de índole constitucional.

Segue abaixo o texto da nova proposta.

Art. 96. Compete privativamente:

[...]

III – ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores processar e julgar as reclamações para a preservação de suas competências e a garantia da autoridade de suas decisões, podendo a decisão reformar ou cassar o ato judicial e anular o ato administrativo reclamado;

[...]

Art. 98. O Supremo Tribunal Federal, após decisões reiteradas da questão e mediante o voto de três quintos dos seus membros, poderá editar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

[...]

§ 2º. A aprovação, alteração ou cancelamento da súmula poderão ocorrer de ofício ou por proposta de qualquer tribunal competente na matéria, pelo Ministério Público da União ou dos Estados; pela União, os Estados ou o Distrito Federal; pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelas entidades representativas da magistratura de caráter nacional.

§ 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação para o Supremo Tribunal Federal, o qual, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

[...]

Art. 106. [...]

§ 1º. A decisão definitiva de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso previsto na alínea “a”, do inciso I, a partir de sua publicação oficial, será oponível a todos e terá efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Evidentemente que outras propostas existem¹⁶⁴, mas destaco apenas duas, por considerar que os principais pontos de discussão foram salientados pelas suas quatro diferenças.

A minha posição sobre os quatro pontos destacados, praticamente, coincide com a proposta da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe). A única ressalva a ser feita é a de que não cabe mandamento constitucional sem sanção para a hipótese do seu descumprimento¹⁶⁵.

164 Há, também, uma interessante Proposta do Senador Eduardo Suplicy, do Partido dos Trabalhadores – São Paulo, pela qual os Ministros do Supremo Tribunal Federal seriam indicados alternadamente por um dos três Poderes. No XVII Congresso Brasileiro dos Magistrados, o então Presidente do Supremo Tribunal brasileiro, Ministro Marco Aurélio, afirmou que, caso fosse aprovada a sugestão do senador paulista, ampliaria-se a representatividade das diversas correntes da sociedade dentro desse Tribunal. (Marco Aurélio elogia proposta que altera forma de escolha dos Ministros do STF – STF, 24/10/01)

165 “A grande relevância de entrever essa mesma distinção aparece, novamente, quando pretendemos responder à pergunta: existe norma sem sanção? E a resposta é esta: absolutamente, não. Aquilo que há são enunciados prescritivos sem normas sancionatórias que lhe correspondam, porque estas somente se associam a outras normas jurídicas prescritoras de deveres. Caso imaginássemos uma

Logo, é preciso determinar o que significa a expressão “*reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante*”, bem como traçar os exatos espaços da chamada “*questão relevante*”, constante no § 4º do art. 98 e no § 5º do art. 107, do Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição n. 96, de 1992.

Isso porque as sanções previstas são bastante graves (crime de responsabilidade para o agente político e perda do cargo para o agente da Administração; sem prejuízo de outras sanções). Além do mais, por experiência de judicatura, tenho a convicção de que, se aprovadas a *súmula vinculante* e a *questão relevante*, certamente, os casos concretos apresentarão sutilezas que só a prática diária é capaz de demonstrar.

Contudo, a despeito de todas essas importantes discussões, não será possível esquecer o atual equacionamento infraconstitucional:

- a) a Medida Provisória n. 1.984, substituída repentinamente pela Medida Provisória n. 2.102/2001 (atual Medida Provisória n. 2.180), traz uma espécie de arremedo de súmula vinculante, pois subordinada à deliberação administrativa sobre matéria ainda submetida a exame judicial. Poderia ser algo efetivo se o Poder Executivo não fosse tão econômico no exercício desta sua atribuição. Os seus termos:

Art. 12. Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não interposição do recurso voluntário;

- b) a Lei n. 9.139, de 30 de novembro de 1995, já alterada pela Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que modificou o Código de Processo Civil brasileiro, trazendo, ao seu art. 557, uma espécie ainda mais abrangente de súmula judicial vinculante. Primeiro, porque qualquer tribunal do País pode assim proceder. Depois, porque a própria súmula, ou simples jurisprudência de um tribunal intermediário, poderá permitir ao relator atribuir-lhe um

prestação estabelecida em regra sem a respectiva sanção jurídica e teríamos resvalado para o campo de outros sistemas de normas, como o dos preceitos morais, religiosos etc. Nesta visão, o direito vai aparecer como grande fato comunicacional, sendo a criação normativa confiada aos múltiplos órgãos credenciados pelo sistema.” (CARVALHO, 1998, p. 21)

relativo efeito vinculante, fortalecendo os juízos singulares nos órgãos colegiados. O objetivo é o de acelerar o rito processual, o que poderia não se verificar acaso houvesse um aumento volumoso de agravos internos; mas isso não tem ocorrido.

É o teor do art. 557, do Código de Processo Civil brasileiro:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. § 1º. Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. § 2º. Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

Dispositivos processuais como esses adquirem especial importância nas chamadas “*questões de safra*”, entre elas, com marcado destaque, as questões tributárias a saber: finsocial de empresas comerciais e de prestadoras de serviços, contribuição para o financiamento da seguridade social (COFIS), contribuição do salário educação, imposto de renda sobre lucro líquido, adicional de tarifa portuária, contribuição provisória sobre movimentações financeiras, contribuição para a seguridade social dos servidores públicos, etc.

Creio, então, que, feitas essas referências ao efeito vinculante e às súmulas, e havendo disposto, em linhas gerais, sobre o controle de constitucionalidade, quer na sua forma concentrada, quer na difusa (vide índice onomástico)¹⁶⁶, sobressai um certo espírito de busca por estabilidade.

E será com esteio nesta expectativa que analisarei o controle de constitucionalidade em relação às medidas provisórias.

¹⁶⁶ Consulte-se as expressões ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), ação declaratória de constitucionalidade (ADCon), inconstitucionalidade por omissão, descumprimento de preceito fundamental, mandado de injunção, representação de inconstitucionalidade e incidente de constitucionalidade.

Primeiramente, sublinho afirmativamente sobre a sua admissibilidade não apenas no caso concreto, mas também no âmbito abstrato. Já são inúmeras as liminares concedidas pelo Supremo Tribunal Federal que confirmam isso. Mas, se houver rejeição expressa da medida provisória, ou se o prazo constitucional de vigência transcorrer sem deliberação do Congresso Nacional, também me parece assente o entendimento de que restará prejudicada a ação veiculadora do controle abstrato.

Uma questão mais sutil é a de saber se estará prejudicado o controle concentrado se durante o transcurso processual houver a conversão em lei.

Aqui, vislumbro três hipóteses:

- a) não havendo alteração de conteúdo, mantendo-se a identidade originária. Nesta situação, não haverá o prejuízo da continuidade do controle jurisdicional;
- b) havendo alteração de conteúdo, mas de caráter não substancial. O problema será o de saber o que, na realidade, significa alteração substancial. Chegando-se a um consenso, e tendo em conta a natural pretensão de definitividade das medidas provisórias, que não são meras leis temporárias, creio que a restrita alteração formal do texto originário não deveria provocar o prejuízo do controle abstrato, bastando que o órgão jurisdicional requisite novas informações junto aos Poderes Executivo e ao Legislativo. Quanto às manifestações da Advocacia-Geral da União e do Procurador-Geral da República, também poderiam ser aditadas, caso necessário;
- c) havendo alteração de conteúdo e de caráter substancial. Se o texto de lei em que se converteu a medida provisória guardar ainda uma identidade com a disposição originalmente impugnada, entendo que se possa estender a declaração de inconstitucionalidade, mantendo-se o controle abstrato, desde que haja o aditamento da inicial. Para isso, seria necessário estatuir um prazo¹⁶⁷.

167 Ver a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999 (dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal). Como exemplo: o § 78, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* autoriza ao Tribunal estender a declaração de inconstitucionalidade a *outras disposições da mesma lei*, alcançando, inclusive, dispositivos semelhantes que alterem a norma impugnada.

Outra questão de inegável relevo é o da compatibilização temporal entre a expedição de uma medida liminar pelo Poder Judiciário e o caráter precário (60 ou 120 dias) de uma medida provisória.

De fato, será extremamente improvável a emissão de uma decisão definitiva sobre a constitucionalidade de uma dada medida provisória.

Além do mais, gera um relativo constrangimento verificar que uma medida provisória, que está sendo analisada pelo Congresso Nacional, tanto em relação aos seus pressupostos de admissibilidade (relevância e urgência), quanto em relação ao mérito, esteja sob a censura do Supremo Tribunal Federal, já pesando contra si uma decisão liminar.

Um redutor de tal estado de coisas seria permitir que, na prorrogação da medida, haja a alteração do ponto sob censura.

Por enquanto, o que há é o art. 12, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

É o seu teor:

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e do seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Em outras palavras, procura-se agilizar o processamento, construindo uma espécie de *procedimento sumário de constitucionalidade*. Uma maneira de aprofundar rapidamente a cognição de mérito para não frustrar a jurisdição constitucional.

Ora, se há uma pretensão de agilidade, deve-se reconhecer a possibilidade de aditamentos ou emendas à petição inicial, de modo a não permitir o problema da solução de continuidade.

Afinal, em certas matérias, com mérito bem mais duvidoso, isso já ocorre, tal como no cômputo dos prazos de medidas provisórias para a contagem da anterioridade nonagesimal das contribuições em favor da seguridade social (art. 195, § 6º, da Constituição Federal).

Contudo, seria preciso regulamentar esses aditamentos, tornando-os, por exemplo, desnecessários quando não houvesse *alteração substancial efetiva*¹⁶⁸ entre a medida provisória originária, a sua prorrogação e o texto de lei na qual foi convertida. Agindo assim, seriam eliminados os repetidos aditamentos.

Outra questão que merece a análise de “*lege ferenda*” é aquela que utiliza o “*não aditamento*” como uma forma astuta de desistência.

Interposta a ação, e não se obtendo a liminar pretendida, ou colhendo sinais evidentes nesse sentido, advém a prorrogação da medida provisória e a parte autora evita aditar a inicial, procurando tornar prejudicada a ação veiculadora do controle abstrato. Desse modo, poderia escolher melhor o juiz relator, fraudando a distribuição processual.

Afora a discussão sobre a má-fé desse procedimento e a multa indenizatória daí consequente, tem-se mais um motivo para demarcar com mais objetividade a hipótese de aditamento, pois se, de um lado, ele serve para a agilização; por outro, ele poderá funcionar como um instrumento de abuso.

Apenas em relação às *alterações substanciais efetivas* é que deveria caber o aditamento da inicial. Logo, como, na minha perspectiva, a prorrogação de uma medida provisória não deveria conter senão a reprodução do que foi originariamente posto, restritíssimas seriam as hipóteses de aditamento, entre elas aquela em que, emitida a liminar pelo órgão judiciário, venha o Poder Executivo a prorrogá-la sem o dispositivo atingido, o substituindo por outro. Outra hipótese seria a conversão em lei com alterações evidentes de conteúdo. Nesses casos, caberia a emenda da exordial.

Vale registrar que a Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu, no texto da CF/88, o art. 103-A que prevê a edição de súmulas, com efeitos vinculantes, por parte do Supremo Tribunal Federal, com o seguinte teor:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder

168 Ver, adiante, o Capítulo sobre a *questão de repercussão geral*.

à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Ver Lei n. 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A Lei n. 11.417/2006 regulamentou o art. 103-A da CF/88.

3.3.5.3. CONTROLE EXTERNO DA MAGISTRATURA BRASILEIRA. PROPOSTAS ¹⁶⁹

Essa questão deriva do fato de que a população brasileira, de um modo geral, encontra-se insatisfeita com o atendimento que recebe da Justiça.

169 A atual Constituição da República Portuguesa dispõe, no art. 218º, sobre o *Conselho Superior da Magistratura*, do qual destaco: “1. O Conselho Superior da Magistratura é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, e composto pelos seguintes vogais: a) dois designados pelo Presidente da República; b) sete eleitos pela Assembléia da República; c) sete juízes eleitos pelos seus pares, de harmonia com o princípio da representação proporcional. 2. As regras sobre garantias dos juízes são aplicáveis a todos os vogais do Conselho Superior da Magistratura. 3. A lei poderá prever que do Conselho Superior da Magistratura façam parte funcionários de justiça, eleitos pelos seus pares, com intervenção restrita à discussão e votação das matérias relativas à apreciação do mérito profissional e ao exercício da função disciplinar sobre os funcionários de justiça.”

Acrescente-se, ainda, o art. 217º: “1. A nomeação, a colocação, a transferência e a promoção dos juízes dos tribunais judiciais e o exercício da ação disciplinar competem ao Conselho Superior da Magistratura, nos termos da lei. 2. A nomeação, a colocação, a transferência e a promoção dos juízes dos tribunais administrativos e fiscais, bem como o exercício da ação disciplinar, competem ao respectivo Conselho Superior, nos termos da lei. 3. A lei define regras e determina a competência para a colocação, transferência e promoção, bem como para o exercício da ação disciplinar em relação aos juízes dos restantes tribunais, com salvaguarda das garantias previstas na Constituição.”

Iniciativas como a da implantação dos juizados especiais (art. 98, inc. I¹⁷⁰, da atual Constituição do Brasil), ou a solução de litígios por meio da atuação de órgãos estranhos ao Judiciário (arbitragem e mediação, por exemplo), em que pese devam ser desenvolvidas, não estão sendo suficientes para atender à demanda que advém depois de cada plano econômico acarretando uma enxurrada de causas e criando um descontentamento. Creio que seja esse o sentimento que autoriza falar em controle externo da magistratura.

No entanto, é de fundamental importância que se saiba que o Poder Judiciário, no Brasil, não se encontra tão desacreditado como pode transparecer pelos debates em torno do assunto. Prova disso é exatamente o crescente congestionamento do aparelho Judiciário brasileiro.¹⁷¹

Segundo o pronunciamento do Ministro Carlos Velloso¹⁷², os números exatos, relativos ao ano de 1998, correspondem, só no Supremo Tribunal Federal, a 50.232 mil processos distribuídos; e 52.612 mil processos julgados. E no ano de 1999 correspondem a 54.279 mil processos distribuídos; e 55.662 mil processos julgados.

Ora, isso significa, em certa medida, a restauração da ordem democrática, sendo um sinal positivo de militância da cidadania. A estabilização monetária é que tem sido um problema difícil de ser superado. Por isso, não basta apenas pensar em novos modos de controle dos juízes, pois já existem as corregedorias a julgar representações de toda ordem, afora o

170 Constituição do Brasil. “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

171 Embora possa-se dizer que há um grande volume de demandas com partes repetidas, tal é o caso do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, da CEF – Caixa Econômica Federal e dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, etc, e da própria União Federal. Por outro lado, está em fase final o estudo para a criação da TV *Justiça*. A geração do sinal ficará sob a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal, mas a produção será descentralizada. A TV *Justiça* transmitirá para todo o País julgamentos, mesmo em Tribunais mais distantes. Uma outra função a ser por ela exercida é a de treinar, por exemplo, mesários para as eleições. (Extraído do Noticiário do Supremo Tribunal Federal, de 15/10/2001, sob a Manchete: MARCO AURÉLIO defende eleição direta para presidência de tribunais e anuncia criação de TV *da Justiça*)

172 O pronunciamento do Ministro Carlos Velloso, ao final da última sessão da Corte Suprema, encontrava-se, na Internet, no Noticiário do Supremo Tribunal Federal, em 17/12/99, às 15 horas. Manchete: Carlos Velloso afirma que Supremo fez o que devia em 1999.

controle externo exercido pelo Legislativo, auxiliado pelos Tribunais de Contas (art. 70 e ss., da atual Constituição do Brasil).

É necessário que, nesse novo contexto da sociedade civil, o Poder Judiciário seja provido dos meios necessários a fazer frente a essa sua condição de relevância no processo institucional que está em curso.

E o Judiciário não está fechado para discutir os seus próprios problemas com a população, sendo estas as palavras do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, quando do discurso de encerramento do ano judiciário de 1998, conclamando a participação dos cidadãos no debate já instalado

“[...] A questão do Poder Judiciário, que se revela impregnada de forte componente político-institucional, é demasiadamente importante para ser apenas discutida pelos operadores do Direito. É por tal razão que se impõe a ativa participação de todos os cidadãos nesse debate, pois a possibilidade de ampla reflexão social em torno da questão judiciária – que hoje constitui dado revelador da própria crise do Estado -, além de dar significado real à fórmula democrática, terá a virtude de atribuir plena e essencial legitimação ao processo decisório instaurado perante o Congresso Nacional.” (STF, Últimas Notícias, 1998)

Assim, feita a ressalva de manutenção de algum otimismo em relação ao Poder Judiciário brasileiro, mesmo após a chamada “CPI do Judiciário”, em que fatos ilícitos apontaram, não é possível deixar de refletir sobre as duras afirmativas de Roberto Mangabeira Unger, quando diz que o critério de escolha dos juízes dos tribunais superiores não é outro senão o da amizade com o presidente da República ou com governadores de Estado. Eis, aí, portanto, um *controle externo* de fato.¹⁷³

173 “Há uma situação intolerável, agora, no Brasil: os juízes dos tribunais superiores são escolhidos porque são amigos do Presidente ou do Governador, são cupinchas políticos deles; por isso, são escolhidos e estão propondo um controle externo do Judiciário – esse é o controle externo que existe, que destrói e desmoraliza o Judiciário brasileiro. Assim, as propostas de nomeação desses juízes são apresentadas ao Parlamento, que carimba, e a sociedade não sabe de nada, portanto, cala-se. Isso é que destrói toda essa possibilidade que eu estava descrevendo e permite uma lengalenga mistificadora em que todas as propostas de crítica e mudança são acoimadas como um voluntarismo jacobino, para despir esse sistema de serviços de um ornamento de respeitabilidade. Só vamos mudar isso no Brasil quando o Judiciário, nas instâncias inferiores, começar a assumir a tarefa que descrevi, e com isso fazer com que os olhos da sociedade brasileira se voltem para eles. Então, as propostas de nomeação dos juízes nos tribunais superiores começarão a ser debatidas no País, e substituiremos o sistema de cupinchas pela vigilância dos cidadãos.” (Desafios Contemporâneos ao Estado Democrático – Anais do 17º Encontro Nacional dos Juízes Federais. Estação Produções Ltda, 2001, p. 76-77)

Pois bem, sobre o assunto do *controle externo*¹⁷⁴, cita-se, inicialmente, a Proposta de Emenda à Constituição n. 112/95, da autoria do Deputado José Genuíno, do Partido dos Trabalhadores de São Paulo.

Na sua justificativa, realça-se a alta relevância do Poder Judiciário, mas se requer a instrumentalização de um mais aproximado controle social da estrutura judicante. Por vezes, o deputado chega a ser duro em seus argumentos, com os quais é possível discordar; mas não desconhecer.

De modo a ser fiel ao que expôs como fundamento da sua proposta, um sistema de controle do Poder Judiciário constituído por duas esferas de Conselhos, a saber: Conselho Federal de Justiça; Conselhos Estaduais de Justiça / Conselho Distrital de Justiça. É o que está em seguida, demonstrando-se uma evidente insatisfação com o que se chamou de “Estados dentro do Estado”, pondo em dúvida ações como de mero benefício particular:

A concepção clássica da independência dos poderes do Estado tem sido utilizada frequentemente como um subterfúgio para neutralizar qualquer possibilidade de controle social sobre os poderes do Estado, notadamente sobre o Poder Judiciário. Em realidade, a relação entre os poderes constituídos não tem se caracterizado por uma interdependência pela qual se busque a implementação de políticas públicas comuns. Em decorrência, os poderes Legislativo e Judiciário têm atuado como se fossem ‘estado dentro do estado’, com a adoção de regramentos internos e benefícios de toda a ordem que, muitas vezes, desconsideram a própria Constituição. No caso específico do Poder Judiciário, o último reajuste de vencimentos que os ministros do Supremo Tribunal Federal se auto-concederam, utilizando-se, para tanto, de um expediente meramente administrativo, constitui-se um exemplo ilustrativo.

174 Sobre o que chamei de “*controle externo de fato*”, faço constar que, segundo uma emenda do Senador José Eduardo Dutra, à Proposta de Reforma Constitucional do Poder Judiciário, só poderia ser indicado para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal cidadãos com mais de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, e que hajam ultrapassado o prazo de três anos distante de cargos nos Poderes Executivo e Legislativo. Seria uma espécie de quarentena. Logo, o presidente ou vice-presidente da República, senador, deputado federal, governador ou vice-governador dos Estados ou do Distrito Federal, ministros de Estado, procurador-geral da República, advogado-geral da União, presidente de Conselhos da Ordem dos Advogados do Brasil, etc estariam incluídos na proibição. Contra esta vedação, o líder do Governo na Comissão, Senador Romero Jucá, ponderou afirmando que o fato de alguém haver sido indicado para um cargo desta ordem deveria contar a favor da indicação, e não contra ela. O problema, contudo, está na suspeita quanto ao comportamento dos futuros Ministros do Supremo Tribunal Federal, que até podem ser injustas, mas permite pensá-los como líderes de um Governo que lhes conferiu o legado do ministério.

Continua, dizendo que, excluída a atividade tipicamente jurisdicional, o Poder Judiciário não poderia ficar em uma esfera que considera de insindicabilidade:

A proposta que estamos apresentando para discussão objetiva criar um sistema de controle do Poder Judiciário com a finalidade de exercer a fiscalização externa de suas atividades. Entretanto, tal fiscalização, para garantir a sua própria eficácia e, notadamente, para preservar a autonomia e a independência do Poder, não poderá se imiscuir nas atividades jurisdicionais.

E arremata, negando às instituições da Justiça estatal uma perspectiva exclusiva na esfera técnico-formal, revisitando o tema da separação clássica dos Poderes em face da fisionomia que acredita ter a sociedade civil brasileira:

Estamos convencidos que em sociedades fragmentadas em conflitos de classe como a nossa, as instituições estatais não esgotam a realidade do direito. Nesse contexto, a justiça não pode ser entendida dentro de uma perspectiva exclusivamente técnico-formal. O princípio da separação dos Poderes não pode ser utilizado para consolidar a fragmentação do próprio Estado e justificar a impossibilidade de controle social sobre uma atividade que é pública e da mais alta relevância social. Não há Estado Democrático de Direito sem uma atividade jurisdicional autônoma e independente, assim como não há Estado Democrático de Direito sem que a sociedade civil não possa controlar as suas instituições políticas, legislativas e judiciais. Sala das Sessões, 31 de maio de 1995.

Tal proposta, além de propugnar pela mais ampla publicidade [...] *Os Tribunais não poderão realizar sessões secretas para tratar de assunto administrativo*, preocupa-se por criar um canal para denúncias e reclamações contra os membros da magistratura e os funcionários dos serviços auxiliares. Neste canal – os Conselhos, optou-se por uma composição em que sempre deveria aparecer a participação de cidadãos brasileiros com mais de 35 anos de idade, eleitos pelo Congresso Nacional, pelas Assembleias Legislativas estaduais ou pela Câmara do Distrito Federal, ficando vedada a indicação de parlamentar.

Além dessa iniciativa, serão apresentadas a seguir, as que se referem ao denominado “Conselho Nacional de Justiça”.

De fato, a instituição do Conselho (controle externo) veio a ser estimulada com a chamada CPI sobre o Poder Judiciário, estando, à época, como Presidente do Senado e do Congresso Nacional, Antonio Carlos Magalhães.¹⁷⁵

Na síntese do Relatório Final desta CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito)¹⁷⁶, foram apresentados, ao menos, fortes indícios de irregularidades:

- a) no TRT (Tribunal Regional do Trabalho) de São Paulo;
- b) arbitrariedades nas adoções internacionais em Jundiá – São Paulo;
- c) emprego irregular de recursos públicos, nepotismo, superfaturamento no TRT (Tribunal Regional do Trabalho) da Paraíba;
- d) concessão indevida de mandados de soltura e progressão de regime de execução penal no Amazonas¹⁷⁷ a narcotraficantes;
- e) na Justiça de Mato Grosso;
- f) na Vara de Falências e Concordatas de Goiânia;
- g) no TRT (Tribunal Regional do Trabalho) do Rio de Janeiro;
- h) condenação bilionária sofrida em 1ª instância pelo BASA – Banco da Amazônia S/A;
- i) dilapidação do patrimônio de um menor na Vara de Órfãos e sucessões de Brasília.

Sob esse quadro, e nas chamadas “Recomendações Gerais” do Relatório Final, veio a sugestão de que o controle externo do Poder Judiciário brasileiro, aproveitando o exemplo das experiências francesa e italiana, deveria ser integrado por um Órgão com os seguintes membros:

175 Foi o Presidente do Senado Federal, Antônio Carlos Magalhães, que deu início a esta CPI. A mesma recebeu da mídia brasileira um grande destaque.

176 Ver Síntese do Relatório Final da CPI sobre o Poder Judiciário. (Senado Federal, 2000).

177 Esta é uma região extremamente importante do Brasil, merecendo ser incentivado o seu desenvolvimento. Em 2001, o Senado Federal aprovou o Fundo para a Amazônia Ocidental, buscando recolher recursos para beneficiar programas e obras em Municípios dos Estados do Acre, Amazonas, Rondônia e Roraima. Mas, para entrar em vigor, a Proposta precisa ser ainda aprovada pela Câmara dos Deputados. O Fundo iria vigorar de 2001 a 2003. Para a constituição do Fundo, a União deveria destinar parte da receita líquida de impostos arrecadados no Amazonas, em um percentual correspondente ao dobro do percentual de área protegida nesses quatro Estados. O conceito de área protegida é o de todo o território da Amazônia Ocidental para o qual sejam impostas restrições à exploração econômica de recursos naturais. Assim, o novo Fundo não provocaria a perda do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), nem do Fundo de Participação dos Estados (FPE).

Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Procurador-Geral da República, do Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e de três juristas indicados respectivamente pelo Presidente da República, pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados.

É, nesse contexto social, que costumam ser observadas as propostas sobre controle externo no Brasil.

1. Comissão Especial destinada a oferecer parecer à Proposta de Emenda à Constituição n. 96, de 1992. Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição n. 96, de 1992. “Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário”

Aqui, nesta extensa propositura, constituem objeto de preocupações e de definições os seguintes aspectos:

- a) fixação das hipóteses nas quais o juiz deveria perder o seu cargo;
- b) estabelecimento da composição e das competências do Conselho Nacional de Justiça;
- c) legitimação ativa para provocar a atuação do Conselho Nacional de Justiça;
- d) indicação do juízo natural para o julgamento dos Membros do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 95. [...]

§ 2º. O juiz perderá o cargo por sentença condenatória transitada em julgado, nas hipóteses previstas no Estatuto da Magistratura, ou por deliberação do tribunal competente ou decisão do Conselho Nacional de Justiça, por interesse público ou motivo disciplinar, nos casos de:

I – infrações ao disposto no parágrafo anterior (exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; exercer qualquer atividade consultiva ou de assessoramento; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processos e ainda, em razão do cargo, doações, contribuições ou auxílios de qualquer natureza de pessoas físicas ou de entidades públicas ou privadas; exercer atividade político-partidária ou sindical; emitir declarações ou manifestar-se sobre o mérito de causas submetidas a seu julgamento ou ao tribunal a

que estiver vinculado; revelar fatos ou informações cobertos pelo sigilo legal; firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes);

II – infração ao disposto no inciso VII, do art. 93 (o magistrado residirá na sede do tribunal ou do juízo a que servir ou em localidade contígua, salvo expressa autorização do tribunal a que estiver vinculado);

III – negligência contumaz no cumprimento dos deveres do cargo;

IV – procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções, definido em lei.

§ 3º. É incompatível com a dignidade, a honra e o decoro das funções de juiz, além dos casos definidos em lei, o abuso das prerrogativas asseguradas a membros do Poder Judiciário.

[...]

DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Art. 108. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de dois Ministros do Superior Tribunal de Justiça, dois Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, um Ministro do Tribunal Superior Militar, um juiz representante dos Tribunais Regionais Federais, um juiz representante dos Tribunais Regionais do Trabalho, três Desembargadores representantes dos Tribunais de Justiça, um advogado representante da Ordem dos Advogados do Brasil, um membro representante do Ministério Público, e dois magistrados representantes da entidade máxima representativa da magistratura nacional, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 1º. O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, que o integra como membro nato, sendo os demais membros escolhidos, mediante eleição, por voto secreto (os incisos posteriores os colégios eleitorais e o quórum necessário para eleger cada um dos representantes deste Conselho)

§ 6º. Compete ao Conselho, além de outras atribuições que lhe forem conferidas no Estatuto da Magistratura:

I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentadores no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II – elaborar o seu regimento interno, organizar seus serviços auxiliares, podendo servir-se de infra-estrutura de apoio, de instalações e de serviços, e requisitar pessoal, a este fim, dos demais órgãos do Poder Judiciário;

III – zelar pela observância do art. 37 (princípios informadores da Administração Pública) e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou assinar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

IV – processar e julgar as reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos Tribunais, podendo avocar processos disciplinares e determinar, pelo voto da maioria absoluta, a perda do cargo, a disponibilidade ou a aposentadoria com proventos proporcionais, a suspensão e a remoção e aplicar outras sanções administrativas previstas no Estatuto da Magistratura, assegurada sempre a ampla defesa do acusado;

V – representar ao Ministério Público, quando verificar a existência de crime de ação pública, nos autos ou papéis de que conhecer;

VI – rever, de ofício, ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VII – fiscalizar a observância das normas constitucionais sobre os limites de remuneração;

VIII – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, devendo integrar mensagem ao Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa;

IX – definir e fixar, com a participação dos órgãos do Poder Judiciário e das associações representativas das carreiras jurídicas, planos de metas e o planejamento estratégico, e planos e programas de avaliação institucional e do funcionamento do Poder Judiciário, tendo em vista o aumento da efi-

ciência, racionalização, incremento da produtividade e maior eficácia do sistema, garantindo mais **segurança**, celeridade e maior acessibilidade na realização dos serviços da Justiça;

X – manter o Banco de Dados do Poder Judiciário, contendo a integralidade das informações concernentes a número de magistrados, qualificação, unidades judiciais e sobre os serviços e o pessoal dos órgãos do poder, como instrumento essencial ao planejamento;

XI – manter centro nacional destinado à formação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, e ao desenvolvimento da administração e da pesquisa judiciária, com função inclusive de reconhecimento, coordenação e supervisão das escolas e de cursos da magistratura do país;

XII – elaborar com a participação dos demais órgãos do Poder Judiciário, o Código de Ética do Juiz Brasileiro;

XIII – exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentários e manifestar-se de ofício ou mediante consulta sobre os planos e programas de investimentos dos órgãos do Poder Judiciário;

XIV – facultativamente, a iniciativa de leis que disponham sobre a carreira de magistrado, organização e funcionamento do Poder Judiciário, e a prevista no art. 96, § 1º (é facultado ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa de leis sobre matéria processual, podendo dispor inclusive sobre requisitos de admissibilidade dos recursos, bem como sobre o processo e julgamento dos feitos de competência originária e recursal do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, e sobre direito civil, comercial, penal, eleitoral e do trabalho, devendo as proposições contar com a maioria absoluta de votos dos membros do Tribunal).

[...] §§ sobre atribuições do Ministro-Corregedor – escolhido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e sobre a natureza das Decisões do Conselho)

§ 10. Poderão dirigir-se ao Conselho, sobre qualquer matéria de sua competência:

I – a Mesa do Senado Federal;

II – a Mesa da Câmara dos Deputados;

- III – a Mesa da Assembléia Legislativa;
- IV – os Tribunais;
- V – o Procurador-Geral da República;
- VI – o Advogado-Geral da União;
- VII – o Defensor Público-Geral da União;
- VIII – o Procurador-Geral de Justiça de Estado ou do Distrito Federal;
- IX – o Procurador-Geral ou o Advogado-Geral de Estado e do Distrito Federal;
- X – o Defensor Público-Geral de Estado e do Distrito Federal;
- XI – o Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil;
- XII – a entidade máxima representativa da magistratura nacional, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 11. As reclamações ou representações temerárias serão punidas na forma da lei.

§ 12. É competente o Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do Conselho, nos crimes de responsabilidade, à exceção do Presidente. **(Observação: é da competência privativa do Senado Federal processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade (art. 52, inc. II, da atual Constituição) e é da competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, os seus próprios Ministros nas infrações penais comuns (art. 102, inc. I, “b”).**

[...]

Art. 2º, do Projeto. O Conselho Nacional de Justiça será instalado no prazo de cento e vinte dias, a contar da promulgação desta Emenda Constitucional, devendo as indicações e escolhas de seus membros ocorrerem até trinta dias antes do referido prazo.

Parágrafo Único. Enquanto não entrar em vigor a lei, o funcionamento do Conselho Nacional de Justiça será disciplinado mediante resolução.” (Grifo nosso)

2. Anteprojeto de Reforma do Poder Judiciário. Proposta da Comissão instituída pela Diretoria da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe/1998)

Os principais pontos de divergência são:

- a) a composição do Conselho Nacional de Justiça;
- b) o quórum de maioria absoluta passaria para dois terços, dado a gravidade da sanção de perda do cargo, disponibilidade e aposentadoria compulsória com proventos proporcionais, a ser imposta pelo Conselho Nacional de Justiça;
- c) acrescenta-se, entre os legitimados para denunciar irregularidades ao Conselho, a figura de qualquer cidadão, e outros atores políticos e públicos;
- d) diz que só o Supremo Tribunal Federal é competente não apenas para julgar as ações do Conselho Nacional de Justiça, mas também do seu Presidente e do Corregedor Nacional do Poder Judiciário.

Conforme o Projeto:

Art. 108. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de dois Ministros do Superior Tribunal de justiça, dois Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, um Ministro do Superior Tribunal Militar, três juízes representantes dos Tribunais Regionais Federais, um juiz representante dos Tribunais Regionais do Trabalho, três Desembargadores representantes dos Tribunais de Justiça, um advogado representante da Ordem dos Advogados do Brasil, um membro representante do Ministério Público Federal, um membro representante do Ministério Público dos Estados e três integrantes das entidades representativas da magistratura.

[...]

§ 6º. Compete ao Conselho, além de outras atribuições que lhe forem conferidas no Estatuto da Magistratura: (observação. destaco a que mais polêmica vem causando)

[...]

IV – processar e julgar as reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos Tribunais, podendo avocar processos disciplinares e determinar, pelo voto de 2/3, a perda do cargo, a disponibilidade ou a aposentadoria com proventos proporcionais, a suspensão

e a remoção e aplicar outras sanções administrativas previstas no Estatuto da Magistratura, assegurada sempre a ampla defesa do acusado;

[...]

§ 9º. Competirá exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar as ações que impugnem decisões do Conselho Nacional de Justiça, do seu Presidente ou do Corregedor Nacional do Poder Judiciário.

§ 10. Qualquer cidadão, órgão público, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades perante o Conselho Nacional de Justiça.

3. Modificações sugeridas, pelo Conselho da Justiça Federal, ao Substitutivo de Emenda à Constituição Federal n. 96, de 1992 (Anexo ao Ofício n. 081/96 – Conselho da Justiça Federal, de 08/06/96)

Primeiramente, é preciso esclarecer o que é o Conselho da Justiça Federal. Diz o art. 105, Parágrafo Único, da Constituição Federal:

Art. 105. [...] Parágrafo Único. Funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe, na forma da lei, exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus.

Esta é a Proposta (composição do Conselho Nacional de Justiça):

Art. 107. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, dois Ministros do Superior Tribunal de Justiça, um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, um Ministro do Superior Tribunal Militar, dois juízes representantes dos Tribunais Regionais Federais, dois juízes representantes dos Tribunais Regionais do Trabalho, três Desembargadores representantes dos Tribunais de Justiça, um advogado representante da Ordem dos Advogados do Brasil, um membro representante do Ministério Público, e um magistrado indicado pela entidade máxima representativa de toda magistratura nacional.

A justificativa que se dá para a sua proposta é seguinte:

A alteração visa tornar idêntica a representação de seguimentos do Poder Judiciário Federal, em seu âmbito regional, como é o caso dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho.

Por enquanto, os debates apenas começaram. Até porque, súmula com efeito vinculante e controle externo do Poder Judiciário, são apenas dois assuntos, embora de profundo relevo, de um motivo maior: a Reforma do Poder Judiciário brasileiro¹⁷⁸.

Então a Associação dos Juízes Federais do Brasil lançou um pequeno livro, exatamente sob o título “*Reforma do Judiciário – Propostas para debate*”, cujo conteúdo foi discutido no XV Encontro Nacional dos Juízes Federais (1998).

4. Proposta de Emenda à Constituição n. 96-A, de 1992 (apenas as PECs n. 112-A/95, n. 127-A/95, n. 215-A/95, n. 368-A/96 e n. 500-A/97). Comissão Especial destinada a proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição n. 96-A, de 1992, que “Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário”, e apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Autor: Deputado Hélio Bicudo. Relatora: Deputada Zulaiê Cobra

Ressalta-se, aqui, também:

- a) a surpresa que me provoca encontrar uma representação do Ministério Público (dois membros indicados pelo Procurador-Geral da República – art. 103-A, inc. VII) na formação de um controle externo da magistratura, enquanto, na mesma Proposta, ao se tratar do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A)¹⁷⁹ não se consagra, em sua composição, a participação de membros do Poder Judiciário. Creio que a quebra da isonomia seja injustificável, inclusive dada a importância que o “Parquet” assumiu com a atual Constituição brasileira;
- b) a requisição de servidores de Juízos e Tribunais, inclusive dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios para funcionar junto a este Conselho. Naturalmente, que esse procedimento provocará custos; e, por isso, deve ser levado a efeito com moderação e cautela.

178 Quanto ao Conselho Nacional de Justiça, na hipótese de vir a ser instituído, creio que não deve ser um mero instrumento de controle disciplinar, trazendo a implicação de perda do cargo de juiz por decisão administrativa; o que seria inegavelmente autoritário.

179 Ver o teor deste artigo da Proposta: “Art. 130-A O Conselho Nacional do Ministério Público, presidido pelo Procurador-Geral da República, compõe-se de mais dois membros do Ministério Público da União, três membros do Ministério Público dos Estados e três advogados, todos com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

Conforme a Proposta encaminhada com o Relatório:

Seção II-A

Do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 103-A O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de treze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

I – dois Ministros do Supremo Tribunal Federal, indicados pelo respectivo tribunal;

II – um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III – um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV – um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

V – um juiz estadual, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VI – um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII – dois membros do Ministério Público, indicados pelo Procurador-Geral da República;

VIII – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

IX – dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados por comissão representativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, observado o art. 93, XVI.

§ 1º. O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate.

§ 2º. Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal.

§ 3º. Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

§ 4º. Compete ao Conselho o controle de atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou assinar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a perda do cargo, recomendar a remoção, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou abuso de autoridade;

V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

§ 5º. O Ministro-Corregedor, escolhido dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, vedada a recondução, ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I – receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II – exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correção geral;

III – requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de Juízos ou Tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

§ 6º. Junto ao Conselho oficialão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º. A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, podendo representar diretamente ao Conselho Nacional da Justiça.

Enfim, para encerrar esses primeiros subtemas, que destino ao *devido processo legal*, não poderia deixar passar a oportunidade para dizer que legalidade, não retroatividade prejudicial ao cidadão, prazos de espera para a aplicação da lei, tentativas de concretização de critérios de igualdade são todos instrumentos assecuratórios a serviço da justiça.

Infelizmente, quase todas as vezes que se fala em segurança, os filósofos e os profissionais do Direito começam a procurar hipóteses sacrificantes de um ou outro valor.

O que tento demonstrar é que o movimento do meu raciocínio é exatamente o contrário, buscando tornar a segurança um meio de fazer justiça. É claro que essa é uma tarefa em permanente evolução. Mas, como disse Karl Popper (1982, p. 176):

O ideal de evitar o erro é um ideal pobre; se não tivermos a ousadia de abordar problemas difíceis em que o erro seja quase inevitável, o conhecimento não aumentará. De fato, são as teorias mais audazes, inclusive as erradas, as que nos ensinam. Ninguém está livre de cometer erros; o importante é aprender com eles. (POPPER, 1982, p. 176)

Ou, como diz a sabedoria popular: *é errando que se aprende*.

Destaco que o Conselho Nacional de Justiça foi instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que acresceu ao Texto Constitucional o art. 103-B, com o seguinte teor:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

I – um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal;

II – um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III – um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV – um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V – um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI – um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII – um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII – um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX – um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X – um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII – dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º O Conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal.

§ 2º Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI – elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;

III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

§ 6º Junto ao Conselho oficialarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

A seguir, o resultado de uma pesquisa realizada, entre magistrados federais brasileiros, no 18º Encontro Nacional dos Juízes Federais do Brasil, ocorrido entre 29 de agosto e 1º de setembro de 2001.

Nesse encontro, foi aferido que, para 61% dos juízes presentes, os cartórios são os principais responsáveis pela retenção de um processo (lentidão do Poder Judiciário), ratificando o levantamento feito pela Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, quando ainda juíza do

Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sediado no Rio Grande do Sul, que apontou: 10% (dez por cento) do tempo é tomado pelo juiz; 20% pelas partes (advogados) e 70% pelo cartório.

INSATISFAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COM O PODER EXECUTIVO

QUEM QUER ENFRAQUECER O PODER JUDICIÁRIO?			
	1º lugar	2º lugar	3º lugar
Poder Executivo	16	10	7
Poder Legislativo	-	8	7
Poder Econômico	9	9	4
Organizações Internacionais	9	7	7
Imprensa	-	-	2

A QUE SE DEVEM AS NOTÍCIAS CONTRA O JUDICIÁRIO?	
À incompreensão do funcionamento do Poder Judiciário	37%
À articulação do Poder Executivo	34%
À democratização da informação*	15%
Às acusações da CPI do Judiciário	11%
Falta assunto	1%
À perseguição da imprensa	1%
*anormal era a ausência de notícias sobre os problemas do Judiciário.	Fonte: Ajufe

Nota: Pesquisa realizada durante o 18º Encontro Nacional dos Juízes Federais do Brasil (29 de agosto a 1º de setembro de 2001).

3.3.5.4. QUESTÃO DE REPERCUSSÃO GERAL – PROPOSTAS

Este é um dos temas mais repetidos no âmbito da Reforma do Poder Judiciário brasileiro, que já está completando dez anos de tramitação no Poder Legislativo nacional.

No estágio atual, já remanescem dúvidas a respeito do desfecho satisfatório sobre essa Reforma Constitucional, inclusive porque existem indícios de que muitos beneficiam-se da morosidade judiciária que impera

no País. É o chamado “desvio ético”, conforme a definição do Ministro e Presidente do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Mello.

Sem a agilidade necessária, e com um crescimento notável de novas demandas, estão os tribunais abarrotados de processos.

Provavelmente, isso ocorre menos por força do Texto Constitucional, e muito mais em razão do regime jurídico infraconstitucional mutante e pela manutenção de dispositivos processuais antiquados e desadequados para a realidade em que se vive.

Refiro-me à legislação processual com o excesso na combinação de recursos em uma mesma causa e com um processo de execução arrastado. Logo, o debate em torno dos códigos processuais (civil, penal, etc.) é algo central a qualquer discussão séria e ponderada sobre o crescimento da contenciosidade brasileira.

Por outro lado, quando se fala em reforma judiciária é preciso imaginar que são várias as óticas em que ela poderá ser visualizada. Há um ponto de vista dos advogados, outro dos magistrados de 1ª instância, outro dos juízes dos tribunais intermediários, e mais um outro dos ministros dos tribunais superiores. Sem falar no Ministério Público, órgão que conquistou prerrogativas bem amplas no Texto Constitucional.

O risco é o de que a reforma seja feita sem considerar a multilateralidade de interesses, pois contemplar a todos é muito difícil.

Dentro desse ambiente, independente dessa reforma geral, mini reformas tem sido feitas. Às vezes, por intermédio de Emendas Constitucionais; em outras, por meio do filtro jurisprudencial.

Quanto à última maneira, por exemplo, a Súmula n. 256, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que firma a impossibilidade da utilização de “protocolo integrado” – que permite à parte a interposição do recurso no órgão inferior, que o remete para a instância superior –, em relação aos recursos destinados a esse Tribunal Superior.

Em suma, em agosto de 2001, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o sistema de “protocolo integrado” não se aplica aos recursos a ele dirigidos. Assim, obstáculos processuais tem sido criados de modo a promover a contenção da remessa dos recursos.

Dentro da mesma linha, tem-se, no Brasil, ampliado os poderes dos órgãos singulares componentes dos órgãos colegiados. Refiro-me à am-

pliação dos poderes do juiz relator, diante do chamado agravo interno, um tipo de recurso apresentado contra decisões tomadas no próprio Tribunal.

É sob esse espírito que merece ser feita a análise da denominada “questão de repercussão geral”.

Trata-se de mais um instituto proveniente da inflação normativa e do excesso de contenciosidade de uma sociedade que procura descortinar os seus direitos perante um Poder Judiciário que sente dificuldades de responder a essa vazão. Para este instituto, pode-se buscar justificativas teóricas e práticas.

Há um aumento descomunal de jurisdicionados, inclusive a considerar pessoas que buscam sair do pejo da exclusão social. Isso provoca um tipo diferente de inflação: a de processos. Em uma sociedade de consumo, com o aumento populacional, com a mobilização das pessoas para as grandes cidades, tudo compõe uma variável que surpeende o Poder Judiciário dotado de uma antiga estrutura. Assim, pretendendo evitar uma análise quase impossível, tal a quantidade de processos, começa-se a filtrá-los.

Nessa atitude defensiva, procura-se incentivar argumentos simpáticos a favor das iniciativas para que se pretende conduzir. Afirma-se que o juízo sobre o pressuposto de admissibilidade recursal da repercussão, não apenas não traria prejuízos para os jurisdicionados, como, bem ao contrário, traria evidentes benefícios.

Estaria-se valorizando as decisões das instâncias inferiores e permitindo um maior e melhor desempenho por parte das instâncias superiores.

O problema, então, concentraria-se na flexibilidade sobre o que é “repercussão geral”, sobre como identificar as causas marcadas pelo maior relevo social, econômico, institucional ou jurídico. Sendo, aparentemente, um conceito vago, indeterminado, haveria um âmbito de discricionariedade. Para alguns, indesejável. Nesse momento, costuma-se buscar o auxílio do direito comparado para verificar como tem sido equacionado o problema.

No Direito alemão, encontram-se as causas de significação fundamental, que comportam o recurso de revisão, o equivalente aos recursos especial e extraordinário brasileiros.

Na literatura germânica (WEYREUTHER, 1971, p. 24 e ss.), parece que os indicativos da relevância mais apontados seriam:

1. quando houvesse uma “construção encoberta do direito”, ou seja, quando o Tribunal Superior discordasse da decisão recorrida;
2. quando se tratasse de uma “interpretação difícil do direito e muito debatida”;
3. quando houvesse um “largo espectro subjetivo de abrangência”;
4. quando a decisão recorrida fosse “tão injusta” ao ponto de exigir uma construção *praeter* ou *contra legem*;
5. quando houvesse a necessidade de correção da lei, pelo legislador;
6. quando a questão fosse muito discutida na jurisprudência e na literatura;
7. quando o Estado fosse parte;
8. quando tivesse uma “significação geral”;
9. quando a questão houvesse sido “pobremente decidida”, demandando ainda esclarecimentos;
10. quando em favor da unidade da interpretação do Direito. Assim, seriam evitadas as questões isoladas e aquelas sobre as quais não mais comporta discussão.

Respeitosamente, creio que aquilo que foi chamado de indicativos positivos vão pouco além do sentimento de subjetividade que o senso comum tem apontado, ainda mais quando se toma em conta a situação brasileira, em que o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) é o principal ator no avassalador volume de processos.

Entendo, contudo, que um dos chamados indicativos merece uma mais intensa reflexão. Refiro-me ao que propugna evitar causas isoladas e sobre as quais a jurisprudência já foi pacificada.

No estágio atual do Direito brasileiro, ao menos no que se refere às causas de jurisprudência assente, o Poder Público, independentemente de mudanças legislativas, poderia tomar a iniciativa; e deixar de recorrer. Não o faz.

Nos Estados Unidos da América do Norte, costuma-se apontar, como paradigma nesse assunto, a *Rule 19 of the Supreme Court of the United States*.

Seriam estes os referenciais para que uma questão se demonstre digna de ser submetida à Suprema Corte (*writ of certiorari*), reconhecendo-se que se trata de um **ato político**¹⁸⁰:

1. quando a Corte estadual decidir sobre questão substancial antes da determinação da Suprema Corte (Regra 19);
2. quando a Corte estadual provavelmente houver decidido em desconformidade com as decisões da Suprema Corte (Regra 19);
3. quando uma Corte decidir em conflito com a decisão de uma outra Corte;
4. quando, pela importância da questão federal, deveria ser decidida pela Suprema Corte, mas não foi;
5. quando for identificado erro procedimental cometido pela Corte inferior;
6. quando a causa disser respeito ao Poder Judiciário, à Federação, à Separação dos Poderes, à Segurança Nacional e assuntos do exterior, a liberdades civis e processo criminal, ao devido processo legal e à isonomia; enfim, às normas de direito federal relativas aos direitos fundamentais.

Na Argentina, a Lei n. 23.774, de 5 de abril de 1990, tratou do assunto, admitindo a repercussão social como pressuposto de admissibilidade objetivo do seu recurso extraordinário. Neste País, a denominação aplicada é a da “*gravidade institucional*”.

Alterado pela Lei supra, o art. 280, do Código de Processo Civil e Comercial argentino, registra:

A Corte, segundo sua discricionariedade sadia, e com base na invocação desta norma, poderá não admitir o recurso extraordinário, por falta de lesão suficiente ao direito federal ou quando as questões existentes forem sem substância ou careçam de transcendência.

Como é possível observar, noções como “*discricionariedade sadia*” e “*transcendência*” são abertas e vagas, permitindo, efetivamente, um juízo político.

Também o direito brasileiro precedente comportou um instituto que, se não for análogo à “*questão de repercussão geral*”, muito dele se aproxima.

¹⁸⁰ Ver www.ourem.cjb.net, nos sites selecionados sobre o Direito norte-americano.

Refiro-me à antiga “*relevância da questão federal*”, que parece haver sido contaminada e antipatizada pela proximidade mantida com o regime ditatorial militar.

Na colheita da jurisprudência da época, formada junto ao Supremo Tribunal Federal, podem ser retiradas algumas conclusões, a saber:

Eram casos de “*relevância da questão federal*”:

1. quando se aplicava a lei revogada, ignorando o direito vigente, e gerando a incerteza jurídica;
2. quando se violava a coisa julgada;
3. quando se discutia princípios constitucionais, como a irretroatividade, tal como ocorreu com a Lei n. 6.899/81 (correção monetária);
4. quando se discutia finanças públicas, tal como o instituto do precatório, ou o termo inicial da prescrição em matéria tributária;
5. quando se discutia matéria de índole processual a ser reproduzida em outros casos, etc.

Veja-se, pela análise do Direito Comparado colhido apenas exemplificativamente, que as *relevâncias* podem ser de inúmeros tipos: social, econômico-social, jurídica, etc.

Logo, a adoção do instituto da “*questão de repercussão geral*” é mais uma matéria de conveniência e de oportunidade do que uma exigência técnica, não cabendo o argumento que escamoteia diferenciá-la da antiga “*questão relevante*”¹⁸¹, apontando esta última como subjetiva, e a primeira como algo objetivo e impassível de juízo discricionário.

De fato, afirmar-se que se tudo é importante nada verdadeiramente o será, é um ponto de vista respeitável. Mas não se trata disso. Realmente, todas as matérias que chegam ao Poder Judiciário não apenas são importantes ou relevantes, como já se encontram com um certo ou razoável atra-

181 A instituição da *arguição de relevância da questão federal* foi, na verdade, introduzida, pela primeira vez no Brasil, por Emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em 1965, inspirada pelo então Ministro Victor Nunes Leal. Provavelmente, a origem mais imediata da *questão relevante* foi o “*writ of certiorari*”, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, buscando limitar a jurisdição do Supremo Tribunal Federal às questões importantes para a Federação. Também foi ele quem introduziu, no direito nacional, como membro da Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a experiência das Súmulas, fundadas na doutrina do “*stare decisis*” e nos “*restatements of laws*”, do direito anglo-americano.

so. Afinal, o conflito não surge no momento em que se dá a distribuição do feito no setor próprio. Ele vem antes, às vezes muito antes.

Por esse prisma, o Poder Judiciário é fadado a estar sempre atrasado. A questão é que o atraso está ultrapassando a barreira do bom senso, existindo causas de dez, 20 ou mais anos.

Logo, o tema verdadeiro é o de se encontrar a solução possível, que pode não ser a “*solução ótima*”, diante da carga de trabalho, extraindo-se o melhor proveito para a sociedade. Afinal, do modo como o Poder Judiciário brasileiro tem funcionado, caminha-se a passos largos para a inviabilidade.

Resolver este problema principal, possivelmente, mas não necessariamente, poderá trazer um acréscimo de qualidade, ao menos nos tribunais que encimam a ordem jurídica brasileira.

É, inclusive, necessário estabelecer qual a exata finalidade desses tribunais¹⁸². Se eles têm por finalidade última fazer justiça no caso concreto, ou se lhes basta uniformizar o direito (constitucional ou lei federal), de modo a fortalecer a unidade federativa.

Poderia-se dizer que a força de um acórdão unânime de um Supremo Tribunal Federal ou de um Superior Tribunal de Justiça traria consigo uma qualidade imanente de justiça.

Pessoalmente, creio que não. Aliás, não me parece equivocado dizer que um acórdão por maioria, provavelmente, possa conter esse atributo com um maior índice de segurança. Explico o porquê, e acredito que me farei entender sobretudo por aqueles que trabalham junto aos tribunais.

Com a palavra o relator, diz o Presidente. O relator fornece o seu voto, e, em seguida, é passada a palavra para os demais pares. Quando nenhum deles se pronuncia, é possível que sequer esteja prestando a atenção necessária para a causa. Bem ao contrário, quando se instaura o debate. Quanto mais intensa for a discussão, mais aquela causa será analisada, sopesada em seus vários ângulos.

Quanto ao campo tributário, nada a dizer sobre a matéria, pode significar que por ela não se interesse, ou se não a conheça de maneira a

182 Disse Nelson Nery Júnior (1996, p. 246) sobre o recurso especial: “são meios excepcionais de impugnação das decisões judiciais”, não se prestando “à correção de injustiças e se destinam à uniformização do entendimento da lei federal”.

participar da discussão. Em uma hipótese ou em outra, não foi cumprido o devido processo legal em sua integridade.

Mas não será possível penetrar no foro interno de cada juiz. Enfim, não se imagine que a multiplicação de instâncias signifique um veículo necessário de justiça.

De fato, a “*questão de repercussão geral*” funciona como um instituto que, ao mesmo tempo em que procura viabilizar o desempenho do tribunal, não lhe retira qualquer parcela de poder, sequer exigindo a sua ampliação em número de membros.

Logo, não reduz poder, e talvez o confira ainda mais, pois, muitas vezes, participará da simples escolha dos seus integrantes a decisão de se pronunciar ou não sobre uma demanda.

Não se trata, portanto, de discutir apenas se a técnica de administração da justiça implica em negativa de acesso ao Poder Judiciário, violando a ubiquidade ou a inafastabilidade da jurisdição; ou se há um dever social dos tribunais superiores de examinar toda e qualquer questão, nem mesmo se seria incompatível com um tribunal de cúpula a análise de questões miúdas e que só interessariam ao ambiente das partes. Não é só. A questão é a de se, diante do volume avassalador de demandas, essa é uma das melhores alternativas a ser aplicada. A resposta é política, mas precisa existir logo.

Alguma solução minimizadora do impacto provocado pelo número de processos precisa ser posta em prática, tal é a escala de conflitos caracterizadores das sociedades contemporâneas.

Diante do exposto, seguem, mais adiante, duas Propostas de Emendas Constitucionais sobre a “*questão de repercussão geral*”, acompanhadas das suas respectivas justificativas. Basicamente, pretendem:

- a) introduzir para o recurso especial (uniformização da interpretação da lei federal) aquilo que, em Proposta de Emenda Constitucional, já se afigura para o recurso extraordinário (uniformização da interpretação da Constituição Federal); ou seja, que a “*questão de repercussão geral*” atinja ambos;
- b) alterar a exigência do quórum qualificado de dois terços, para o pronunciamento sobre esse importante requisito de admissibilidade, em favor da maioria simples.

Emenda n. – Comissão de Constituição e Justiça.

Acrescente-se, onde couber, o seguinte § 2º ao atual art. 105, da Constituição Federal. Em consequência, o atual Parágrafo Único é transformado em § 1º:

Art. 105. [...]

§ 1º. [...]

§ 2º. No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões federais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso.

Justificação

A presente Emenda tem o objetivo de estender a chamada argüição de relevância, que a Proposta de Emenda Constitucional em pauta pretende estabelecer como pré-requisito para o conhecimento do recurso extraordinário, também para o recurso especial.

Com efeito, da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal está hoje congestionado pela enorme quantidade de recursos extraordinários que são protocolados, o Superior Tribunal de Justiça também se encontra asoberbado com uma infinidade de recursos especiais, impondo acúmulo de processos e morosidade na prestação jurisdicional.

Dessa forma, estamos propondo a extensão da chamada argüição de relevância, mediante a qual o recorrente deve demonstrar a repercussão geral da questão discutida no processo como requisito para que o Tribunal conheça e julgue o recurso apresentado.

Tal adoção é de fundamental importância para que os processos tramitem com rapidez e seja prestado aos jurisdicionados um melhor serviço pelo Poder Judiciário.

Ante o exposto, solicitamos o apoio dos nobres colegas para a aprovação da presente Emenda à PEC n. 29/2000.

Emenda n. – Comissão de Constituição e Justiça.

Dê-se a seguinte redação ao § 4º, do art. 102, que a Proposta de Emenda Constitucional n. 29, de 2000, acrescenta à Constituição Federal pelo seu art. 12:

Art. 12. [...]

Art. 102. [...]

§ 4º. 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.

Justificação

A nova redação que estamos propondo para o § 4º, do art. 102, que o art. 12, da PEC n. 29, de 2000, acrescenta à Constituição Federal, tem o objetivo de suprimir a expressão final somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros contida no referido dispositivo.

Ocorre que tal expressão trará o efeito prático de limitar, em muito, o instituto da argüição de relevância que se está pretendendo instituir, o que poderá comprometer a própria eficácia do preceptivo. Agindo assim, o legislador estará, nas palavras da sabedoria popular, “dando com uma mão e retirando com a outra.”

Ademais, o trecho que pretendemos suprimir traz, no seu bojo, uma contradição de ordem formal, porquanto para se recusar o recurso extraordinário são necessários os votos de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, enquanto que a decisão sobre o mérito do recurso, uma vez aceito, poderá ser tomada por maioria simples.

Ante o exposto, solicitamos o apoio dos nobres colegas para a aprovação da presente Emenda.

Em suma, até aqui, a “*questão de repercussão geral*”, dentro do espírito que se pretendeu demonstrar, deveria ser aplicada ao recurso especial (Superior Tribunal de Justiça) e ao recurso extraordinário (Supremo Tribunal Federal).

Acontece que o Tribunal Superior do Trabalho, buscando a mesma fundamentação, pretende vê-lo acolhido também na seara do recurso de revista.

Portanto, mais um tribunal superior pretendendo possuir o instituto. Seria a aplicação do “*critério da transcendência*” na área trabalhista.

Para isso, sublinha-se o fato de que, também ele, é um tribunal superior, podendo lhe ser estendida a ideia vetora da Suprema Corte norte-americana e do antigo sistema da argüição de relevância nacional.

Aqui, fala-se em *transcendência* jurídica, política, social, econômica, e em como funcionaria a seleção das causas, de modo a uniformizar a aplicação destes distintos critérios.

Sim, porque também na aplicação do novo incidente processual poderia haver disformidades violadoras do princípio constitucional da isonomia. Aqui, propõe-se que os embargos, um outro recurso, poderiam exercer esta tarefa, fixando-se as “*hipóteses concretas e os conceitos palpáveis*” do que sejam causas jurídica, política, social ou economicamente transcendentais.

Ocorre que chega a existir proposta no sentido de investir a Justiça trabalhista deste estratagema, por meio da simples modificação da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Eis a Proposta de alteração do texto infraconstitucional:

Art. 896-A [...]

[...]

§ 2º. O Tribunal, ao apreciar recurso oposto contra decisão que contrarie a sua jurisprudência relativa à questão transcendente, salvo o caso de intempestividade, dará prazo para que a parte recorrente supra o não-preenchimento de pressuposto extrínseco do recurso.

§ 3º. O Tribunal não conhecerá de recurso fundado em aspecto processual da causa, salvo com apoio em disposição constitucional direta e literalmente violada, quando o tema de fundo estiver pacificado em sua jurisprudência no sentido da decisão proferida pelo tribunal inferior.

Ainda em socorro desta iniciativa, aponta-se o princípio da instrumentalidade das formas. Contudo, parece que o caminho da Emenda Constitucional também é o mais cogitado para o tribunal superior especializado, ficando o recurso de revista ao lado dos recursos extraordinário e especial.

Vale destacar que a Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu o §3º no art. 102 da CF/88, que versa sobre a obrigatoriedade da demonstração da repercussão geral, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário no Eg. STF, com o seguinte teor:

Art. 102 [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos ter-

mos 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.

Com o objetivo de regulamentar o citado dispositivo constitucional, foi publicada a Lei n. 11.418, de 2006, que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil.

Consta no sítio do Supremo Tribunal Federal que o pressuposto de admissibilidade em questão é exigido nos recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados a partir de 3 de maio de 2007, data da entrada em vigor da Emenda Regimental 21/07 ao RISTF, que estabeleceu as normas necessárias à execução das disposições legais e constitucionais sobre o novo instituto.

CAPÍTULO 4

O DIREITO BRASILEIRO, AS LACUNAS CONSTITUCIONAIS, O SILÊNCIO ELOQUENTE E OS CONCEITOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS INDETERMINADOS

4.1. O DIREITO BRASILEIRO E AS LACUNAS – PREVISIBILIDADE LEGISLATIVA

A existência de ordenamentos jurídicos que permitem ao órgão julgante a abstenção do julgamento é logicamente possível e comprovada historicamente. Convém lembrar que houve época em que vigorou a idéia de que na falta de norma expressa, o juiz deveria abster-se de julgar, como era o caso do pretor romano. ‘Non liquet’ era a fórmula empregada pelo magistrado ao perceber que não dispunha de elementos para decidir. AULUS GELLIUS conta um caso em que o Aerópago de Atenas deixou de julgar, citando as partes para que comparecessem aos 100 anos”. (DINIZ, 1989, p. 104)

O tema das lacunas é uma questão aberta, ou, como preferem alguns, uma *aporia*¹⁸³. Quanto à função das lacunas, aqueles que as reconhecem costumam, em síntese, afirmar:

¹⁸³ Theodor Viehweg (1964, p. 49), em sua *Tópica e Jurisprudência*, conceitua *aporia* como sendo um problema que não é possível afastar, para o qual ainda falta um caminho, aquilo onde remanesce a dúvida.

1. que a sua previsão legal fixa os limites para as decisões dos magistrados, estabelecendo que os mesmos não podem dizer que não julgam (proibição do *non liquet*)¹⁸⁴, porquanto não encontrem norma para regular o caso concreto que se enfrenta;
2. que elas justificam a atividade do Legislativo, pois, se não existissem mais normas a elaborar, este Poder perderia a sua função precípua.

Mas esse não é um tema simples, em que se possam adotar posições definitivas. O Direito não é apenas norma, havendo a necessidade de uma preparação filosófica, sociológica, dentre outras, para habilitar o seu aplicador. É preciso ir além da superfície dos fenômenos jurídicos, buscando penetrar nos seus fundamentos explicativos e justificativos.

Há a necessidade de se ir além das normas e dos fatos, perquirindo-se valores. Há uma interdependência entre as normas, os fatos e os valores. Quando houver um desencontro entre eles, surge a lacuna.

Partindo dessa convicção, afirmo que o sistema jurídico é aberto, pois o Direito é um fenômeno dinâmico. Quanto à abertura do sistema jurídico, Claus-Wilhelm Canaris, em *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, entre as suas teses, propunha que a abertura não era apenas da doutrina, mas da própria ordem jurídica objetiva, diante da mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais, encontrando o Direito como um fenômeno situado no processo histórico, e, por isso, mutável. (CANARIS, 1989, p. 281)

A constatação da mudança não impede, contudo, que se pretenda a segurança, mediante a previsibilidade.

184 Segue acórdão do Supremo Tribunal Federal, em que se decide sobre despesas do processo de execução efetuadas pelo exequente, que, segundo a decisão, deveriam ser atribuídas ao arrematante. Nele, o mais elevado Tribunal do País assevera que não pode o juiz eximir-se de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei: “[...] Não se há de ter como havendo maltrato ao art. 153, § 2º, da Constituição Federal, se o Acórdão decidiu com aplicação dos princípios legais cabíveis à espécie, com base no art. 126, do Código de Processo Civil, já que não pode eximir-se de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei. A regra aplicável, no caso, é a de que não cabe o enriquecimento indevido de um, a custa de outrem [...]” (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 108415. São Paulo. DJ 11.03.88, p. 4745. Ementário Vol. 1493-03, p. 416. Relator Ministro ALDIR PASSARINHO. Julgamento em 01.12.87. 2ª Turma. Unânime)

É o que disse Claus-Wilhelm Canaris, sublinhando que o conceito de sistema, mesmo perante o ondulamento dos valores, vem em favor de um Direito ordenado, mais propício à segurança do que a irregular multiplicidade das normas singulares e desconexas.

Eis Canaris, advertindo no sentido de que a manutenção de um sistema favorece a igualdade e a segurança, permitindo uma maior continuidade da legislação:

Longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a idéia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização.

Acontece ainda que outro valor supremo, a segurança jurídica, aponta na mesma direcção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito – para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras.

Assim, o pensamento sistemático radica, de facto, imediatamente, na idéia de Direito (como conjunto dos valores jurídicos mais elevados). (CANARIS, 1989, p. 22)

Isso não significa o abandono do pensamento tópico, mas um mútuo complemento entre ambas as formas, sistemática e tópica¹⁸⁵.

Ou, “a oposição entre o pensamento sistemático e a tópica não é, assim, exclusivista. Ambas as formas de pensamento antes se completam mutuamente, interpenetrando-se, até, em parte”. (CANARIS, 1989, p. 289).

185 “A tópica moderna, com raízes históricas ricas, pressupõe um pensamento jurídico alheio à idéia de sistema. Como tal, é inaceitável, em Direito. Em termos materiais, matizada pelo sistema, a tópica tem relevo a vários níveis; não enquadra, no entanto, as manifestações da boa fé.” (Grifo nosso) (CORDEIRO, 1997, p. 1297)

De tal ordem que, mesmo a opinião da maioria, que é uma característica do raciocínio tópico, não chega a ser um ancoradouro seguro; pois são diversas as doutrinas que se completam em seus critérios e premissas.

No entanto, inicialmente, faz-se imperioso, por um dever de imparcialidade, dizer que, de acordo com o exame que fiz da jurisprudência brasileira, não é inusual a afirmação de que o Direito é um sistema que contempla uma unidade, não sendo, logicamente, aceitável a tese de que ele apresente lacunas ou contradições, cumprindo ao Judiciário harmonizar todo o sistema.¹⁸⁶

Ou, quando muito, pode a lide ser decidida por meio da analogia¹⁸⁷; isso se houver lacuna na legislação. A analogia seria semelhança e similitude, não implicando em identidade, pois é na semelhança que se admite diferenças.¹⁸⁸

De fato, o problema da lacuna, salvo por alguns suspiros doutrinários, tem sido deixado à margem dos principais debates jurídicos nacionais, à

186 Entre outros: Recurso Especial n. 178208. Rio de Janeiro. Diário de Justiça 13.10.98, p. 216. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Decisão de 08.09.98. 6ª Turma. Unânime. Esta decisão trata dos famosos, no Brasil, 84,32%, a título de supressão de valores promovida por um Plano Econômico. O Ministro Relator, ressalvando o seu entendimento, ajusta-se àquele contrário, proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

187 Marcelo Rebelo de Sousa, em sua *Introdução ao Estudo do Direito*, estudando o direito português, distingue entre *analogia legis* e *analogia juris*, afirmando que: “Pois bem, são dois os processos comuns de integração de lacunas no Direito português. A ‘analogia legis’ e a ‘analogia juris’. E quando há, então, ‘analogia legis’? Sempre que os casos que o Direito não preveja sejam «regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos» (Art. 10º, n. 01, do Código Civil). Decisivo, portanto, é saber o que são esses casos análogos. Mas a lei responde – são aqueles em que procedem as mesmas razões justificativas que no caso omissis (Art. 10º, n. 02, do Código Civil). Um exemplo de ‘analogia legis’ é o recurso à lei que regula a difusão televisiva por sistema hertziano tradicional para reger matérias de televisão por cabo, relativamente às quais exista lacuna legal. E se não for possível a ‘analogia legis’? O passo seguinte é a ‘analogia juris’. A ‘analogia juris’ nasce da impossibilidade de recorrer a uma regra determinada. Por isso, obriga a olhar para o conjunto do ordenamento jurídico e, a partir da conjugação integrada das várias regras que o compõem, permite retirar uma orientação operatória. Numa palavra, apela aos princípios jurídicos e, daí, retira uma disciplina para o caso. Que fazer se não se descobrir um caso análogo? [...] Três degraus, portanto, caracterizam o processo de integração de lacunas. 1) A analogia da lei, ou ‘analogia legis’ com recurso a uma regra determinada, normalmente legal. 2) A analogia do Direito, ou ‘analogia juris’, com recurso a um princípio jurídico determinado, normalmente induzido das regras legais. 3) A norma que o intérprete cria, que apela ao espírito global do sistema jurídico português.” (SOUSA; GALVÃO. 1998, p. 69-75)

188 Ação Rescisória n. 259. Distrito Federal. Diário de Justiça 07.03.95, p. 3606. Revista do Superior Tribunal de Justiça V. 58, p. 17. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Decisão de 30.11.93. 1ª Seção. Unânime.

parte o reconhecimento de lacunas em sentenças – supríveis mediante embargos declaratórios, e em denúncias criminais – supríveis se não houver prejuízo para a defesa.¹⁸⁹

Não que o tema não tenha a sua importância¹⁹⁰, pois tem; mas porque assim se prefere fazer. Se essa é a opinião da maioria, não significa dizer que mereça ser seguida cegamente. Recordo-me de uma história intitulada por “**E Deus riu ...**”, que se encontra no Capítulo I, de *O Direito como Sistema Autopoiético*, de Gunther Teubner. Nela, busca-se demonstrar que nem sempre o lugar comum da maioria é uma circunstância inabalável. Veja-se:

Capítulo I. ‘E Deus riu...’ Indeterminação, auto-referência e paradoxo no direito. Narra uma velha história que, durante aceso debate a propósito

189 Faço esta afirmação, mesmo reconhecendo que existem vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, onde, se não são encontradas lacunas, ao menos surge o assunto para debate. Em muitos deles, a conclusão é a de que o direito não apresenta lacunas, nem contradições, cabendo ao Judiciário promover a harmonia das normas em vigor.

Embora seja esta a opinião predominante, indico entre os casos jurisprudenciais de realce na jurisprudência brasileira: o art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispunha que, nas partes omissas ou não recepcionadas do Decreto-lei n. 406/68, que dispunha sobre o Imposto incidente sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, caberia ser instituído Convênio entre os Estados da Federação brasileira, mesmo sendo a matéria, no Texto Permanente, reservada à Lei Complementar (STF. Recurso Extraordinário n 149922. São Paulo. DJ 29.04.94, p. 9733. Relator Ministro Ilmar Galvão. Tribunal Pleno. Unânime); os usos e os costumes comerciais poderiam, excepcionalmente, suprir as lacunas ou as deficiências da lei, jamais podendo os Tribunais os acolherem contra preceito legal expresso. (Recurso Extraordinário n. 14465. DJ 06/01/54, p. 126. Relator Ministro Afranio Costa. Ementário Vol. 159-01, p. 129). Também, na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, suscita-se a questão de, em havendo sido declarada a inconstitucionalidade de uma lei, se seria possível falar em lacuna. Esta questão dizia respeito ao Imposto sobre a Renda e Proventos de qualquer natureza. O Supremo Tribunal Federal, alegando a inexistência de ameaça à solvência do Tesouro Nacional, repeliu o que chamou de *lacuna jurídica ameaçadora* (Ação Direta de Inconstitucionalidade 513. Distrito Federal. DJ 30/10/92, p. 19514. Revista Trimestral de Jurisprudência Vol. 141-03, p. 739. Relator Ministro Célio Borja. Tribunal Pleno. Unânime). Outra questão de destaque foi aquela em que se discutiu o “crime de computador”, pela publicação de cena de sexo infanto-juvenil, mediante a inserção em rede BBS/INTERNET de computadores. O fato foi atribuído a menores. Discutiu-se se, não havendo o tipo “crime de computador”, existiria lacuna na lei. A conclusão foi a de que o meio técnico para realizar a conduta típica pode até ser posterior à edição da lei, o que não implicaria em lacuna, haja vista que *a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo.* (Habeas Corpus 76689. Paraíba. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 1ª Turma).

190 Na Carta de Una, formulada pelos Procuradores da República brasileiros, que se reuniram entre 28/10 e 02/11/98, no Município de UNA – Bahia (XV Encontro Nacional para comemorar os 25 anos da Associação Nacional dos Procuradores da República e os 50 anos da Declaração dos Direitos do Homem, além dos 10 anos da Constituição brasileira atual) foi formulada, entre as conclusões do Encontro, a seguinte: “As lacunas e as deficiências da legislação penal e processual penal são uma das principais causas de impunidade”.

de um certo problema levantado pela interpretação do Talmude e sobre o qual nenhum consenso havia sido conseguido, o rabino ELIEZER, cujo pensamento jurídico rigoroso e elegante não era seguido pela maioria dos presentes, afirmou que, se o seu raciocínio fosse correcto, um ulmeiro situado fora da sinagoga se deslocaria.

Quando a árvore se moveu de facto, os restantes rabinos não pareceram impressionados. ELIEZER vaticinou então que, caso estivesse com a razão, o curso de um rio vizinho inverteria a sua direcção, o que efectivamente aconteceu; acrescentou ainda que os muros da escola rabínica se desmoronariam, o que de novo sucedeu. Estas maravilhas não convenceram, no entanto, os rabinos.

Por fim, proclamou solenemente que o próprio Céu faria a prova da sua razão. Foi então que uma voz celeste confirmou a opinião de ELIEZER. Todavia, até mesmo desta voz os rabinos discordaram, dizendo: 'Não podemos dar atenção à voz divina porque Tu mesmo escreveste na Torah, no Monte Sinai, que nos devemos inclinar perante a opinião da maioria'. E Deus riu então, repetindo: 'Os meus filhos venceram-me, os meus filhos venceram-me.' (Talmude da Babilónia, Baba Mezia, 59b). (TEUBNER, 1989, p. 1)

Feitas tais considerações, cabe, agora, verificar que o Direito positivo brasileiro optou por deter vários dispositivos sobre os temas da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito e da equidade; permitindo, contudo, a esta última, em certas situações previstas em lei, a temperança normativa como elemento conducente à interpretação.

No entanto, antes de passear pela legislação nacional, recomenda-se lançar alguns elementos sobre como esses institutos são entendidos por um dos mais prestigiados autores brasileiros, particularmente nos lindes da hermenêutica e da aplicação do Direito. Refiro-me a Carlos Maximiliano (1981, p. 172 e ss.). Veja-se as suas lições:

1. Analogia.

É uma *semelhança de relações*, no sentido mais tradicional, que é o matemático.

O seu fundamento menos está na vontade presumida do legislador, e mais no princípio da igualdade, que traz a exigência de que situações semelhantes devam ser reguladas por normas semelhantes.

De outro modo, *atos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico*. Aplica-se ao caso novo a regra fixada para outro, mas semelhante àquele.

2. Costume.

Resulta da prática diurna e uniforme.

Exerce duas funções. A primeira, completando o Direito escrito, e, de tanto, preenchendo lacunas. A segunda, funcionando como elemento de hermenêutica, auxiliando a interpretação.

O problema está, muitas vezes, no fato da dificuldade de verificar a sua formação, pois ele se constitui pouco a pouco e de maneira incoercível.

Ordinariamente, são classificados em três espécies: *secundum legem* (previsto na lei, que a ele se refere ou manda observá-lo; e é o mais prestigiado), *proeter legem* (substitui a lei nos casos de silêncio, preenchendo lacunas) e *contra legem* (em sentido contrário às disposições escritas).

Em princípio, o costume *contra legem* ¹⁹¹ não é aceito no Brasil, pois o art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil prescreve que *a lei só se revoga por outra lei*.

Ainda quanto aos costumes, no Brasil, deve receber destaque a chamada *Lei da Boa Razão*, de 18 de agosto de 1768. Ela, no § 14, declarava observável o costume *conforme a boa razão*, que não fosse contrário às leis, e *tão antigo que excedesse o tempo de cem anos*.

Quanto ao prazo dos cem anos, parece ter havido exagero ou inadequação, dado que a duração prefixada não é da essência do instituto do costume, que é impreciso, não sendo fácil detectar o seu termo inicial.

É verdade que quanto maior for o prazo, maior também poderá ser o seu valor.

Enfim, o costume precisa ser uniforme, público, multiplicado por largo espaço de tempo, e tolerado pelo legislador.

191 Note-se que a negação é a do costume *contra-lemem*. De fato, no direito tributário brasileiro, há espaço para a aplicação do costume como um redutor da vaguidade da lei. Neste sentido, estão: a) o art. 100, inc. III: “São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: [...] III – as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas”; b) o art. 146: “A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.”

Em face da inexistência de norma constitucional sobre a reedição de medida provisória, e do seu acatamento pelos tribunais superiores, poder-se-ia indagar se isso não se trataria de um costume para além da lei.

Creio que não. Afinal, reconhecendo que a interpretação varia conforme o ramo do direito, encontro, no Direito Público; e, especialmente, no Constitucional, princípios como o de que à autoridade pública não é dado fazer senão o que a lei prescreve, ou só é permitido fazer aquilo que a lei diz que pode ser feito. Costume não revoga lei, menos ainda a Constituição.

3. Princípios Gerais do Direito.

Aqui, parece habitual partir-se do raciocínio de que o conjunto das regras positivas é uma espécie de síntese de um complexo sistema orgânico.

Os princípios gerais, segundo a doutrina mais acatada no Brasil, detêm graus de maior ou menor amplitude.

Observe-se o que diz Carlos Maximiliano:

Recorre o aplicador do texto aos princípios gerais: a) de um instituto jurídico; b) de vários institutos afins; c) de uma parte do Direito Privado (Civil ou Comercial); ou de uma parte do Direito Público (Constitucional, Administrativo, Internacional, etc); d) de todo o Direito Positivo, inteiro; f) e, finalmente, do Direito em sua plenitude, sem distinção nenhuma. Vai-se, gradativamente, do menos ao mais geral: quanto menor for a amplitude, o raio de domínio adaptável à espécie, menor será a possibilidade de falhar o processo indutivo, mais fácil e segura a aplicação à hipótese controvertida. (MAXIMILIANO, 1981, p. 295-296)

De fato, essas lições doutrinárias foram consagradas no próprio Direito positivo brasileiro, haja vista o que se verá mais adiante no Código Tributário Nacional (art. 108).

4. Equidade.

Ela possui um duplo papel, ao menos segundo a doutrina. Se, por um lado, chega a ser utilizada para suprir as lacunas; por outro, pode auxiliar a obter o sentido e o alcance das disposições legais.

Carlos Maximiliano (1981, p. 173) atribui a longevidade do Direito Romano “às relações intencionalmente mantidas com a Equidade, que ele considerou o princípio basilar da interpretação legal”.

De fato, é mais comum encontrá-la não como um meio de integração de lacunas, mas como uma maneira de atenuar o rigor de um texto, interpretando-o de modo compatível com a solidariedade humana. Isso não significa que possa ser invocada contra uma prescrição positiva, não porque se imagine que a lei clara não se interpreta, mas porque precisam ser tomadas em consideração as consequências práticas prováveis a serem atingidas com a decisão adotada.

A respeito da ponderação das consequências, na interpretação jurídica, diz António Menezes Cordeiro que ela tem efetiva importância na realização do Direito. De fato, pode parecer ingênuo pensar ou pretender o contrário. O reconhecimento e o estudo da ponderação das consequências é o que se denomina de *sinéptica*, habilitando o intérprete-aplicador a pensar *através da conformação de resultados*.

Eis António Menezes Cordeiro, advertindo que, na interpretação, costumeiramente, vai-se além da finalidade da norma, ponderando-se sobre as consequências reais e atuais da sua aplicação:

A doutrina clássica da interpretação há muito descobriu que a interpretação das fontes deveria transcendê-las, procurando determinar o seu objectivo: é o elemento teleológico da interpretação. Pode, agora, ir-se mais longe: a decisão não se esgota, valorativamente, nela própria, havendo, para além dela, que determinar e ponderar as suas consequências.”¹⁹²

Feitas as apresentações destes institutos, passe-se ao percurso legislativo.

A própria Constituição de outubro de 1988¹⁹³, no seu art. 194, inc. V, referiu-se à equidade, dizendo:

Da Seguridade Social. [...]

192 CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. Tendências actuais da interpretação da lei: do juiz-autómato aos modelos de decisão jurídica. Revista Jurídica ns. 09 e 10 janeiro / junho de 1987. AAFDL. Este texto serviu de base para a intervenção do seu autor nas Jornadas do Prof. Doutor João de Castro Mendes, realizadas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nos dias 25, 26, 28 e 29 de novembro de 1985. O texto extraído está à p. 15.

193 A Constituição de 16 de julho de 1934, no art. 113, item 37, previa: “Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...] 37) Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade.”

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo Único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

[...]

V – equidade na forma de participação no custeio;

[...]

A título exemplificativo, apresentam-se alguns dos vários dispositivos que têm espaço na legislação brasileira de maior relevo, como a Lei de Introdução ao Código Civil, o Código Tributário Nacional, o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal; a Consolidação das Leis do Trabalho, o Código de Processo Penal Militar, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a Lei de Arbitragem, o Código Comercial etc.:

I. Primeiramente, aqueles mais conhecidos:

1. Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657, de 04/09/42):
“Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

2. Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25/10/66):

Interpretação e Integração da Legislação Tributária. [...]

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.

[...]

Art. 172. A lei poderá autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo:

[...]

IV – a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso.

3. Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11/01/73)¹⁹⁴:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Art. 127. O juiz decidirá por equidade nos casos previstos em lei¹⁹⁵.”

4. Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689, de 03/10/41):

“Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como os suplementos dos princípios gerais do direito.”

5. Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 01/05/43):

Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente, do direito do trabalho, e, ainda, de

194 Código de Processo Civil brasileiro. “Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição voluntária. Das Disposições Gerais. Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de dez (10) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar, em cada caso, a solução que reputar mais conveniente ou oportuna. (Entre os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, estão: a curatela dos interditos, a herança jacente, os bens dos ausentes, os testamentos e codicilos etc”.)

195 Por exemplo: “Do Compromisso. [...] Art. 1040. O compromisso poderá também declarar: [...] IV – a autorização, dada aos árbitros para julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito. [...] Art. 1454. Enquanto vigorar o contrato, o segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos, ou seja, contrário aos termos do estipulado, sob pena de perder o direito ao seguro. [...] Art. 1456. No aplicar a pena do art. 1454, procederá o juiz com equidade, atentando nas circunstâncias reais, e não em probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos.”

acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo Único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

6. Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei n. 1.002, de 21/10/69):

Da Lei do Processo Penal Militar e da sua aplicação (arts. 1º a 6º).

Art. 3º. Os casos omissos deste Código serão supridos:

- a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;
- b) pela jurisprudência;
- c) pelos usos e costumes militares;
- d) pelos princípios gerais de Direito;
- e) pela analogia.

7. Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11/09/90):

Dos Direitos Básicos do Consumidor (arts. 6º e 7º)

Art. 7º. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

O art. 51, deste mesmo Código também faz referência à boa-fé e à equidade, considerando nulas, de pleno direito, as cláusulas contratuais que contiverem *desvantagem exagerada para o consumidor*.

8. Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9099, de 26/09/95):

“Dos Juizados Especiais Cíveis. Da conciliação e do Juízo Arbitral (arts. 21-26).

Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5 e 6, desta Lei, podendo decidir por equidade.”

9. Arbitragem (Lei n. 9307, de 23/09/96)¹⁹⁶:

Disposições Gerais.

Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º. Poderão as partes escolher, livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º. Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Nesta mesma lei, nos arts. 10, inc. II e 26, inc. II, diz-se que, para a aplicação da equidade, é necessário que o compromisso arbitral contenha autorização neste sentido; e, também, que, sendo utilizada a equidade, na sentença, exige-se à menção a este fato.

10. Código Comercial (Lei n. 556, de 25/06/1850):

Do Comércio Marítimo. Do contrato de Dinheiro a risco ou câmbio marítimo (arts. 633 a 665).

¹⁹⁶ Os sistemas jurídicos atuais estão sobrecarregados, existindo, por isto, atentas reflexões sobre o que os norte-americanos chamam de “*gerenciamento de casos*”, o que encampa não apenas a arbitragem, mas também a mediação. Assim, recomenda-se ao órgão julgador que insista na resolução alternativa da disputa. É bem verdade que nem sempre chega-se a um acordo. Contudo, diante do alto percentual de êxito, estas iniciativas têm, na Carolina do Norte, por exemplo, reduzido o custo e o tempo do processo, que deixa de ser computado em anos e passa a ser contado em meses. Evidentemente que, se o percentual negativo for maior, a questão inverte-se, pois haveria um gasto de tempo e de dinheiro ampliados. Na mediação bem sucedida, atinge-se a um acordo entre as partes, evitando que a disputa prossiga, o que seria uma vantagem frente ao processo tradicional, pois nele, embora o juiz decida quem tem razão, muitas vezes o vencido não acata interiormente a sentença ou o acórdão, sobrevivendo o conflito. No âmbito dos grandes negócios, isto pode acarretar desvantagens em relação à seqüência de operações que a relação comercial traria embrionária. Quanto ao momento da mediação, ele poderá ser mais ou menos precoce, desde que haja, a partir do início, uma idéia mais exata do valor que cada lado deposita na disputa. Uma das maiores dificuldades da mediação é a escolha do mediador, que precisa ser pessoa dotada de qualidades como a da paciência, da tenacidade, do conhecimento específico do objeto da disputa e da legislação disciplinadora, de imparcialidade, da confiança das partes e de um forte poder de comunicação e capacidade para ouvir. Outro aspecto pragmaticamente importante, no Brasil, é o do estímulo ou o da redução do mercado de trabalho dos advogados, em face do que diz o art. 133, da atual Constituição brasileira, quando afirma que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

Art. 665. Quando sobre contrato de dinheiro a risco ocorra caso que se não ache prevenido neste Título, procurar-se-á a sua decisão por analogia, quanto seja compatível, no Título – dos seguros marítimos, e vice-versa.

II. Mas, em que pese estes dispositivos serem os mais conhecidos, existem vários outros, como, por exemplo, os Decretos ns. 1570, de 21/07/95; 2299, de 13/08/97; 2301, de 14/08/97 e o 2597, de 18/05/98.

Todos eles referem-se, textualmente, à lacuna da lei estrangeira sobre assistência médica, amparando, em seus termos, os dependentes dos chamados “auxiliares locais” do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Aeronáutica, do Ministério do Exército, do Estado Maior das Forças Armadas.¹⁹⁷

Enfim, também a jurisprudência brasileira não deixou passar ao largo o tema da analogia, havendo uma súmula do Supremo Tribunal Federal recusando a mesma em relação à extensão dos benefícios previdenciários aos trabalhadores rurais. É a Súmula n. 612, do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “Ao trabalhador rural não se aplicam, por analogia, os benefícios previstos na Lei n. 6.367, de 19/10/76.”

Portanto, e diante do exposto, ficou claro que o legislador e o aplicador do Direito brasileiro pensaram no assunto da incompletude e buscaram fornecer a melhor solução que, acreditavam, estivessem a dispor. Isso não deve, em absoluto, ser desconsiderado; porquanto restou, nas mãos do Judiciário nacional, uma relevante tarefa. Sem ferir o princípio da distribuição de funções, passa a ser um elemento dinâmico, complementando o ordenamento jurídico. Note-se que estará exercendo uma função subsidiária àquela do legislador, não detendo poderes de criação

197 Apresentarei a redação do Decreto n. 1570, de 21/07/95, que se refere ao âmbito do Ministério das Relações Exteriores, regulamentando a Lei n. 7.501, de 27/06/86. Todos os Decretos têm, praticamente, a mesma redação, que é a seguinte: “Art. 16. Ao auxiliar local que, por força da legislação local, não fizer jus a assistência médica provida pelo Estado estrangeiro, será assegurada assistência médica, extensiva aos dependentes, equivalente à prestada pelo sistema oficial do país sede da Repartição, mediante a contratação de empresa privada de notória idoneidade, tradição e eficiência no ramo. § 1º. Na lacuna da lei local, consideram-se dependentes para efeitos deste artigo: a) cônjuge ou companheiro; b) filhos ou enteados até 21 anos, não percebendo rendimento do trabalho ou de qualquer outra fonte em valor igual ou superior ao salário-mínimo vigente na localidade onde estiver sediada a repartição, e vivam na companhia do Auxiliar; § 2º. O disposto neste artigo não se aplica ao dependente que fizer jus à assistência médica oferecida pelo sistema oficial local.”

autônoma, porquanto esteja vinculado às pautas que lhe são submetidas pelas normas legisladas.

Pelo menos no Brasil, ordinariamente, concebo a norma escrita, proveniente do Legislativo nacional, federal, estadual, distrital e municipal, como detendo o máximo avanço para a grande maioria não organizada.

Assim, estou convicto de que se um grupo, ou categoria, ou mesmo essa maioria não organizada a que me refiro, não houver conquistado, na norma escrita, as suas aspirações, dificilmente elas serão garantidas por outros meios juridicamente idôneos.¹⁹⁸

Além disso, um assunto que, por vezes, passa despercebido é o de que a Constituição, que, atualmente, defronta-se com um verdadeiro desmonte graças ao exagerado número de emendas constitucionais, trouxe consigo avanços no campo social, que se reduziram em expedientes processuais que não amparam o processo como, também, um instrumento do Estado democrático de Direito, tal como consignado no art. 1º, *caput*, da atual Constituição¹⁹⁹.

A função do Judiciário brasileiro em grande medida é a de extrair da Constituição tudo o que dela pode ser legitimamente retirado.

A Norma Constitucional, mesmo em hipóteses de lacunas, analogias etc. da legislação que lhe é subordinada, deve sempre ser o ponto

198 Friso, aqui, que não estou entre os defensores do denominado *direito alternativo*. Sobretudo, no Brasil, não tenho a legalidade como um entrave que precisa ser superado com a utilização de princípios gerais, que estariam acima do direito positivado. Possivelmente, com isto, pretenda-se prestigiar os economicamente hipossuficientes, como tanto se vem a escutar no Brasil. Mas, mesmo fosse adequado no caso concreto (pois também o economicamente mais fraco pode não ter razão na causa em juízo), considero que este não seria o melhor caminho, dado que, certamente, virá o recurso; e, provavelmente, a reforma da sentença. Afora o fato de que, agindo-se assim, incentiva-se a arbitrariedade, onde, provavelmente, os mais favorecidos reservarão as suas vantagens. Quebrada a imparcialidade, libera-se o arbítrio; o que é, profundamente, perigoso.

199 Constituição do Brasil. “Dos Princípios Fundamentais. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de direito, e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou, diretamente, nos termos desta Constituição [...] Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. [...]”

de partida na tarefa do juiz ou da autoridade administrativa incumbida de decidir.

Nas palavras de Santi Romano (1977, p. 8): “A Constituição é o ponto inicial do direito estatal considerado em seu todo, a base de todas as demais partes, sendo, precisamente, por isto, parte integrante dele.”

Com isso, absolutamente, não se estará a negar as funções do *órgão legislativo*, pois reconheço que, em uma perspectiva dinâmica, é forçoso admitir a possibilidade de lacunas apenas supríveis por ele próprio, dado que o juiz não substitui o legislador.

O juiz apenas processualmente, e de maneira pragmática, decide o caso concreto que lhe foi submetido a julgamento, não eliminando a lacuna na ordem jurídica²⁰⁰; porque ao juiz é proibido dizer que não julga tal como faziam os pretores romanos.

No entanto, decidindo o caso concreto, estabelece-se um *precedente*, pressupondo-se que, no futuro, os casos semelhantes serão resolvidos de acordo com a máxima estabelecida.

Karl Larenz, em sua *Metodologia da Ciência do Direito*, tratou do assunto, afirmando que, no momento em que os tribunais resolvem um caso concreto, o fazem afirmando que aquela é a resposta adequada, segundo o ordenamento jurídico aplicável, trazendo a ideia de que, futuramente, todo caso semelhante será resolvido daquela forma. Adverte, também, que, até mesmo, os Supremos Tribunais relutam em se afastar da opinião jurídica anteriormente aceite²⁰¹

Ainda sobre a proibição do *non liquet*, Carlos Cossio, em sua *Plenitude do Ordenamento Jurídico*, chegou a afirmar que um juiz, como órgão do direito, não pode se abster de julgar, porquanto isso seja algo impensável, tal como um círculo quadrado; pois, em direito, o juiz teria sempre de julgar. (COSSIO, 1947, p. 159)

200 Código de Processo Civil brasileiro. “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.”

201 “Os precedentes são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que se decidir novamente, foi já resolvida uma vez por um tribunal noutro caso. Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora. [...] Mas até o Supremo Tribunal Federal se afasta contrafeito e mesmo assim não com frequência da opinião jurídica por ele uma vez aceite.” (LARENZ, 1983, p. 521)

Embora, de regra, não vá além do caso concreto. E assim é mesmo diante da jurisprudência do mandado de injunção brasileiro (art. 5º, inc. LXXI, da atual Constituição)²⁰².

Afinal, como se sabe, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha fixado prazo para o exercício da função normativa, apenas tem autorizado, na hipótese de seu descumprimento, o ajuizamento de ação econômica reparatória, não restando colmatado o vazio do espaço legal.²⁰³

Tanto é assim que se, após a reparação econômica, advier a lei, essa poderá retroagir, acaso seja mais favorável àquele ou àqueles cidadão(s) beneficiados pela coisa julgada.

Além do mais, se a mora legislativa não trouxer o Estado no polo passivo, tem prevalecido o entendimento de que não cabe sequer a fixação de prazo, sob a justificativa de que não é possível *cominar consequência à continuidade do vazio normativo após o termo final da dilação assinada*.²⁰⁴

Neste quadro, é de se indagar se ausência de norma constitucional sobre a reedição de medidas provisórias pode ser respondida mediante o enunciado de que tudo aquilo que não está proibido, está permitido²⁰⁵.

Ou, em outras palavras, se a Constituição não proibiu a reedição dessas providências é porque autorizou o Presidente da República a reeditá-las. Será que esse raciocínio é procedente?

202 Constituição do Brasil. “Art. 5º. [...] LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

203 Mandado de Injunção n. 283. Distrito Federal. DJ 14.11.91, p. 16.355. Ementário Vol. 1642, p. 01. Revista Trimestral de Jurisprudência Vol. 135-03, p. 882. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno Unânime. Ver, também, MI n. 355/94. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 07/10/94.

204 MI n. 283. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Revista Trimestral de Jurisprudência 135/882 e MI n. 361. Rio de Janeiro. Relator para Acórdão Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 17.06.94, p. 15707. Ementário Vol. 1749-01, p. 46. Tribunal Pleno.

205 Constituição do Brasil. “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Parágrafo Único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.” (Texto originário). Ver o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias brasileiras (Emenda Constitucional n. 32, de 11/09/2001).

4.2. TUDO O QUE NÃO ESTÁ PROIBIDO, ESTÁ PERMITIDO?

O Princípio da Segurança Jurídica. [...] Quando o comando emergente de um princípio é transgredido, nem por isso estaremos autorizados a declarar que a diretriz não tem eficácia, é 'letra morta'. Os sistemas de direito positivo prevêem as condutas infringentes de suas prescrições, montando dinamismos de controle que se voltam à recomposição dos interesses violados. E sempre que esses dispositivos funcionem, restabelecendo a situação anterior, confirma-se a efetividade daqueles valores. Diante desse quadro, a desconsideração de princípios, como o da igualdade, anterioridade, legalidade estrita, entre outros, é o meio juridicamente próprio para testarmos sua eficácia. Se, quantas vezes atacado, tantas vezes reafirmado na sua força axiológica, confortavelmente poderemos afirmá-lo como vetor relevantíssimos do sistema. (CARVALHO, 1993, p. 132)

Costuma-se com essa frase responder que o sistema jurídico é fechado, estando todos os comportamentos humanos, de um modo ou de outro, previstos no Direito. É o dogma da plenitude hermética do ordenamento jurídico. Tal dogma, fundamentalmente, baseia-se no enunciado de que *tudo o que não está proibido, está permitido*.

Um dos contra-argumentos que costuma antagonizá-lo é o de que ele não constitui uma norma jurídica positiva, sendo um simples enunciado lógico.

Além do mais, ele traria a equivocada perspectiva de que o Direito é algo estático, e não um fenômeno dinâmico e bastante complexo.

Há, também, aqueles que preferem dizer que, embora do ponto de visto lógico, o Direito não apresente lacunas, pela fisionomia dos valores aceitos socialmente, as mesmas podem surgir. Então, as lacunas não seriam lógicas, mas axiológicas.

Claus-Wilhelm Canaris, ao tratar das lacunas, concluiu que “as quebras, no sistema, respeitam a contradições de valores e de princípios”; arrematando que “as lacunas, no sistema, são a consequência de lacunas de valoração”.²⁰⁶

206 “TESES. [...] § 6º. [...] 17. [...] As quebras no sistema respeitam a contradições de valores e de princípios, as normas estranhas ao sistema resultam de valorações que permanecem isoladas dentro do conjunto da ordem jurídica e, também das que, em si mesmas, não possuem qualquer poder convincente e as lacunas no sistema são a consequência de lacunas de valoração.” (CANARIS, 1989, p. 285)

Não está muito distante Hugo de Brito Machado, que proclama que a carência termina não sendo pela norma que falta, mas pela injustiça decorrente da sua ausência.

E acrescenta: quando o sistema autoriza a sua integração por uma necessidade ético-política, ele corre outro risco, que é o de que a norma específica criada pelo seu intérprete seja, também ela, injusta.

Agora, com a palavra Hugo de Brito Machado, refletindo sobre a justiça na aplicação da ordem jurídica:

Interpretação e Integração. [...] A rigor, é sempre logicamente possível a aplicação da ordem jurídica a qualquer caso concreto. A falta de uma norma específica não implica a necessidade de criação dessa norma, pois a decisão poderia ser fundada precisamente na sua ausência. O que acontece é que tal solução pode parecer injusta, e por isto o legislador concede ao aplicador autorização para criar uma norma específica. Injustiça, porém, também poderá haver no caso de aplicação da norma específica. Tudo se resume na questão de saber se o legislador deve abdicar, em favor do órgão aplicador do direito, da competência para formulação de juízos ético-políticos. Seja como for, o certo é que o nosso Direito Positivo acolheu a teoria das lacunas. (MACHADO, 1989, p. 32)

De fato, no caso *sub judice*, haverá sempre uma solução, quer seja pelo Judiciário, quer seja pela velocidade constitucional do órgão legislativo²⁰⁷.

Mas a jurisprudência apenas cria a norma individual, que não fica incorporada ao direito positivo em termos gerais. Trata-se de uma técnica de colmatação no caso concreto. Mesmo quanto às súmulas atualmente existentes no Brasil, não considero que devam ser tidas como normas gerais, embora a discussão sobre os seus efeitos vinculantes despertem acalorados debates²⁰⁸. Desse modo, embora o sistema não seja completo, ele é completável. Não quer dizer que as leis existentes sejam, além de

207 As medidas provisórias têm eficácia desde a edição, o que não significa dizer que possam violar as normas constitucionais quer formais, quer materiais.

208 De fato, a Constituição, tal como está, não tem como novidade o efeito vinculante expresso, haja vista o art. 102, inc. I, “a” (ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual), o art. 125, § 2º (representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual) e art. 102, § 2º. (ação declaratória de constitucionalidade). Mas o efeito vinculante que provoca polêmica no Brasil não é o proveniente do controle concentrado de constitucionalidade. Diz respeito, antes sim, sobre quais os Tribunais que, no controle incidental, poderão emiti-las, sobre quais os legitimados que poderão provocá-la e em que matérias, sobre quais as consequências que advirão para o juiz que descumpri-las, sobre a chamada advocatória mediante incidentes de índole constitucional etc.

qualquer dúvida razoável, suficientes para resolver todos os problemas da vida. As necessidades do momento cometem surpresas. A despeito de parecer eminentemente claro, o problema das *lacunas jurídicas* é razoavelmente recente, remontando ao século XIX.

A explicação é a de que, enquanto se falava em julgamento divino (fase anterior ao século XIII), ou no período de presença maciça do direito costumeiro não escrito (entre os séculos XIII e XV)²⁰⁹, ou, ainda, quando havia o pressuposto da hierarquia das fontes, distribuindo-se, paulatinamente, a partir da lei, para, em seguida, virem o costume e o direito romano, não existiam as condições mais propícias para trazer as dificuldades efetivas ao tema das lacunas.

Foi só a partir de épocas posteriores à Revolução Francesa que, com maior profundidade, fizeram-se as lacunas surgir como um problema teórico de envergadura, dada a crescente importância que toma a lei como um instrumento de modificação planejada da realidade.

São, nesses termos, os ensinamentos de Maria Helena Diniz, aludindo a John Gillissen²¹⁰, e destacando quatro fases básicas na história do di-

209 “Dentre as mais antigas formas de expressão do direito temos o costume, decorrente da prática reiterada de certo ato com a convicção de sua necessidade jurídica, forma que predominou até a lei escrita. Com o decorrer dos tempos, a legislação passou a ser a fonte imediata do direito. [...] A prática consuetudinária, da qual resulta o costume, é, em regra, uma fonte de cognição subsidiária ou supletiva e da mais alta relevância. [...] Do exposto, percebe-se que são condições para a vigência de um costume: sua continuidade, sua uniformidade, sua diuturnidade, sua moralidade e sua obrigatoriedade. Poder-se-á dizer que o costume, sendo fonte subsidiária do direito, não requer alegação em juízo, pois o juiz conhece o direito: ‘jura novit curia’. Porém, em virtude do caráter difuso da elaboração consuetudinária, muito se tem discutido sobre a necessidade de sua prova por aquele que o alega em juízo, a favor de uma pretensão. [...] O costume é, portanto, uma norma que deriva da longa prática uniforme ou da geral e constante repetição de dado comportamento sob a convicção de que corresponde a uma necessidade jurídica. Em relação às leis, três são as espécies de costume: ‘secundum legem, praeter legem, e contra legem’. O costume ‘secundum legem’ está previsto na lei, que reconhece sua eficácia obrigatória. [...] O costume é ‘praeter legem’ quando se reveste de caráter supletivo, suprimindo a lei nos casos omissos, preenchendo lacunas. O costume ‘contra legem’ é aquele que se forma em sentido contrário ao da lei. [...] Quanto a este tipo de costume digladiam-se os autores, uns o admitem, outros não. [...] Dentro do direito brasileiro há casos em que os juízes aplicaram o costume ‘contra legem’ atendendo aos reclamos da justiça e dos fatos sociais. No antigo direito pátrio, houve um alvará, o de 30.11.1793, que mandou seguir, em matéria de prova, o costume de preferência à lei, e isso ocorreu numa época em que vigorava a Lei da Boa Razão, editada em 1769, que proibia o costume contrário às disposições legais.” (DINIZ, 1989, p. 273 e ss.)

210 Ver, também, deste mesmo autor *Introdução Histórica ao Direito*. Nessa obra, faz-se uma substancial síntese da história jurídica da Europa ocidental, incluindo alguns dos grandes direitos da antiguidade, como o egípcio, o hebraico, o grego, o romano etc.

reito, a saber, a irracional, a consuetudinária, a da coexistência do direito escrito e não escrito, e a da prevalência da lei:

As lacunas na etiologia histórica do direito. [...] Distingue ele quatro fases, dentro da evolução do direito em função do problema das lacunas, quais sejam: a ‘fase do sistema irracional’, anterior ao século XIII, período das ordálias, dos julgamentos de Deus; a ‘fase do direito consuetudinário’, do século XIII ao XV, em que se busca uma certa segurança para a solução dos litígios na supremacia do costume; a ‘fase dos tempos modernos’, do século XVI ao fim do século XVIII, em que aparece uma coexistência não fortemente tematizada de fontes escritas e não escritas: e o ‘período da preponderância da lei’, que vai dos fins do século XVIII até os tempos atuais²¹¹.

É, aqui, com a Declaração de 1789, no art. 5º, que se assegura: “tudo aquilo que não for proibido pela lei, não pode ser impedido; e ninguém pode ser constrangido a fazer aquilo que a lei não ordena”.

E, também, o art. 4º, do Código de Napoleão que “obriga o juiz a julgar mesmo em caso de silêncio da lei.”

São essas as condições favoráveis ao desdobramento dos debates sobre as lacunas jurídicas. Por traz de tudo isso, havia uma motivação ideológica, que era a da efetiva preocupação de se preservar a separação dos poderes.

Não é possível esquecer que a *jurisprudência* era pouco simpática aos chefes da Revolução Francesa, chegando Robespierre a tentar apagar essa expressão da língua francesa.

Dizia ele que “em um Estado que tem uma Constituição, uma legislação, a jurisprudência dos tribunais não poderia ser outra coisa senão a lei”. (ROBESPIERRE APUD GILISSEN, 1995, p. 505)

Partia-se da ideia de Montesquieu de que o juiz era a boca que pronunciava as palavras da lei (*Esprit des lois*, XI, 6).

Assim, acaso os tribunais considerassem necessário interpretar uma lei, deveriam dirigir-se aos membros do corpo legislativo (Lei de 16-24 de agosto de 1790, sobre a organização judiciária).

211 Em nota de rodapé, esclarece que Gilissen, em seu livro sobre os problemas das lacunas jurídicas do direito medieval ao moderno, limitou-se aos séculos XII até o XX, dado a falta de fontes históricas em períodos anteriores. (DINIZ, 1989, p. 7)

Essa ideia de um tribunal autômato derivava da desconfiança que os juízes haviam chamado para si próprios, acomodando-se às contingências do poder.

Buscava-se, na lei, uma clareza absoluta, mediante normas rigorosamente elaboradas, com o objetivo de se atingir a univocidade de todas as decisões judiciais e de todos os atos administrativos.

Pretendia-se que o juiz fosse uma espécie de escravo da lei, em que nem mesmo a graduação das penas, por vezes, era deferida à sua competência, adotando-se um sistema de penas fixas.

Veja-se o que diz Karl Engisch, em sua *Introdução ao Pensamento Jurídico*, sublinhando a desconfiança que os juízes suscitavam:

A desconfiança que haviam chamado sobre si os juízes no período da justiça de arbítrio e de gabinete (quer dizer, de uma justiça que se acomodava às instruções dos senhores da terra) e, por outro lado, a adoração da lei animada por um espírito racionalista, fizeram com que a estrita vinculação do juiz à lei se tornasse no postulado central. Ao mesmo tempo, foi-se conduzido ao exagero de estabelecer insustentáveis proibições de interpretar e comentar a lei, à exclusão de qualquer graduação de pena pelo juiz (sistema das penas fixas, no Código Penal de 1791) e outras coisas semelhantes. O juiz deveria ser o «escravo da lei» (BOCKELMANN).” (ENGLISH, 1983, p. 206)

Acontece que esse sistema foi sendo solapado pela prática, que demonstrava a sua impossibilidade. E, com o tempo, deixou de ser entendido como ideal; na medida em que os juízes foram adquirindo autonomia como autoridades independentes²¹². Mas isso não fez com que se abandonasse o enunciado de que aquilo que não está proibido é porque está permitido. De fato, o princípio da liberdade tem presença expressa na Constituição brasileira. É o que diz o seu art. 5º, inc. II:

212 Ver, na atual Constituição do Brasil, as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, havendo o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, de se fundar em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa; III – irredutibilidade de subsídios, (ressalvado o atendimento do teto constitucional dos subsídios mensais e exclusivos, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, pagando-se ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, obedecendo critérios de generalidade, universalidade e progressividade, na forma da lei).”

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Essa norma seria aquela que *fecha o sistema*. Logo, a norma com este teor existe. Cabe, apenas, fixar-lhe as fronteiras. Ora, o art. 5º, da atual Constituição brasileira refere-se aos direitos e deveres individuais e coletivos. Portanto, tem aplicabilidade aos indivíduos, assumindo espaços no direito privado.

Mas será que, assim também, é no direito público²¹³, em relação aos poderes de autoridades, como, por exemplo, o Presidente da República? Estou convicto que não. Seria um retrocesso em todos os níveis admitir que a autoridade pública pode fazer tudo, desde que a lei não proíba. Na Administração Pública, não há liberdade, nem vontade pessoal. Os preceitos das leis de ordem pública não se enquadram no “*pode fazer assim*”, mas no “*deve fazer assim*”. Ou, se para o particular é lícito fazer tudo, desde que a lei não proíba; para a autoridade pública só é possível fazer aquilo que a lei determina que se faça. Isso porque *o administrador não é dono da coisa pública*. Ou, *administrar é aplicar a lei de ofício*.

Para que o Estado possa agir, exige-se uma regulamentação permissiva positiva, conferindo-lhe uma competência vinculada ou discricionária.

Assim, nem tudo o que serve para o direito privado serve para o público, havendo a necessidade de cautela por não se esquecer esta importante advertência.²¹⁴

No direito privado, o que não está proibido, está permitido (liberdade); enquanto, no direito público, o que não está permitido está proibido (legalidade). (MAYNEZ, 1972, p. 362).

213 Estou, portanto, admitindo a diferença fundamental entre o direito privado e o público, ao contrário do que faz Kelsen (1962, p. 165-172), em Teoria Pura do Direito. Para esse autor, a *pureza metódica* faz surgir o postulado de unidade do conhecimento jurídico-científico, desaparecendo o dualismo do Direito e Estado.

214 “Julgo, assim, que é totalmente inadmissível afirmar-se que a Administração Pública só está vinculada à prossecução do interesse público na sua actuação de gestão pública. Na verdade, a única solução consentânea com os princípios inspiradores de um Estado de Direito é a de afirmar que não faz qualquer sentido admitir que a Administração possa servir-se das formas jurídico-privadas para prosseguir outros fins que não os de interesse público.” (ESTORNINHO, 1996, p. 225)

São frases como essa que, diuturnamente, são divulgadas no Brasil nos campos universitários. A lei como limite. A Constituição como limite e fundamento da autoridade pública. Não cabe às autoridades públicas reescrever a Constituição, senão pelo processo regular de Emenda Constitucional.²¹⁵

É o silêncio constitucional como manifestação de vontade.

4.3. LACUNAS CONSTITUCIONAIS

Usualmente, diz-se que a conclusão por analogia é uma conclusão «do particular para o particular», ao passo que a conclusão por dedução vai do geral para o particular e a conclusão indutiva do particular para o geral. A justificação da conclusão dedutiva, a dedução do particular do geral, é bem mais evidente e é rigorosamente demonstrável no plano teórico, especialmente com os meios da lógica moderna. A conclusão do particular para o geral, a conclusão indutiva, desde sempre foi considerada como logicamente mais problemática do que a conclusão dedutiva. Finalmente, a conclusão por analogia, como conclusão do particular para o particular, é altamente questionável do ponto de vista lógico. [...] (ENGLISH, 1983, p. 288-289)

Logo de início, cabe retomar algumas reflexões sobre a noção de que a Constituição não é protegida pelas leis que lhe são inferiores; pelo contrário, deve ser a norma mais robusta do sistema jurídico (SCHMITT, 1983, p. 83), é ela que deve garantir as demais normas que lhe são compatíveis. Então, a Constituição protege as leis. E não é só isso, pois as próprias garantias dos juízes fundamentam-se no Texto Constitucional, tendo as extensões a que ele conduz.²¹⁶

Assim, considero consensual que, embora ao juiz seja dada uma certa margem de liberdade, não lhe é possível transferir as decisões em matérias de cunho político, tal como a da elaboração de normas constitucionais.

215 Constituição do Brasil. O art. 60 trata das Emendas à Constituição. Mais precisamente no § 4º traz as chamadas cláusulas pétreas: "Art. 60. [...] § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais."

216 Constituição do Brasil. Ver o art. 95: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

Portanto, devendo o Judiciário comportar-se de acordo com a lei, e não tratando a norma constitucional das técnicas de colmatção das lacunas, é de se ter em conta a extrema cautela na discussão de um tema como o das lacunas constitucionais.

No Brasil, é bem verdade que a Constituição de julho de 1934, no seu art. 113, 37, dispôs sobre o assunto, nos seguintes termos: “Art. 137. [...] 37. Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade.”

Desde aí, contudo, não há mais previsão constitucional sobre o preenchimento de lacunas; o que parece acertado. Afinal, a tarefa de completar a Constituição é atribuída, de ordinário, às leis; e dentro das hipóteses em que, via de regra, expressamente, a própria Constituição determina.

E, mesmo assim, interpretar a Constituição conforme as leis é algo reticente, pois haverá o perigo de a interpretação ser inconstitucional, não cabendo, por exemplo, interpretar a Constituição segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, ou uma outra.

Não se deve sobrepor a *legalidade da Constituição à constitucionalidade das leis*. Existem órgãos e procedimentos próprios para alterar ou inovar constitucionalmente.²¹⁷ Entretanto, a doutrina especializada costuma lançar aos debates o significado constitucional da integração²¹⁸.

A necessidade de integração ocorreria quando uma matéria que *devesse estar prevista*, não estivesse, não podendo ser coberta mediante a interpretação extensiva, quer ampliando a letra da lei, quer a sua finalidade.

A *obtenção do direito* de modo a exigir a integração analógica decorrente do caráter incompleto, fragmentário e aberto do Direito Constitucional é algo difícil; pois não pode o juiz se substituir ao Constituinte, até porque ele só é juiz nos limites da Constituição e das leis processuais, não tendo

217 Constituição do Brasil. Ver o art. 60.

218 “Em contrapartida, a integração das lacunas de normas formalmente constitucionais deve ser feita no interior da Constituição formal, sem recurso a normas de legislação ordinária. [...] Em última análise, o reconhecimento da existência de lacunas será tanto maior quanto maior for a consciência de que o processo político se encontra submetido ao Direito. Mas um bem melindroso papel cabe à interpretação ao discernir e qualificar, caso a caso, as diferentes situações e ao propor soluções idôneas, tendo sempre em conta a mutável realidade constitucional.” (MIRANDA, 1996, p. 269)

autoridade jurídica para ir além; estando, no Brasil, constitucionalmente proibidos os juízes ou tribunais de exceção.²¹⁹

Do contrário, haveria um absolutismo dos juízes²²⁰, o que é tão reprovável quanto qualquer outro.

A advogada ausência de norma constitucional não pode justificar *lacunas constitucionais a expandir os poderes das autoridades públicas*. Mas isso não retira a curiosidade sobre o que sejam lacunas constitucionais. Portanto, merece a palavra J. J. Gomes Canotilho, que logra fazer distinções entre *lacunas constitucionais autônoma, heterônoma e integrações corretivas*.

Desde já, é preciso destacar que não basta a aparente incompletude para fundamentar a existência de lacuna. É preciso mais. Afinal, o silêncio pode haver sido pretendido, não havendo de se falar em omissão contrária ao plano regulativo constitucional.

Eis, aqui, J. J. Gomes Canotilho (1991, p. 243-244), admitindo a existência de lacunas constitucionais:

Uma lacuna normativo-constitucional só existe quando se verifica uma incompletude contrária ao «plano» de ordenação constitucional. Dito por outras palavras: a lacuna constitucional autônoma surge quando se constata a ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas esta pode deduzir-se a partir do plano regulativo da Constituição e da teleologia da regulamentação constitucional. (CANOTILHO, 1991, p. 243-244)

Portanto, o que chama de *lacuna constitucional autônoma* poderia ter um disciplinamento jurídico a partir do próprio plano regulado pela Constituição, ou, então, decorrente das suas finalidades.

Mesmo que se admita que isto possa ser chamado de lacuna, não se faz tábula rasa da Constituição, remetendo às altas torres do ideário a identificação da teleologia constitucional.

219 Constituição do Brasil. “Art. 5º. [...] XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

220 CARL SCHMITT, em sua Teoria da Constituição, diz que se a “lei pudesse, hoje, ser entendida apenas em seu conceito formal – como uma disposição dos órgãos legislativos, mediante o cumprimento de um procedimento também legislativo – haveria um absolutismo dos órgãos legislativos. Assim, na opinião deste autor, toda a luta do Estado de Direito contra o absolutismo do Monarca haveria terminado, introduzindo-se, no lugar do absolutismo monárquico, o absolutismo de mil cabeças dos partidos políticos que, a cada momento, se encontrasse em maioria.” (SCHMITT, 1982, p. 159)

Daí, a ventania política poderá ter um espaço ainda mais indesejado, ampliando o espaço da precariedade da definição das atribuições dos Poderes constituídos. É preciso ter muito cuidado com a usurpação inconstitucional do Poder Constituinte.

Mas J. J. Gomes Canotilho vai além, diferenciando as *lacunas constitucionais autônomas* das heterônomas e das integrações corretivas.

Quanto às heterônomas, são inconstitucionais; pois violariam imposições constantes da Constituição.

Quanto às *integrações corretivas*, também são; perpetram uma penetração indevida do Poder Constituinte.

Novamente, é J. J. Gomes Canotilho que tem a palavra para apresentar a sua classificação das lacunas constitucionais, e diferenciá-las do que chama de integração corretiva, inserindo-as no âmbito das “patologias constitucionais”:

A anterior noção de lacuna constitucional autónoma permite-nos diferenciá-la: (1) das chamadas lacunas constitucionais heterónomas, que resultam do não cumprimento das ordens de legislar e das imposições constitucionais concretamente estabelecidas na Constituição; (2) das integrações correctivas, fundamentadas na ideia de a regulamentação constitucional ser, sob o ponto de vista político, incompleta, errada ou carecida de melhoramento. Ambas as hipóteses caem no domínio da «patologia constitucional». (CANOTILHO, 1991, p. 244

De fato, sinto dificuldades por fazer revestir a noção de lacuna a ideia de usurpação legislativa, de modo a se corrigir o que disse a Constituição.

Fora do âmbito da competência, o juiz não é juiz; nem tampouco o legislador merecerá tal referência. Colmatação inconstitucional não é forma de preenchimento ou de completude. É arbítrio, e nada mais. Assim, é preciso frisar que o silêncio produz efeitos jurídicos a depender do contexto em que esteja inserido.

O silêncio poderá ser intencional quer porque a matéria deva ser remetida ao legislador, de modo a permitir a intensificação das lutas políticas; quer porque, realmente, nada deva ser dito.

Não podem os Poderes Políticos (Executivo, Legislativo ou Judiciário) corrigirem a Constituição, atribuindo-lhe um texto que não é o seu. O intérprete não deve-se comportar como o ventríloquo da Constitui-

ção. O silêncio constitucional poderá ser conforme o seu próprio plano regulativo, sendo, profundamente perigoso imaginá-lo contra tal plano atribuindo a colmatação da lacuna a um outro veículo que não seja o da Emenda, constitucionalmente prevista quanto à competência para desencadeá-la, quanto ao seu procedimento de aprovação, quanto aos momentos de sua impossibilidade, quanto às cláusulas havidas como irremovíveis etc.²²¹

É de insistir, portanto, que, em se tratando das normas constitucionais, tenho como possível o silêncio eloquente (*não disse porque não quis dizer*), e encontro como o meio mais adequado para uma possível colmatação de lacunas o espaço reservado para a Emenda Constitucional²²². Mas, ainda, considero que haja outra seara de problema. Refiro-me àquela em que a própria Constituição atribui à lei (ordinária, complementar etc)²²³ ou aos atos administrativos²²⁴ a sua complementação.

221 Constituição do Brasil. “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º. A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º. A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. § 5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

222 O emprego da analogia no Brasil, no máximo, poderá servir de parâmetro em favor da legitimidade da atividade judicante em torno da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão ou do mandado injuncional.

223 Constituição do Brasil. “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emenda à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções.”

224 Constituição do Brasil. “Art. 237. A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda.” Este dispositivo provocou muitas polêmicas judiciais em torno da necessidade, ou não, de lei. A jurisprudência concluiu no sentido de que a Constituição estaria, aí, atribuindo às instruções ministeriais a sua regulamentação. Assim seria, pois, se a fiscalização e o controle do comércio exterior deveriam ser exercidos pelo Ministério da Fazenda; e, segundo a própria Constituição, os Ministros expedem instruções para a execução de leis, decretos e regulamentos (art. 87, inc. II), não haveria inconstitucionalidade nesta *reserva da administração*. Normalmente, as questões judiciais tinham por objeto automóveis e pneus usados, que estavam impedidos de ingressar no Brasil com base em normas administrativas. Foram vários os juízes brasileiros que concederam decisões liminares de modo a derrubar esta restrição.

Pelos cálculos aproximativos que fiz, o Texto original da Constituição exigia cerca de 36 leis complementares e 237 leis ordinárias.

Claro está, no entanto, que muitas delas foram recepcionadas do sistema jurídico anterior; o que, contudo, não afastava a intensa necessidade de um trabalho legislativo, chegando, no âmbito estadual, a serem constituídas, quase imediatamente à promulgação, comissões para tratar de suprir o vazio legislativo.

As comissões pouco prosperaram no seu desiderato inicial, ficando as suas atribuições no meio do caminho. Mas, nesse primeiro período, a falta de regulamentação legislativa, no Brasil, costumava apontar como saída a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da atual Constituição)²²⁵, que muito pouco foi além do mero aconselhamento, e o mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI)²²⁶.

Quanto a esse último, embora mereçam ser destacados os casos em que o Supremo Tribunal Federal apontasse na fixação de prazos para que se legislasse, disciplinando a possibilidade de ação econômica reparatória na hipótese de insistência da omissão²²⁷, reconheço que se apresentaram sérios entraves. Entre eles, apenas exemplificativamente, estão:

1. as ações injuncionais, muitas vezes, não atingem o estágio da análise de mérito, pois esbarram em embargos processuais;
2. não são poucas as ações injuncionais que são havidas por prejudicadas, porquanto entram em vigor legislações que não atendem às expectativas existentes da parte daqueles diretamente interessados;
3. são vários os casos em que o Supremo Tribunal Federal assevera não caber o mandado de injunção, por concluir que a norma

225 Constituição do Brasil. “Art. 103. [...] § 2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Constituição do Brasil. “Art. 5º. [...] LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

227 Mandado de Injunção n. 283. Diário de Justiça de 14/11/91 e Mandado de Injunção n. 355, de 07/10/94.

constitucional é autoaplicável, ou tem eficácia contida²²⁸, não havendo a necessidade da interveniência injuncional.²²⁹

De fato, a função de legislador constitucional positivo tem sido *prudently* recusada pelo Supremo Tribunal Federal; e, mesmo no caso concreto, as mesmas reservas ainda são bastante sentidas. Então, conclui-se que a teoria das lacunas constitucionais²³⁰, e a consequente possibilidade de preenchê-las, mesmo que dentro dos liames restritos do *leading case*, é algo que não pertence a um espaço livre, não encontrando, com respeitosa vênua, a possibilidade de compatibilizá-la frente à reedição de medidas provisórias. Não há nada, na Constituição, que disponha sobre a reedição de medida provisória. Saber se se trata de um *silêncio eloquente* ou de uma *lacuna constitucional* pressupõe tentar definir o que significam. Ou a Constituição nada disse sobre a reedição de medidas provisórias porque nada quis dizer; ou, então, ocorreu um esquecimento, que poderia ser suprido dentro do próprio plano regulativo constitucional.

228 A terminologia *eficácia contida*, no Brasil, tem o significado de que a norma constitucional, desde quando editada, produz todos os seus efeitos, cabendo à lei, posteriormente, limitá-los; acaso se compreenda haver permissivo constitucional que autorize este procedimento.

229 Caso típico encontrava-se no § 5º, do art. 40, da Constituição do Brasil, de outubro de 1988, que falava em limite para a percepção de pensões. A conclusão do Supremo Tribunal Federal foi a de que o limite cogitado não poderia ser outro senão o teto remuneratório dos servidores públicos, não podendo a legislação ordinária restringi-lo (por exemplo: Recurso Extraordinário n. 212995. 1997. Rio Grande do Sul. 1ª Turma. DJ 15/08/97, p. 37077. Relator Ministro Ilmar Galvão. Unânime).

Estas decisões não prestigiavam os interesses do governo, que tratou de movimentar-se no sentido de alterar a Constituição. A Constituição foi alterada. Esse artigo, como muitos outros, foi modificado pela Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98 (*Reforma Previdenciária*).

230 Jorge Miranda esclarece que é preciso distinguir entre as *omissões legislativas* e as *lacunas constitucionais*. As primeiras (omissões legislativas) correspondem a normas constitucionais que não têm exequibilidade própria, permitindo, após o decurso de um certo tempo, que se fale em inconstitucionalidade por omissão. Nas palavras de Jorge Miranda: "As lacunas são situações constitucionalmente relevantes 'não previstas'. As omissões legislativas reportam-se a situações 'previstas', mas a que faltam, no programa ordenador global da Constituição, as estatuições adequadas a uma imediata exequibilidade. As lacunas são verificadas pelo intérprete e pelos órgãos de aplicação do Direito. As omissões, se podem ser por eles também verificadas, só podem ser declaradas especificamente pelos órgãos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. A integração de lacunas significa a determinação da regra para aplicação ao caso concreto e é tarefa do intérprete e do órgão de aplicação. A integração de omissões legislativas reconduz-se à edição da lei pelo legislador." (MIRANDA, 1996, p. 270-271)

4.4. AS LACUNAS E O SILÊNCIO ELOQUENTE

4.4.1. PARTE GERAL

No processo da ação declaratória de constitucionalidade, por visar à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo que é seu objeto, não há razão para que o Advogado-Geral da União atue como curador dessa mesma presunção. Aliás, o silêncio da Emenda Constitucional n. 03 a esse respeito, não obstante tenha incluído um § 4º, no art. 103 da Carta Magna²³¹, **é um silêncio eloqüente**, a afastar a idéia de que houve omissão, a propósito, por inadvertência. (Grifo nosso) (SILVA, 1995, p. 62)

A partir da afirmação de José Afonso da Silva, percebe-se que a figura do *silêncio eloqüente* não é algo novo a ser introduzido no Direito brasileiro como um argumento estritamente teórico e de oportunidade para reforçar esta tese.

Não se trata de aplicar doutrina estrangeira sem que antes houvesse passado pelo crivo da doutrina e da própria jurisprudência.

A tese é a seguinte: se a lei não disse, é porque não quis dizer. Ainda mais em se tratando de direito público, como é o caso do Constitucional. Exige-se um mínimo de segurança jurídica, de modo que não se atribua às autoridades públicas a faculdade de fazer algo que a lei não comanda. Se não há o comando constitucional pela reedição de medidas provisórias, isso não significa uma omissão ou uma inadvertência do legislador constituinte. Não disse, porque não quis dizer. Não se trata de uma lacuna, mas de um *silêncio eloqüente*.

A diferença entre uma e outra existe, dado que não há lacuna sempre que a lei se mantenha em silêncio. Pode haver o silêncio e não haver lacuna jurídica. Basta que a matéria seja do conhecimento do legislador; e, mesmo assim, ele não haja disposto sobre ela.

Ora, como é de todos conhecido, o decurso de prazo implicava na aprovação do antigo decreto-lei, que foi extinto, na atual Constituição, sob

231 Constituição do Brasil. “Art. 103. [...] § 4º. A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.”

a justificativa de que tanto o decreto-lei, quanto o decurso de prazo como uma manifestação positiva de vontade, eram manifestações autoritárias provenientes de períodos de intervalo democrático.

Tanto é verdade que no art. 25, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal²³² ficou disposto que os decretos-leis editados até 02/09/88 deveriam ser apreciados, pelo Congresso Nacional, no intervalo de 180 dias, contados desde a promulgação da Constituição (05/10/88), não computado o recesso parlamentar. Encerrado este prazo, sem a apreciação destes decretos-leis, eles deveriam ser rejeitados. Uma espécie de decurso de prazo como manifestação negativa de vontade.

Quanto aos decretos-leis editados a partir de 03/09/88 até a promulgação da Constituição (05/10/88), os mesmos seriam convertidos em medidas provisórias, aplicando-se-lhes o Parágrafo Único, do art. 62, do Texto Constitucional permanente, que diz: “As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.” (Texto originário)

Assim, era reconhecida a importância do tempo na consideração do decreto-lei, e, conseqüentemente, na sua sucessora, a medida provisória, cujo ambiente de nascença é, diametralmente, diverso daquele do

232 Constituição do Brasil. “Art. 25. [...] Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição (05.10.88), sujeito este prazo à prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuem ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I – ação normativa; II – alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie. § 1º. Os decretos-leis em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição, terão seus efeitos regulados da seguinte forma: I – se editados até 2 de setembro de 1988, serão apreciados pelo Congresso Nacional no prazo de cento e oitenta dias, a contar da promulgação da Constituição, não computado o recesso parlamentar; II – decorrido o prazo definido no inciso anterior, e não havendo apreciação, os decretos-leis ali mencionados serão considerados rejeitados; III – nas hipóteses definidas nos incisos I e II, terão plena validade os atos praticados na vigência dos respectivos decretos-leis, podendo o Congresso Nacional, se necessário, legislar sobre os efeitos deles remanescentes. § 2º Os decretos-leis editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição serão convertidos, nesta data, em medidas provisórias, aplicando-se-lhes as regras estabelecidas no art. 62, parágrafo Único.”

[...] “Art. 62. [...] Parágrafo Único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.” (Texto originário). Ver o Título “De 2001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias.

decreto-lei, que foi instalado no Brasil na Constituição do Estado Novo, de novembro de 1937, e desapareceu com ela, para só vir a retornar ao ordenamento jurídico brasileiro à época dos Atos Institucionais²³³.

Nessa altura, faz-se imperioso lembrar, seguindo o raciocínio do Senador Constituinte Fernando Henrique Cardoso, de que a Assembleia Constituinte brasileira funcionou como um ponto de encontro dos cidadãos; talvez, algo inusitado em todo o mundo:

Pela primeira vez, na História do Brasil, e talvez do mundo, se faz uma Constituição com a colaboração direta da cidadania. Recebemos milhões de assinaturas em emendas populares e o povo sentiu de perto o que é consciência dos nossos direitos; entendeu, rapidamente, que, sem liberdade, não há avanço social. O Congresso foi durante a Constituinte um grande ponto de encontro de empresários, sindicalistas, representantes de igrejas, de nações indígenas, professores e estudantes. Foi uma amostra de todo o Brasil que, tocado pela consciência de que era hora de mudar, veio e pressionou. Se mais não fizemos, foi porque mais não pudemos. (BONAVIDES; ANDRADE, 1919, p. 497)

Assim, não se está reconhecendo senão que se o legislador constituinte conhecia o assunto e a sua relevância, e nada dispôs sobre ele, é porque não quis dispor. Não quis que fosse possível a reedição de medidas provisórias. Evidentemente, não significa que não se possa discutir a alteração do Texto Constitucional, de modo que sejam fixados os limites para a reedição, acaso se reconheça esta como sendo a melhor via para a realidade nacional.

Sobre esse tema (*silêncio eloquente*), Karl Larenz, em sua *Metodologia da Ciência do Direito*, leciona, ao analisar o Código Civil alemão, e destrinçar os conceitos de lacuna e de silêncio eloquente:

[...] Mas, quando existe uma «lacuna da lei», tal carece de uma explicação mais concreta. Poderia pensar-se que existe uma lacuna só quando e sempre que a lei – entendida esta, doravante, como uma expressão abreviada da totalidade das regras jurídicas susceptíveis de aplicação dadas nas leis ou no Direito consuetudinário – não contenha regra algu-

233 Getúlio Vargas, dizendo cumprir a Constituição de 1937, chegou a editar a Lei Constitucional n. 09/45, com base em dispositivo constitucional que autorizava os Decretos-leis (art. 180). Quanto aos Atos Institucionais aos quais me refiro são os e n.s. 02/65 e 04/66. Estão enquadrados na ideologia da *segurança nacional*, de imprecisos limites e lamentáveis lembranças.

ma para uma determinada configuração no caso, quando, portanto, «se mantém em silêncio». Mas existe também um «silêncio eloquente» da lei. (LARENZ, 1989, p. 448)

E exemplifica Karl Larenz, ainda distinguindo entre o silêncio da lei e a lacuna, por meio de exemplos do Direito privado alemão (casa de morada), com algo que faz lembrar do chamado *bem de família* do atual Direito brasileiro:

A modo de exemplo, o facto de não conter qualquer disposição sobre a propriedade da casa de morada (no sentido actual), não foi uma lacuna do Código Civil na sua formulação originária. É que o legislador do BGB não quis admitir um tal direito especial sobre uma casa ou uma parte do edifício, que em princípio lhe não era desconhecido, por razões da disposição das relações jurídicas sobre bens imóveis e, por isso, intencionalmente não incluiu na lei disposições a esse respeito. [...] «Lacuna» e «silêncio da lei» não são, portanto, pura e simplesmente o mesmo. O termo «lacuna» faz referência a um carácter incompleto. Só se pode falar de «lacunas» de uma lei quando esta aspira a uma regulação completa em certa medida, para um determinado sector. O acentuar do conceito de lacuna está, pois, também em estreita conexão com as aspirações a uma codificação global completa do direito, que se suscitaram no século XVIII e tiveram o seu ponto alto no século XIX. (LARENZ, 1989, p. 448)

Note-se, portanto, que a matéria não é recente, não se tratando de doutrina oportunística, ou de momento. O próprio Supremo Tribunal Federal, embora sobre outro assunto, já expôs como manifesta a sua aceitação a respeito do silêncio como expressão de vontade. Exemplo disso foram os seus acórdãos em torno do art. 114, da Constituição, que tratam da competência da Justiça do Trabalho brasileira.²³⁴

Exemplificativamente, reproduzo um trecho da decisão unânime do Supremo Tribunal, que esclarece haver a necessidade de *distinguir entre a*

234 Constituição do Brasil. “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. § 1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado à Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.” (Atualmente, a Lei n. 8984, de 07/02/95, estende a competência da Justiça do Trabalho)

lacuna e o silêncio eloquente, ao analisar o recolhimento da contribuição sindical estipulada em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Conflito de competência entre Sindicato de empregados e empregadores sobre o recolhimento da contribuição estipulada em convenção ou acordo coletivo de trabalho. Interpretação do art. 114, da Constituição Federal.

Distinção entre lacuna da lei e ‘silêncio eloquente’ desta.

Ao não se referir o art. 114, da Constituição, em sua parte final, aos litígios que tenham origem em convenção ou acordos coletivos, utilizou-se ele do ‘silêncio eloquente’, pois essa hipótese já estava alcançada pela previsão anterior do mesmo artigo, ao facultar à lei ordinária estender, ou não, a competência da Justiça do Trabalho a outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, ainda que indiretamente.

Em consequência, e não havendo lei que atribua competência à Justiça Trabalhista para julgar relações jurídicas como as sob exame, é competente para julgá-la a Justiça Comum.²³⁵

Ora, como, na prática judiciária, entendeu-se que era mais conveniente atribuir à própria Justiça Laboral a competência para o julgamento; e reconhecendo o Supremo Tribunal Federal que o estágio legislativo ainda não permitia essa conclusão, veio a Lei n. 8984, de 07/02/95, estendendo a competência da Justiça do Trabalho.

E, também, a Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998 (Reforma Previdenciária), que acrescentou o § 3º, ao art. 114, disciplinando: “Art. 114. [...] § 3º. Compete, ainda, à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a” e II²³⁶, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir”.

235 Supremo Tribunal Federal brasileiro. Recurso Extraordinário n. 130552. São Paulo. Relator Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça 28/06/91, p. 8907. Ementário Vol. 1626-03, p. 525. Revista Trimestral de Jurisprudência 136-03, p. 1340. Julgamento em 04/06/91. 1ª turma. Unânime.

236 Constituição do Brasil, na redação da Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98: “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – do empregado, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; [...] II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201 (este dispositivo trata do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social no Brasil)”.

Se for preciso mudar a lei, que seja mudada; o que não deve ocorrer é o seu arbitrário descumprimento. Lacuna e silêncio não são expressões coincidentes. A essa conclusão já chegou, no Brasil, o próprio Supremo Tribunal Federal. Veja-se como são claras as palavras do Ministro Moreira Alves, em suas razões de voto, quando demarca o silêncio da lei como fronteira intransponível à analogia.

O silêncio eloquente, diz o ministro, não se coaduna com a indesejada integração analógica, simplesmente, porque não há o que se integrar. É a teoria alemã do *beredtes Schweigen*. Com a palavra o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves (razões de voto):

O acórdão recorrido, seguindo a orientação que se tornou dominante no Tribunal 'a quo', deu pela competência, no caso, à Justiça do Trabalho, por aplicação analógica de uma das alterações que o art. 114, da Constituição Federal introduziu na competência daquela Justiça: a de que lhe compete o julgamento dos litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

Sucede, porém, que só se aplica a analogia quando, na lei, haja lacuna, e não o que os alemães denominam «silêncio eloquente» (*beredtes Schweigen*), que é o silêncio que traduz que a hipótese contemplada é a única a que se aplica o preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia.

Não se pense que esse seja um acórdão isolado. Absolutamente, não é. Outros mais poderiam ser expostos, embora, por um dever de síntese, não o considere recomendável²³⁷.

Além disso, a Constituição não desconhece o silêncio como uma forma de manifestação volitiva, quando, no art. 66, § 3º, refere-se à sanção presidencial. Diz o art. 66, § 3º: “Art. 66^A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. [...] § 3º. Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.”

237 Acaso o leitor pretenda aprofundar-se na jurisprudência brasileira do Supremo Tribunal Federal sobre o silêncio eloquente, indico os seguintes Acórdãos: Recurso Extraordinário n. 130554/91. São Paulo. 1ª Turma. DJ 28/06/91 p. 8907. Recurso Extraordinário n. 130555/91. São Paulo. 1ª Turma. DJ 28/06/91, p. 8908. Recurso Extraordinário n. 131013/91. São Paulo. 1ª Turma. DJ 28/06/91, p. 8908. Recurso Extraordinário n. 131134/91. São Paulo. 1ª Turma. DJ 28/06/91, p. 8908. Recurso Extraordinário n. 137941/92. Distrito Federal. 1ª Turma. DJ 16/10/92, p. 18045.

4.4.2. SILÊNCIO ELOQUENTE, REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL. TRABALHOS LEGISLATIVOS²³⁸

De facto, os piores atentados à segurança jurídica derivam do próprio papel intervencionista do Estado actual, que, na sua qualificada preocupação com a criação de uma ordem social mais justa porque materialmente compreendida, vai gerar uma inflação normativa que desconhece frequentemente, no seu afã regulamentador, os valores da coerência do sistema jurídica (mesmo admitindo a autonomia relativa das suas partes integrantes) e da generalidade das normas. [...] Toda esta situação afecta a certeza do direito, pois que prejudica a previsibilidade das consequências das condutas dos cidadãos e faz duvidar da adequação dos tradicionais instrumentos processuais para obter a satisfação dos direitos. A solução parece ser a de aproximar justiça e segurança em vez de as ver como valores opostos. [...] O que importa é apenas deixar claro que a segurança não se consome na simples observância da lei, qualquer que ela seja. Requer a obtenção concreta por meio da lei da justiça e da previsibilidade clara das consequências das condutas. Trata-se de uma tarefa permanente do legislador e por isso critério axiológico constante do conteúdo legislativo. (MONCADA, 1998, p. 51-52)

Retorno ao que disse Luís Cabral de Moncada, no título *O Princípio da Segurança*, em seu *Contributo para uma Teoria da Legislação*, tal como foi há pouco reproduzido.

Destaco a sua lembrança de uma indesejável inflação normativa, que afeta, decisivamente, a previsibilidade das consequências das condutas dos indivíduos, provocando um déficit de segurança e uma notória instabilidade jurídica. Isso, sem dúvida, é prejudicial à credibilidade do direito e dos limites que ele precisa impor à atuação das autoridades públicas.

Contudo, estas recomendações de cautela têm sido desconhecidas no Brasil, que encontrou, na medida provisória, um instrumento de larga

238 Ver o Título VII, De 2001 *em diante*, onde se apresenta a nova regulamentação das medidas provisórias brasileiras. Contudo, desde já, ponho em destaque o art. 62, §§ 7º e 10, da Constituição da República Federativa do Brasil: “§ 7º. Prorrogar-se-á uma única vez, por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. [...] § 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.”

utilização, já superando as mesmas a marca de seis mil, entre edições e reedições. Quanto aos assuntos nelas veiculados, são os mais díspares, desde a remuneração de servidores públicos até à venda de veículos populares. Funcionavam como revistas mensais de temas variados, por vezes republicadas com sutis alterações, que, para serem detectadas, exigiam uma atenção toda especial.

É uma investigação constante em volumes e volumes, tal como demonstra a Coletânea de Medidas Provisórias publicada em *Revistas Especiais do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. O volume 4 estava na Medida Provisória n. 1.000. Cada um deles contendo cerca de 1.000 páginas. Mas, onde estava o embasamento jurídico para a reedição destas medidas? Por um dever de imparcialidade, e para início de análise, transcrevo o art. 62, da Constituição (Texto original):

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo Único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes." (Texto originário)²³⁹

Como se vê, havia um completo silêncio acerca da reedição. Se a Constituição nada falava sobre a reedição das medidas provisórias é porque não queria que ela houvesse. Era esta a tese que defendia.

E não pense que isso constituía uma postura tão isolada, pois o próprio Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, logo após a promulgação da Constituição de outubro de 1988, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 365-8/600²⁴⁰, ao tratar das Medidas Provisórias n.s. 200 e 212/90, que disciplinavam a mesma matéria contida no art. 5º, da Medida Provisória n. 195/90, disse algo que não pode deixar de ser lembrado. Em resumo, ele equiparou a rejeição e a não conversão em seus

239 Ver o Título "De 2001 *em diante*", no qual analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias.

240 Ver Diário de Justiça, Seção I, p. 10717/10718, de 05/10/90.

efeitos jurídicos. Em ambos os casos, defendeu a desconstituição integral e radical, com eficácia *ex tunc* das medidas não convertidas.

Reeditar medida provisória não convertida em lei seria, no ponto de vista que defendeu em suas razões de voto, uma *usurpação da competência constitucional deferida, privativamente, ao Congresso Nacional*.

Diz que não é possível confundir Decreto-lei com Medida Provisória, pois, no primeiro, a rejeição não acarretava a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência, enquanto, na segunda, ela perderia a eficácia desde a edição, cabendo ao Congresso Nacional, pela via do decreto legislativo, disciplinar as relações jurídicas decorrentes. Palavras duras, mas ditas por um constitucionalista respeitado, e Ministro do Supremo Tribunal Federal.

São os termos claros do Ministro Celso de Mello, proferidos nos idos de outubro de 1990, e que precisam ser recuperados pela história constitucional, quer em termos de doutrina quer em termos jurisprudenciais:

[...] A convalidação, por deliberação executiva, de atos praticados com fundamento em medidas provisórias não convertidas afronta o preceito consubstanciado no art. 62, Parágrafo Único, da Constituição, que prevê a sua desconstituição, integral e radical, com eficácia 'ex tunc'. A preservação, no tempo, dos efeitos de medidas provisórias não apreciadas pelo Congresso Nacional revela-se em manifesta colidência não só com o que expressa e literalmente dispõe o Texto Constitucional, mas, também, com a própria 'mens constitutionis', que quis suprimir a possibilidade de sua subsistência no mundo jurídico.

Ao contrário do que ocorria com o decreto-lei, cuja reedição não acarretava a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência (CF/69, art. 55, § 2º.), a rejeição – e igualmente a não conversão – da medida provisória despoja-a de eficácia jurídica desde o momento de sua edição. [...] A ratificação, pelo Poder Executivo, dos atos editados sob a égide de medida provisória não convertida, por traduzir usurpação daquela competência constitucional deferida privativamente ao Congresso Nacional, revela-se írrita e nula em sua indisfarçável desvalia jurídica. [...].

São tão enfáticas as palavras contidas nessa análise (razões de voto), que mais não se precisaria acrescentar. Bastaria que a prática constitucional das autoridades públicas, inclusive do Presidente da República,

respeitasse tais recomendações. Mas não foi o que ocorreu. A justificativa que se pode encontrar para tanto faz lembrar o que disse Helmut Coing, em seus Fundamentos de Filosofia do Direito. Ao tratar do que denomina de lógica jurídica, revela que ela não é autônoma, pois também as decisões jurídicas particulares tomam fundamento em decisões valorativas, havendo uma mediação de valores expandida no conflito de interesses que cerca cada caso. (COING, 1976, p. 61)

O sistema jurídico não é composto só de normas, sendo equivocado imaginar que três palavras do legislador façam com que sejam superadas bibliotecas inteiras, cujo destino seria o lixo²⁴¹.

Todo o estudo sério, teórico ou prático, em Direito, tem, no mínimo, uma importância de modo a promover o aconselhamento tanto do legislador quanto também do aplicador (juiz ou administrador público). Revela novos horizontes, faz surgir novas perspectivas. É com essa convicção que prossigo. Nesse estágio, surgem algumas indagações que precisam ser respondidas.

Admitindo a tese do silêncio constitucional e da impossibilidade histórica de serem reeditadas medidas provisórias, o que fazer se o Congresso Nacional nada dispuser sobre a disciplina das relações jurídicas decorrentes da medida provisória não convertida.

Primeiro, é de se dizer que esse problema não aparece, apenas, quando houver o silêncio congressual, pois a mesma questão também poderá ser levantada na hipótese de a medida provisória vir a ser rejeitada.

Afinal, a medida pode, teoricamente, ser rejeitada. Assim, o problema está posto nas duas situações. A resposta mais simples seria aquela de que o Congresso Nacional tem o dever político de editar o decreto legislativo correspondente. Mas, se não o fizer?²⁴²

241 Kirschmann afirma que se “o sistema jurídico fosse completo apenas de normas bastariam ‘três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras de direito iriam para o lixo.” (KIRSCHMANN, 1989, p. 81, nota de rodapé n. 130)

242 A Emenda Constitucional n. 32, de 11/09/2001, assim disciplina o assunto: “Art. 62. [...] § 6º. Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias, contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando **sobrestadas**, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. [...] § 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência **conservar-se-ão por ela regidas.**”

Vejo, aí, duas sugestões mais imediatas, afora providências paliativas de ampliação do prazo dos 30 dias (Texto originário), tal como procedeu a Emenda Constitucional n. 32/11/09/2001, e da implantação constitucional dos termos e das condições da reedição.

A primeira é a de se recorrer ao Judiciário pela via do mandado de injunção, dado que já existem pronunciamentos atribuindo a esse expediente processual a eficácia da fixação de prazo para o cumprimento da função normativa.

Acaso este venha a ser descumprido, o que é uma hipótese plausível, confere-se ao prejudicado o direito de interpor uma ação econômica reparatória²⁴³.

E, quando vier o decreto legislativo, se esse for ainda mais favorável, ele retroage de maneira a beneficiar o indivíduo, jamais sendo permitida a retroatividade prejudicial, em nome do resguardo do limite objetivo da irretroatividade.

Quanto à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, no Brasil, não encontro efeitos práticos; pois, na jurisprudência predominante, ela não irá além do mero aconselhamento, possivelmente descumprido.

A outra via, que é contundente, está na paralisação dos trabalhos do Congresso Nacional até que seja aprovado o decreto legislativo respectivo. Esta hipótese, a do sobrestamento, atualmente, encontra-se no art. 62, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

É de se realçar que só cabe a edição de medida provisória em hipóteses *relevantes e urgentes*, de forma que estas é que estariam a justificar a paralisação dos trabalhos ordinários do Congresso Nacional.

Nesse sentido, bem antes da Reforma Constitucional de 2001, após pesquisa junto à Casa Legislativa, constatei ter sido proposta uma Emenda, em Plenário, ao Texto Substitutivo apresentado pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação ao Projeto de Lei Complementar n. 223-B, de 1990, dos Deputados Nelson Jobim, Adylson Mota, Plínio de Arruda Sampaio, José Serra e Haroldo Lima. Lembrando que o ex-Deputado Nelson Jobim ocupa, atualmente, o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. O texto proposto detinha a seguinte redação:

243 Já foram citados: Mandado de Injunção n. 283. Distrito Federal. DJ 14/11/91, p. 16355 e MI n. 355/94. Julgamento, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 07/10/94.

Art. [...] Inadmitida, nos termos do art. 4º, desta Lei Complementar, ou não convertida, total ou parcialmente, em lei uma medida provisória, o Congresso Nacional editará, no prazo de 60 (sessenta) dias, Decreto Legislativo dispendo sobre as relações jurídicas dela decorrentes.

Parágrafo Único. Nenhuma outra matéria será discutida ou votada pelo Congresso Nacional ou por qualquer de suas Casas enquanto não cumprido o disposto no caput.

Reconheço que a medida é bastante severa. Assim, salvo melhor juízo, talvez a saída mais adequada seja aquela de, não havendo a conversão da medida provisória em lei, no prazo constitucional de vigência, que o Congresso Nacional delibere, para a hipótese da sua omissão, a manutenção, neste período, dos efeitos produzidos, de modo a não restar violada a segurança jurídica expressa no limite objetivo da irretroatividade.

Note-se, portanto, que, de fato, havia, no Direito brasileiro, uma fábrica potencial de lacunas jurídicas:

- a) diante da rejeição da medida provisória sem a correspondente aprovação do decreto legislativo;
- b) diante do silêncio congressual para além dos 30 dias constitucionais (texto originário), não havendo, também aí, a emissão do decreto legislativo exigível.

São casos típicos, nos quais a jurisdição não instaura a completude, sendo, no máximo (*mandado de injunção*), meramente complementar ao ordenamento jurídico, observando as pautas autorizadas no sistema.

Na perspectiva mais otimista, produz-se a coisa julgada, mas não se eliminam o vazio e as dúvidas que lhe correspondem, restando, sempre, a possibilidade de o Congresso Nacional editar decreto legislativo noutro sentido.

Em outras palavras, a medida provisória era uma fonte inesgotável de lacunas jurídicas. Daí, o Poder Legislativo brasileiro deter a difícil função de pensar em um modelo geral, procurando formas adaptadas à realidade brasileira e às necessidades sociais que dela emergem.

Para fazer justiça ao trabalho que se tem realizado, procurei investigar o que havia em torno do assunto da não conversão das medidas provisórias em lei, quer por rejeição quer pelo silêncio congressual.

Desenvolvi esta pesquisa a partir do Projeto de Emenda Constitucional calcado no Parecer do Senador José Fogaça; na Proposta de Resolução

contida no mesmo Parecer (art. 18) e na Resolução n. 01/ maio de 89, do Congresso Nacional (art. 17).²⁴⁴

Eis o material colhido com a pesquisa:

1. Projeto de Emenda Constitucional.

Art. 62. [...]

§ 5º. Caberá a uma Comissão Mista permanente única de Senadores e Deputados examinar as medidas provisórias e emitir parecer antes de serem votadas na forma regimental, pelo Plenário de cada uma das Casas Legislativas.

§ 6º. Se não for apreciada no prazo de sessenta dias de seu recebimento no Congresso Nacional, a medida provisória será colocada, em regime de urgência, na ordem do dia da Casa Legislativa em que se encontrar em tramitação, observado o critério de alternância simples entre estas duas Casas.

§ 7º. É vedada a reedição de medida provisória, no todo ou em parte, sempre que o Congresso Nacional, por proposição da Comissão Mista, aprovar decreto legislativo que declare a cessação de sua eficácia e discipline a garantia dos atos jurídicos realizados durante sua vigência.

[...]

2. Proposta de Resolução do Congresso Nacional/96.

Art. 18. Com o fim de vedar a reedição de medida provisória específica, no todo ou em parte, poderá a Comissão Mista apresentar projeto de decreto legislativo que declare a cessação de sua eficácia, e normatize a garantia dos seus atos jurídicos realizados durante a sua vigência.

3. Resolução n. 01/89, do Congresso Nacional.

Art. 17. Esgotado o prazo a que se refere o parágrafo único do art. 62, da Constituição Federal (30 dias), sem deliberação final do Congresso Nacional, a Comissão Mista²⁴⁵ elaborará Projeto de Decreto Legislativo, discipli-

244 Ver a Emenda Constitucional n. 32/11.09.2001, que dá nova regulamentação jurídica às medidas provisórias. Ver, também, o Título "De 2001 *em diante*", onde analiso a gestação da Emenda, o seu texto e algumas das suas conseqüências.

245 Atualmente, trata-se de uma Comissão composta por sete deputados e sete senadores, que tem a incumbência de formular parecer sobre a relevância e a urgência de cada medida provisória apresentada pelo Presidente da República, além de formular um juízo sobre a constitucionalidade de cada uma delas. Este Parecer vai ao Plenário de cada uma das duas Casas do Congresso Nacional. Há proposta de reforma da composição desta Comissão, indo a sua composição para 17 deputados e 17 senadores. É o Projeto de Resolução/ Congresso Nacional, de 1996, nos termos do Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Substitutivo oferecido pela Comissão Espe-

nando as relações jurídicas decorrentes e que terá tramitação iniciada na Câmara dos Deputados.

No art. 17, da Resolução n. 01/89 – Congresso Nacional, que é imediatamente posterior à edição da Constituição de outubro de 1988, encontro reconhecido o silêncio congressual como hipótese de perda de eficácia da medida provisória, partindo-se do pressuposto de que se o Congresso Nacional não a analisou é porque não a entende como relevante ou urgente.

Há quem discorde disso, argumentando que se o decurso de prazo que implicava na aprovação do decreto-lei era autoritário, também seria o decurso de prazo como hipótese de rejeição da medida provisória.

Portanto, a prevalência do Parecer, em cada medida provisória, da Comissão Mista referida pode vir a ser a melhor resposta para o silêncio do Congresso Nacional.

Por enquanto, na primeira etapa de análise, circunscrita ao prazo dos cinco dias²⁴⁶ – no que diz respeito à relevância e à urgência, que são requisitos de admissibilidade gerais, é que, acaso sobre eles o Congresso não delibere, prevalecerá a compreensão de que existem. Contra isso, há proposta de reforma no sentido de que, na omissão do Congresso Nacional sobre estes dois pressupostos²⁴⁷, deveria prevalecer o parecer da Comissão Mista. Mas esse é um assunto que reservo para mais adiante. Digo, apenas, que o silêncio congressual, na apreciação das medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, pode vir a ser resolvido pela manutenção dos efeitos já ocorrentes, no período constitucional dos 30 dias (texto originário), e mediante a prevalência do parecer da Comissão Mista, que teria a incumbência de colocar, em anexo ao seu parecer, na hipótese de o mesmo ser contrário à medida,

cial (Relator Senador Josaphat Marinho) às Propostas de Emenda à Constituição n.s. 01, 04, 11, 20 e 65, todas de 1995, relativas a Medidas Provisórias. Relator Senador José Fogaça.

246 Constituição do Brasil. “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.” (Texto originário) Ver o Título “De 2001 *em diante*”, onde analiso a Reforma Constitucional das medidas provisórias brasileiras (Emenda Constitucional n. 32, de 11/09/2001).

247 Nos termos da Emenda Constitucional n. 32/2001: “Art. 62. [...] § 5º. A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.”

um Projeto de Decreto Legislativo, que poderia vir a ter efeitos retroativos, desde que não fossem prejudiciais aos indivíduos atingidos pela medida provisória sob análise.

Assim, o Congresso Nacional e todos os indivíduos saberiam que o silêncio do Legislativo teria consequências previsíveis. Essa é uma das formas que encontro para a colmatação desta fonte permanente de lacunas jurídicas²⁴⁸, que é a medida provisória no Brasil. Outro caminho, que não obstrui este de agora, foi aquele que esbocei em conclusões anteriores, e que termina sendo de lege ferenda constitucional. Em resumo:

I. Expandiria-se o prazo de 30 dias (Parágrafo Único, do art. 62, da Constituição de outubro de 1988 – Texto originário) para 60, admitindo que, apenas no dia subsequente ao encerramento desse prazo, adviesse a reedição.

A medida reeditada teria um prazo de eficácia limitado a 30 dias²⁴⁹. Com isso, afastaria-se o estratagema de não deixar escoar esse prazo para reeditar a medida. Imagina-se que, desse modo, está-se evitando o seu escoamento; pois, sendo assim, jamais deixaria o Presidente da República ultrapassar o período constitucional, sempre reeditando a medida antes do seu encerramento.

Aqui seria ultrapassado o limite (embora maior – 60 dias), mas seria facultada uma única reedição no dia imediatamente subsequente ao do escoamento.

Realço, contudo, que a opção escolhida pela Reforma Constitucional de setembro de 2001 foi a de ampliar o prazo constitucional para 60 dias, permitindo a sua prorrogação por uma única vez, e estabelecendo que, durante o recesso congressual, o mesmo ficaria suspenso.

II. A medida provisória rejeitada por haver o Congresso Nacional considerado como inexistentes os pressupostos da relevância e da urgência, deveria ser, automaticamente, convertida em projeto de lei, ao qual resta-

248 “Pode haver casos que devam ser regulados juridicamente, mas para os quais a lei não dê resposta imediata. Estes casos chamam-se ‘lacunas’ da lei.” (MENDES, 1997, p. 237)

249 Ver o Título “De 2001 *em diante*”, em que analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias. Pela Emenda Constitucional n. 32/2001, o prazo constitucional é de 60 dias, prorrogável uma única vez. Durante os períodos de recesso do Congresso Nacional, o prazo é suspenso (art. 62, § 4º).

ria assegurado o regime de urgência, tal como hoje está consignado no § 2º, do art. 64, da Constituição de outubro de 1988²⁵⁰.

III. A medida provisória não convertida em lei por outro motivo, inclusive o do seu simples silêncio, poderia, ainda na mesma sessão legislativa, ser reapresentada; desde que compatível com o conteúdo constitucional, e não estando esta hipótese expurgada por decreto legislativo, exigindo-se a retificação dos defeitos porventura encontrados pelo Congresso, se o fundamento da rejeição o permitir. A opção da Reforma Constitucional de setembro de 2001 foi no sentido de vedar a reedição, na mesma sessão legislativa, em duas hipóteses, a saber: a) rejeição; b) perda de eficácia por decurso de prazo.

É bem verdade que se pode ponderar sobre a adequabilidade da reapresentação da medida na mesma sessão legislativa, dado que, nos termos do art. 67, da atual Constituição do Brasil, a matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

A isso respondo que, veiculando a medida provisória matéria relevante e urgente, faz-se justificável que assim se proceda, particularmente diante do silêncio congressual. Mas, para isto, é preciso novamente mudar a Constituição brasileira.

Essa atitude não diminuiria em nada o Poder Legislativo, não o transformando, absolutamente, em um poder de fachada; pois ele poderia vedar a reedição nos termos do decreto legislativo que está obrigado a aprovar.

Contudo, por dever de imparcialidade, reproduzo as palavras bastante conhecidas de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que defende um perfil constitucional de democracia em que o Legislativo não “relaxe” em suas prerrogativas²⁵¹.

250 Constituição do Brasil. “Art. 64. [...] § 1º. O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de lei de sua iniciativa. § 2º. Se, no caso do parágrafo anterior, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobre a proposição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação.”

251 Constituição do Brasil. “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior comenta o exagero das reedições, inclusive de medidas provisórias anteriormente rejeitadas, de onde retira o arbítrio do Executivo e a condição indesejável de semi-Poder do Legislativo Federal:

Sobre a reedição das Medidas Provisórias [...] A consequência perversa deste entendimento é óbvia²⁵². Em tese, reeditando medidas provisórias, até mesmo quando explicitamente rejeitadas, o chefe de Estado se outorga o poder discricionário de disciplinar não importa que matéria, fazendo do Congresso um mero aprovador de sua vontade ou um poder emasculado cuja competência 'a posteriori' viraria mera fachada por ocultar a possibilidade ilimitada de o Executivo impor, intermitentemente, as suas decisões.

E, finalmente, vaticina, conclamando os brios do Congresso Nacional:

Afinal, de provisória em provisória se iria enchendo o papo presidencial. Pode ser até mesmo que o Legislativo, mais brioso e menos relaxado em suas prerrogativas e deveres, jamais deixasse escapar de suas mãos, como representante do povo, o indeclinável direito de o povo obrigar-se a si mesmo apenas e tão-somente por força de sua vontade e por meio de lei. Contudo, o perfil de democracia constitucional que o entendimento formal exarado no parecer da Consultoria nos traça é, no mínimo, de um presidencialismo imperial entre absoluto e arbitrário. (FERRAZ JÚNIOR, 1990, p. 94)

Outra questão que ainda se põe no tema do silêncio congressional, é aquela que discute se não haveria, da parte do Presidente da República, um desrespeito para com o Congresso Nacional, acaso venha a expedir medida provisória sobre matéria que esteja em tramitação legislativa.

Imagine-se que um projeto de lei esteja no percurso de uma das etapas legislativas, como, por exemplo, a da discussão do seu conteúdo. Nessas circunstâncias, debate-se se poderia o Presidente da República editar, sobre o mesmo tema, uma medida provisória, atropelando a atividade legiferante. Entendo que, em havendo os pressupostos constitucionais da relevância e da urgência, não se trataria de atropelamento; mas de cumprimento das prerrogativas presidenciais, não sendo este um obstáculo, preliminarmente, insuperável.

252 Referia-se à postura jurídica favorável à reedição, adotada, por exemplo, no Parecer do à época Consultor Geral da República Saulo Ramos (Parecer n. SR-92, de 21/06/89).

Finalmente, considero imperioso não esquecer de como a jurisprudência tratou o tema da reedição das medidas provisórias no Brasil.

Como se verá, a direção que ela apontou foi no sentido da possibilidade da reedição, mediante algumas ressalvas.

4.4.3. REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA, PRINCÍPIOS JURÍDICOS IMPLÍCITOS E A JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL²⁵³

Há que praticar uma Ciência do Direito virada para a resolução de problemas concretos, com atenção particular aos fenômenos do pré-entendimento, das unidades previsão – estatuição e interpretação – aplicação e do ponderar das consequências da decisão, numa linha de consenso. (CORDEIRO, 1997, p. 1283)

Comenta Herbert Hart (1994, p. 335-336), em seu *O Conceito de Direito*, ao tratar do “poder discricionário judicial”, criticando o pensamento de Ronald Dworkin, que este último detinha a perspectiva de que o que era incompleto não era o direito, mas a imagem positivista que dele era aceite; pois, além do direito estabelecido explícito, precisavam ser considerados os princípios jurídicos implícitos, que seriam aqueles que melhor se ajustavam ao direito explícito ou com ele mantinham coerência, e também lhe conferiam a melhor justificação moral²⁵⁴.

Nesse sentido interpretativo, o Direito não seria incompleto ou indeterminado, pois o juiz nunca teria a oportunidade de sair do Direito e de exercer um poder de criação no proferimento das suas decisões.

253 Ver o Título VII, De 2001 *em diante*, onde se apresenta a nova regulamentação das medidas provisórias brasileiras. Desde já, contudo, faço referência ao art. 62, §§ 7º e 10: “§ 7º. Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. [...] § 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.”

254 “Decerto sabemos também que o direito não é tudo, nem talvez o que nos é pessoalmente mais importante, na existência que nos possibilita esse meio social e nem mesmo na nossa imediata vida de relação. [...] Nem hesitamos em afirmar que o respeito e a lealdade que nos devemos uns aos outros, e bem assim o dever de auxílio a que a nossa consciência nos convoca perante a situação de infortúnio de alguém e que está nas nossas mãos remediar etc., não hesitamos na verdade em afirmar que tudo isto tem a ver directamente com a ética ou a moral, e não propriamente com o direito.” (NEVES, p. 1-2)

Mas Herbert Hart faz a ressalva de que ele próprio, embora advogasse a existência de um poder de criação judicial, particularmente na resolução de casos parcialmente deixados de regular pelo Direito, os distingue daqueles poderes próprios aos órgãos legislativos; pois, além de serem mais estreitos, não vão além dos casos concretos que urgem ser resolvidos, não encampando a introdução de reformas de larga escala ou novos códigos.

E Herbert Hart complementa o seu discurso, dizendo que não há dúvida de que a retórica familiar do processo judicial encoraja a ideia de que não existem, em um sistema jurídico desenvolvido, casos juridicamente não regulados.

Em outras palavras, o juizalaria como se o direito fosse um sistema sem lacunas, ou espaços vazios, mas sublinha Hart a sua insatisfação quanto à imagem do juiz como um simples “porta voz” do Direito, pois não são incomuns os casos submetidos a julgamento que podem ser decididos em um sentido ou em outro.

Em seu reforço, argumenta com o consentimento de magistrados da estatura de Oliver Wendell Holmes e Cardozo, nos Estados Unidos e de Lorde Macmillan, Lorde Radcliffe e Lorde Reide, na Inglaterra. Eis o que ele, verdadeiramente, fala, de modo que o tenha sem intermediários:

Mas é importante distinguir a linguagem ritual utilizada pelos juízes e juristas, quando os primeiro decidem os casos nos tribunais, das suas afirmações mais reflexivas sobre o processo judicial. Juízes da estatura de OLIVER WENDELL HOLMES e de CARDOZO, nos Estados Unidos, ou de Lorde MACMILLAN, de Lorde RADCLIFFE ou de Lorde REIDE, na Inglaterra, e um conjunto de outros juristas, não só académicos como práticos, têm insistido em que há casos deixados incompletamente regulados pelo direito, em que o juiz tem uma tarefa inevitável, embora «intersticial», de criação de direito, e que, tanto quanto diz respeito ao direito, muitos casos podiam ser decididos num sentido ou noutro. [...] Trata-se da importância caracteristicamente ligada pelos tribunais, quando decidem casos não regulados, ao procedimento por analogia, de forma a assegurarem que o novo direito que criam, embora seja direito novo, está em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, reconhecidos como tendo já uma base no direito existente.

E arremata com o carácter criativo da atividade jurisdicional:

Só se, para tais casos, houvesse sempre de se encontrar no direito existente um determinado conjunto de princípios de ordem superior atribuindo ponderações ou prioridades relativas a tais princípios concorrentes de ordem inferior, é que o momento de criação judicial de direito não seria meramente diferido, mas eliminado. (HART, 1994, p. 337-338)

Respondendo, ainda, ao argumento de Ronald Dworkin de que se aos juízes fosse dado o poder de criar Direito, esta seria uma forma de criação jurídica antidemocrática, dado que, em regra, os juízes não são eleitos, e, em uma democracia, só os representantes eleitos do povo deveriam ter poderes de criação jurídica, contesta, afirmando que este seria o preço necessário, e o considera baixo, de modo a evitar a inconveniente utilização de métodos alternativos de regulamentação deste gênero de litígios, como seria o caso do reenvio da questão ao órgão legislativo.

Ainda sobre o problema da lacuna, Hans Kelsen²⁵⁵, embora não reconheça como o faz Herbert Hart, a sua existência, também conclui no sentido de que ao juiz está facultado regular, retroativamente, o direito em relação ao caso concreto, obrigando, juridicamente, o indivíduo.

Creio, pessoalmente, que, entremeando todos esses dissensos, não há divergências tão abertas e incontornáveis; pois os tais casos *difíceis de DWORKIN* (1987, p. 22) podem estar regulamentados senão por aquilo que chama de princípios implícitos, e, mesmo assim, continuam difíceis, costumando permitir mais de uma solução, sendo escolhida, por uma lógica valorativa de preferência, uma delas.

Os *standards*, ou pautas, que operam como princípios diretrizes, que fixam objetivos a serem alcançados, e que eliminariam o poder criador dos juízes, são um argumento retórico que não reduz o poder judicial; porquanto, antes, são apenas uma nova justificativa para a fixação das fronteiras decisórias.

De fato, o Poder Judiciário, em seu dia a dia, depara-se com casos difíceis (lacunas, indeterminações etc), recorrendo a normas aplicáveis a um número indeterminado de atos ou fatos, não obstante o façam de maneira especial,

255 Ver lacunas da lei. a) a ideia de lacunas é uma ficção; b) o propósito da ficção das lacunas. Hans Kelsen conclui o seu entendimento afirmando que a teoria das lacunas da lei constitui uma ficção, pois sempre será, logicamente, possível, embora algumas vezes mediante soluções inadequadas, aplicar o ordenamento jurídico, expedindo uma norma individual com força retroativa. (KELSEN, 1958, p. 174-177).

na medida em que não regulam senão tais atos ou fatos (situação jurídica determinada); como, também, recorre aos princípios expressos ou implícitos, que, em regra geral, comportam uma série indefinida de aplicações.²⁵⁶

Portanto, minha conclusão é a de que, em nenhuma exposição jurídica, deve ser a jurisprudência relegada ao campo da superficialidade, sob pena de se abrir mão de algo cuja importância não se permite ver desprezada.

Foi com esse espírito que examinei a jurisprudência nacional, particularmente dos tribunais, e, mais especialmente ainda, do Supremo Tribunal Federal.

Sem querer ser cansativo, mas buscando ser o mais possível abrangente em minha análise, selecionei uns poucos acórdãos que, em grande medida, definem o que pensou o mais elevado tribunal do Brasil sobre a reedição de medidas provisórias.

Primeiro, parecia assente, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ser possível a reedição de medidas provisórias. Depois, também parecia consensual a impossibilidade da reedição de medida provisória que já foi, expressamente, rejeitada pelo Congresso Nacional.

Após, havia um forte entendimento no sentido de permitir que uma medida provisória suspenda os efeitos de outra, e que, caso venha a ser convertida em lei, revogue não apenas a lei anterior existente, como também a própria medida provisória que havia suspenso. Na hipótese de não vir a ser convertida em lei, parece que o Supremo Tribunal Federal considerava que continuava a produzir efeitos a medida provisória suspensa; isso dentro do prazo restante de sua vigência.

Não significa, contudo, que as medidas provisórias estejam imunes ao exame de constitucionalidade, inclusive na via difusa, ocorrendo, porém, a necessidade de se aditar a ação que lhe ataca, na hipótese de reedição, sob pena de ser extinto o feito por ausência de objeto.

Eram, nesses sentidos, os acórdãos mais encontrados; e, por isso, escolhi uns poucos exemplares que confirmam as minhas afirmações.

256 Crisafulli utiliza o critério estrutural para diferenciar entre o princípio e a norma particular. Os princípios estariam caracterizados pela maior generalidade em relação às normas. O princípio geral compreenderia não somente uma hipótese determinada, mas uma série indeterminada de hipóteses. Dos princípios (escritos ou não escritos) derivariam as normas particulares (escritas ou não escritas). (CRISAFULLI, 1941, p. 235-236).

1. Possibilidade de reedição de medidas provisórias dentro do prazo de validade dos 30 dias (Texto originário).

Não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de outro provimento da mesma espécie, dentro de seu prazo de validade de trinta dias. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n. 1617. Julgamento em 11.06.97. DJ 15.08.97, p. 3735. Ementário Vol. 1878-01, p. 107. Relator Ministro OCTÁVIO GALLOTTI. Tribunal Pleno.

2. Impossibilidade de reedição quando a anterior houver sido rejeitada pelo Congresso Nacional.

O Supremo Tribunal Federal não admite reedição de medida provisória, quando já rejeitada pelo Congresso Nacional (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 293. Revista Trimestral de Jurisprudência 146/707). Tem, contudo, admitido como válidas e eficazes as reedições de medidas provisórias, ainda não votadas pelo Congresso Nacional, quando tais reedições hajam ocorrido dentro do prazo de trinta dias de sua vigência. Até porque o poder de editar medida provisória subsiste, enquanto não rejeitada (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 295; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1533, entre outras). Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n. 1610. Julgamento em 28.05.97. Por maioria. DJ 05.12.97, p. 63948. Ementário Vol. 1892-02, p. 269. Relator Ministro SYDNEY SANCHES. Tribunal Pleno.

3. Medida provisória posterior suspende medida provisória anterior. Caso a posterior seja convertida em lei, torna-se definitiva a revogação; caso não seja, a anterior deve ser apreciada no prazo restante de vigência.

Ausência de plausibilidade do fundamento, no primeiro caso, assentado que já se encontra, no Supremo Tribunal Federal, que o Presidente da República pode expedir medida provisória revogando diploma da mesma espécie, ainda em exame no Congresso Nacional, cuja eficácia ficará suspensa, até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a medida provisória ab-rogante, a qual, se convertida em lei, tornará definitiva a revogação; retomando os seus efeitos, em caso contrário, a medida ab-rogada, que poderá, por sua vez, ser apreciada pelo Poder Legislativo no prazo restante de sua vigência. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n. 1370.

Julgamento em 18.12.95. DJ 30.08.96, p. 30603. Ementário Vol. 1839-01, p. 152. Relator Ministro ILMAR GALVÃO. Unânime nesta parte. Tribunal Pleno.²⁵⁷

4. Cabe ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade contra medida provisória. “É cabível Ação Direta de Inconstitucionalidade contra medida provisória. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n. 295. Julgamento em 22.06.90. Por maioria. DJ 22.08.97, p. 38758. Ementário Vol. 1879-01, p. 01. Relator Ministro MARCO AURÉLIO. Tribunal Pleno.”
5. É preciso aditar a ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta contra medida provisória, se, antes do seu julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, houver ocorrido reedição.²⁵⁸

É também orientação do Supremo Tribunal Federal a de que, havendo reedição de medida provisória contra a qual foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade, e não sendo a inicial desta aditada para abarcar a nova medida provisória, fica prejudicada a ação proposta. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n. 1665. Julgamento em 27.11.97. DJ 08.05.98, p. 02. Ementário Vol. 1909-01, p. 65. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Unânime. Tribunal Pleno.

Em resumo, o Supremo Tribunal Federal acolheu a reedição de medidas provisórias, desde que não houvessem sido rejeitadas pelo Congresso Nacional, sequer discutindo a teoria do silêncio eloquente nesta matéria, embora, em outras, por inúmeras vezes, tal como demonstrei anteriormente, haja levantado a mesma teoria para solucionar as questões que lhe foram submetidas.

A justificativa jurídica que este Alto Tribunal encontrou para a reedição das medidas provisórias foi aquela de que, no momento em que o art. 62, da Constituição, fazia referência ao prazo dos 30 dias (Texto originário), bastava ao Presidente da República proceder de modo a não vê-lo escoado.

E a rotina utilizada pelo Presidente da República era a de reeditar as medidas provisórias não analisadas pelo Congresso Nacional. Afinal, agin-

257 Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade diz respeito ao art. 213, da atual Constituição do Brasil, que trata dos recursos públicos destinados às escolas públicas, podendo, ainda, ser dirigidos às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei.

258 Esta Jurisprudência permite ao Governo Federal reeditar medidas provisórias com o único objetivo de tornar sem objeto eventuais Ações Diretas de Inconstitucionalidades acaso interpostas; isto bem antes do escoamento do prazo de vigência constitucional.

do assim, não haveria o transcurso do prazo constitucional, pois ele ficaria suspenso a cada nova medida provisória editada.

Abaixo de tal perspectiva, houve medidas provisórias que duraram anos, embora, originariamente, não devessem ultrapassar, nessa condição, mais do que alguns dias.

A interpretação do Supremo Tribunal Federal fez com que, de fato, a medida provisória não estivesse submetida a prazo algum, aparecendo como uma ilusão o interregno dos 30 dias (texto originário).

Em socorro a tal interpretação, em que até o prazo constitucional dos 30 dias tornou-se indeterminado (texto originário), encontro raciocínios de base econômica e política que, inegavelmente, interferiram no Direito formal moderno. (GUNTHER TEUBNER, 1989, p. 207)

Particularmente, considero que isso sabote a determinabilidade e a calculabilidade jurídica, contribuindo para o que Justus Hedemann chamou de *osteoporose do direito*. (Idem, p. 203)

Ora, a despeito de a jurisprudência puder ser entendida como criadora, não deveria tornar indeterminado algo que, naturalmente, não é.

O prazo constitucional de vigência é um limite objetivo imposto pela ordem jurídica constitucional em vigor, não podendo a jurisprudência construir um novo prazo, que, pela sua indeterminação, provoca um conflito entre o processo prático e a previsibilidade constitucional.²⁵⁹

Pois bem, o tema, a seguir, caminha em torno da relevância e da urgência exigidas como requisitos de admissibilidade de toda medida provisória expedida pelo Presidente da República.

É o que vai mais adiante: relevância e urgência como conceitos jurídicos indeterminados.

Em torno da expressão “conceito indeterminado”, o Supremo Tribunal Federal faz exíguas referências, talvez porque seja na própria atuação jurisprudencial que eles adquiram uma maior densidade.

O único caso que tive notícia foi o relativo à noção de crime político com o objetivo de verificação da competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento do sequestro de um famoso empresário brasileiro.

259 Note-se que esta questão é diversa daquela apresentada por Karl Engisch, em sua *Introdução ao Pensamento Jurídico*, quando ele menciona que até os conceitos exatos, como aqueles numéricos, podem tornar-se indeterminados, exemplificando com as notas de exame, em relação às quais haveria uma certa “margem de jogo” (1983, ps. 259-260).

Segundo o Supremo Tribunal Federal:

Sob a ótica da ordem jurídica nacional, um fato submetido à sua jurisdição e que, sob a perspectiva de um ordenamento estrangeiro, configure crime político, não terá, no Brasil, a mesma qualificação jurídica, salvo se simultaneamente ofender ou ameaçar a segurança ou a ordem político-social brasileiras.

Esta foi a conclusão do Supremo Tribunal Federal:

Os fatos pelos quais condenados os recorrentes podem ser reputados delitos políticos pelos Estados contra cujos sistemas e valores de caráter político os agentes pretendessem dirigir a atividade finalística da associação clandestina e a aplicação, nela, do produto da extorsão que aqui obtivesse êxito; para o Brasil, entretanto -, a cuja ordem política são estranhos a motivação e os objetivos da ação delituosa -, o que existe são apenas os crimes comuns configurados – independentemente de tais elementos subjetivos do tipo – pela materialidade da conduta dos agentes.

Assim, a ação dos sequestradores foi considerada crime comum.²⁶⁰ Enfim, por uma questão de método, primeiramente, estudarei algumas noções sobre os referidos conceitos, para, em seguida, abordar a relevância e a urgência como requisitos preliminares na adoção das medidas provisórias.

260 “Crime político: conceituação para fim de verificar a competência da Justiça Federal, segundo a Constituição (art. 109, inc. IV – Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral); dimensões constitucionais do tema. Quando, para a inteligência de uma norma constitucional, for necessário precisar um conceito indeterminado, que ela mesma remeteu – como é o caso da noção de crime político para a definição da competência dos juízes federais -, é imperativo admitir-se, no recurso extraordinário, indagar se, a pretexto de concretizá-lo, não terá, o legislador ou o juiz de mérito das instâncias ordinárias, ultrapassado as raiais do âmbito do possível da compreensão da noção, posto que relativamente imprecisa, de que se haja valido a Lei Fundamental. [...] para efeitos de direito interno, dar prevalência, na qualificação de uma infração penal complexa, aos seus aspectos políticos ou às suas conotações de criminalidade comum é uma opção de cada ordenamento nacional positivo, com a qual nada tem a ver a razão de ser das restrições dominantes, só para efeitos extradicionais, ao conceito de delito político. Uma vez que a Lei de Segurança Nacional mesma é que, no art. 20, arrola entre os crimes políticos a extorsão mediante sequestro, desde que vise a ‘obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas’, destrói por si só o argumento de que bastaria a elisão do caráter político desse mesmo delito – assim qualificado pela lei – que nele contivessem os elementos típicos de crime comum, classificado de hediondo.[...]”

É da essência da criminalidade política a pertinência dos bens e valores tutelados pelas normas da incriminação que a compõe, em cada sistema jurídico nacional, a identidade ao ordenamento político do Estado respectivo. Por isso, sob a ótica da ordem jurídica brasileira, um fato submetido à sua jurisdição e que, sob a perspectiva de um ordenamento estrangeiro, configure crime político, não terá aqui a mesma qualificação jurídica, salvo se simultaneamente ofender ou ameaçar a segurança ou a ordem político-social brasileiras. [...] Recurso Extraordinário Criminal n. 160841. São Paulo. DJ 22/09/95, p. 30610. Ementário Vol. 1801-08, p. 1503. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento em 03/08/95. Tribunal Pleno. Unânime”.

4.5. AS LACUNAS E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

4.5.1. PARTE GERAL

Ciência do Direito. Caracterização. [...] O jurista visa sempre em última análise chegar à solução válida, a que deve ser: e isso pode levá-lo a deixar de parte a solução efectiva, a que habitualmente se pratica. [...] Assim, mesmo que a prática vá uniformemente em certa direcção, o jurista pode opor-se, sustentando, por exemplo, que uma lei se deve entender em sentido diverso do correntemente afirmado. (ASCENSÃO,²⁶¹. 1997, p. 217)

Pretendo dividir a abordagem inicial desse tema referindo-me, primeiramente, às palavras, enquanto rótulos das coisas, inserindo o direito na realidade empírica e interdisciplinar. Após, tenho a intenção de abordar noções sobre os chamados conceitos indeterminados, bem como sobre outras figuras que lhes são afins. Tudo isso com o objetivo definido de ter em conta esses elementos no estudo da segurança frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

261 José de Oliveira Ascensão, em seu *O Direito – Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira*, afirma: “A equidade [...] A solução pela equidade é a solução conforme às circunstâncias do caso concreto, e não a quaisquer injunções, mesmo indirectas, do sistema normativo. A equidade, segundo a definição que referimos já, é a justiça do caso concreto. Adapta-se a este plenamente, porque plenamente valora as circunstâncias de cada ocorrência. A equidade não está necessariamente vinculada à matéria da integração das lacunas do sistema jurídico. Pode a equidade funcionar também quando há norma [...] A analogia repousa na existência, a que o pensamento actual é extremamente sensível, do tratamento igual de casos semelhantes. [...] O intérprete procederá então de semelhante a semelhante, na feliz expressão das nossas Ordenações (Livro III, título 69). Muitas vezes, o jurista tira indevidas consequências do silêncio legislador. [...] Mas assim mobiliza-se o argumento ‘a contrario’, que como veremos é muito perigoso, pois só é legítimo se se demonstra o carácter excepcional da regra que fornece o ponto de partida. [...] O que quer dizer que é sempre e só através de uma valoração, dirigida à descoberta da essência daquela situação, que podemos chegar à afirmação de que há analogia. [...] A ordem jurídica brasileira trabalha com os seus próprios instrumentos. Os processos de integração que prevê são verdadeiramente intra-sistemáticos, próprios do sistema jurídico brasileiro. Ela basta-se a si mesma, como todos os sistemas jurídicos modernos. Chegamos assim à conclusão de que os princípios gerais de direito, a que a lei brasileira faz apelo para a integração das lacunas, devem ser entendidos no sentido técnico da expressão, mas com afastamento dos princípios materiais (trazem a concretização, através de uma opção por uma regulamentação material; mas não dispensa a mediação ulterior da regra) – ele não está ainda concretizado a ponto de permitir a mera subsunção, p. 416-417). Os princípios são as grandes orientações formais da ordem jurídica brasileira, que fundam e unificam normas e soluções singulares.” (ASCENSÃO, 1997, p. 441 e 445-447 e p. 461)

De fato, todas as palavras não são mais do que rótulos que se dão às coisas. Quando se muda o nome que se atribui a algo, o objeto não muda a sua natureza por causa disso. Se chamo uma cadeira de lápis, ou vice-versa, pela só utilização de um nome diferente não se opera a transformação. Agindo assim, quebraria-se a coerência em relação ao mundo circundante, produzindo-se um aprofundado sentimento de insegurança dada a falta de conexão entre o texto e o contexto.

Não haverá mensagem, restando truncado o pensamento, e prejudicando a linguagem na sua proposta cognoscente.

Quanto maior for a determinação daquilo que falo (uniformidade), maior será também a segurança na comunicação.

É, por isso, importante que, pelo bem da boa comunicação, o uso comum ou convencional não seja afastado senão quando for realmente necessário, porquanto haja a exigência de tornar mais preciso algo que se apresenta vago e ambíguo.

Ocorre que a construção de uma linguagem nova e artificial, tal como acontece, em grande medida, com as chamadas ciências exatas,²⁶² até agora não foi feita pelo Direito, restando um espaço de imprecisão na linguagem jurídica. Isso não significa que, quando se emprega um termo em sentido diferente daquele comum, não se deva advertir sobre o seu novo significado. Essa é uma exigência da comunicação. Obviamente, só deverá ser feito quando apresentar vantagens, e não por um capricho erudito.

É preciso contrabalançar entre a exatidão que se acredita atingir e o risco de não ser entendido, ou de ser mal interpretado.

Portanto, para ser adotado o neologismo, exige-se, em minha perspectiva, algumas circunstâncias, tais como:

1. a inexistência de palavra, dentro do uso comum ou convencional, que diga aquilo que se quer falar;
2. em existindo a palavra, verifique-se que ela detém tantos significados, ou é tão vaga e imprecisa, que provocará confusão no discurso;

262 Quase todas as leis da física têm uma expressão exata, embora sejam obtidas mediante cálculos de probabilidades, constituindo, portanto, um sistema de meras probabilidades. (ORTEGA, 1988, p. 58-59).

Contudo, se o legislador utilizar a palavra de uso convencional sem nenhuma ressalva, é razoável imaginar que o tenha feito de maneira a não provocar surpresas ao intérprete.

Superado este primeiro estágio de saber se o vocábulo foi empregado em um sentido técnico específico, ou em um sentido vulgar, é de se reconhecer que as palavras têm uma zona de significado mais ou menos certa, e outra área onde remanesce alguma dúvida, havendo de se buscar as suas acepções dentro do contexto.

O processo interpretativo é integrado não apenas pelos elementos literal, histórico e teleológico; mas também pelo elemento sistemático.

Esse é um caminho ou método a partir do qual se pode, em certa medida, diminuir a *luta de palavras*.

A delimitação totalmente precisa, no caso das expressões colhidas pelo Direito, é algo que não se atingiu, nem sequer há a certeza de se querer atingir, dado que, assim, fornece-se ao intérprete uma margem de atualização; o que não implica em um fornecimento de uma *carta branca*, que seria insensato e inconveniente.

Afinal, a necessidade da determinabilidade legislativa é um corolário do princípio do Estado de Direito. (MONCADA, 1998, p. 44)

No entanto, não me parece útil, de modo a permitir a compreensão do Direito pelos não juristas, que se pleiteie uma *jurimétrica* (LOEVINGER, 1963, p. 5 e ss.), acaso isso implique em uma matematização dos raciocínios jurídicos, até porque são de todos reconhecidas as dificuldades que muitos têm de apreender as fórmulas matemáticas.

O Direito trabalha com as palavras, e estas não têm outro significado senão aquele que lhe é dado.²⁶³

Ou seguem uma certa convenção linguística da própria comunidade, ou, então, cumprem uma estipulação expressa de quem a utiliza, por considerar que, assim, permite uma mais fácil ou mais rica compreensão desejável.

263 Um outro brasileiro, e pernambucano como eu, João Maurício Adeodato, em seu *Viering e o Direito no Brasil*, distingue entre aquilo que chama de *teorias retóricas e ontológicas* da linguagem, dizendo que, entre as teorias retóricas, defende-se que a linguagem não tem outro fundamento além de si própria, não havendo elementos externos a ela que garantam a sua consistência de modo a legitimá-la, tais como fatos, objetos, coisas, relações. (ADEODATO, 1996, p. 85)

Por isto, o complexo linguajar próprio não deve ser levado às últimas consequências, exatamente porque a tentação de elaborar uma linguagem mutante, pode vir em direção oposta ao seu objetivo inicial de comunicação.

Isso não significa que a adoção de um termo aparentemente simples, e sem ressalvas de significados específicos, implique em abandono do sistema em que se enquadra.

E não é assim apenas para a linguagem das Constituições e dos Códigos, pois, até expressões como “pai” e “filho”, são relativas; e dependem do contexto²⁶⁴.

Afinal, se, em uma relação, a mesma pessoa pode estar como pai; em outra, ela própria poderá estar como filho. Tudo depende do contexto.

De tal modo, exige-se o conhecimento da realidade normativa como base indispensável para toda elaboração científico-jurídica.

Não se diga que tal conduta pode resultar em frustrações, e, daí, dever ser evitada, caindo-se na tentação de elaborar raciocínios à margem da lei positiva vigente.

Obviamente, o conhecimento da realidade positiva não deve implicar em servilismo a ela; pois ele pode se reunir ao entorno da realidade empírica, sendo esta inesgotável.²⁶⁵

264 “Quem lê unicamente Código ou Constituição tem uma só base, a mais fraca – a exegese verbal; faltam-lhe os demais, e os melhores, elementos de interpretação; por isso, toma, com frequência, a nuvem por JUNO, desgarra a valer.” (MAXIMILIANO, 1981, p. 133)

265 Tratando da psicologia e da sociologia, Agustin Gordillo, em seus *Princípios Gerais do Direito Público*, declina questões práticas de relevo à solução de casos concretos, que não devem ser desconhecidas ou relegadas a uma seara de menor importância. Veja-se o que ele diz: “Saber como pedi-lo, por sua vez, é uma questão em parte de prática de recursos (forma de redação, forma de apresentação etc) e em parte de psicologia (uma reclamação imperiosa, ou pedido cordial, ou uma súplica insistente) que, sem dúvida, varia conforme seja o destinatário do pedido e segundo quem seja também o que formula o pedido. Há pessoas que se deixam influenciar por uma súplica e há pessoas que se enojam com uma súplica; há pessoas às quais se deve insistir e há pessoas com as quais se deve ter muito tato e cuidado antes de insistir, sob pena de provocar sua reação desfavorável; há pessoas que sabem como reclamar de algo, transmitindo sensação de autoridade e há pessoas que não sabem fazê-lo; há pessoas que sabem pedir com simpatia e há as que não sabem fazê-lo; há pessoas que sabem pedir com simpatia e há as que não sabem ou não podem e portanto não devem fazê-lo. [...] Não há livro algum que possa orientar o advogado ou estudante acerca de todos os aspectos ou arestas que a realidade lhe pode apresentar: somente pode advertir-lhe que não deve esquecer nunca de investigar e tratar de conhecer e aprender esta realidade empírica, simultaneamente com a realidade normativa, antes de iniciar o esboço de soluções, eleger vias ou formular teorias ou construções jurídicas.” (GORDILLO, 1977, p. 15-16)

Assim, as informações jurídicas a respeito dos precedentes legislativos e jurisprudenciais fazem parte do necessário conhecimento global, e a sua organização tem o pendor de evitar a cansativa tarefa da busca de antecedentes, o que permite mais rapidez e uma maior segurança na análise dos casos que se apresentem a pedir solução.

Pode-se argumentar que este conhecimento diversificado tem um limite humano, sendo, também, que o progresso da ciência jurídica é obra da contribuição coletiva.

Repito que não estou me referindo à recepção acrítica de significados para termos ou leis, pois todos os homens são imperfeitos e falíveis, ainda mais quando estão no exercício do poder²⁶⁶.

Governar ou *decidir* não melhora a natureza humana, pois, pelo contrário, é comum essas situações trazerem à tona defeitos particulares ocultos, como o autoritarismo, a adoração de si mesmo etc.

É tal como um velho ditado espanhol: “*se queréis conocer a Juanito, dadle un carguito.*” Enfim, o Direito está em formação, sendo uma tarefa que não se encerrou; e continua podendo ser aperfeiçoada.

Pelo que defendo, não é adequado afastar-se do contexto jurídico, cujo ponto de partida é a Constituição. Em outras palavras, é preciso escolher um sistema de referência como tela de confronto para aquilo que se afirma²⁶⁷. A minha escolha resultou na conclusão de que o texto da lei é o ponto inicial. E a Constituição a norma em relação à qual todas as leis devem respeito.

A noção de sistema de referência é fundamental, não sendo um rebusco teórico de pouca valia que não funciona como critério assecuratório de conclusões mais adequadas apenas no Direito, haja vista, por exem-

266 “Interpretação e Construção. Exegese e Crítica. Ao invés de criticar a lei, procura compreendê-la, e, nas suas palavras, confrontadas com outras do mesmo ou de diferente repositório, achar o Direito Positivo, lógico, aplicável à vida real. A Interpretação atém-se ao texto, como a velha exegese; enquanto a Construção vai além, examina as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência, e do acordo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico.” (MAXIMILIANO, 1981, p. 40)

267 “Não há intérprete seguro sem uma cultura completa. O exegeta de normas isoladas será um leguleio; só o sistematizador merece o nome de jurisconsulto; e, para sistematizar, é indispensável ser capaz de abranger, de um relance, o complexo inteiro, ter a largueza de vistas do conhecedor perfeito de uma ciência e das outras disciplinas, propedêuticas e complementares. Entretanto, nesse terreno difícil se não deve entrar com excessiva audácia. [...] Realmente, não basta conhecer as leis [...]” (MAXIMILIANO, 1981, p. 195 e 197)

plo, a teoria da relatividade de Einstein e o confronto entre as geometrias euclidianas e não euclidianas.

Faço aqui um breve intervalo, com o objetivo de esclarecer melhor.

1. *Sobre a teoria da relatividade.*

Apontarei um caso que considero impressionante, e que demonstra a importância de se ter um determinado sistema de referência.

A partir dele, as conclusões, diante dos mesmos fatos, podem ser completamente diversas. De onde também retiro a conclusão dos perigos que podem decorrer de uma recepção acrítica de institutos de um outro sistema de referência, como, por exemplo, um determinado direito estrangeiro.

As cópias podem trazer resultados desastrosos. Os transplantes pouco refletidos são uma armadilha. O espírito de imitação de culturas com tradições distintas da brasileira é algo que deve ser evitado. Mas, volte-se ao exemplo de Einstein, como uma demonstração de que o sistema de referência é condição do próprio conhecimento.

Imagine-se um trem com um comprimento de 5.400.000 Km, a caminhar a uma velocidade constante de 240.000 Km/s, e em movimento retilíneo e uniforme. Dentro dele, exatamente no centro, há uma lâmpada. Existem, também, duas portas equidistantes, uma dianteira e outra traseira. No momento em que a luz acendesse, e os seus raios atingissem cada uma das portas; elas, automaticamente, abririam.

Temos, agora, duas pessoas. Uma delas é um viajante que se encontra dentro do trem. A outra, um lavrador que está no campo, a uma certa distância do trem. Einstein demonstrou, com operações físicas e matemáticas, que o viajante, ao ver acender a lâmpada, veria também, nove segundos depois, as duas portas abrindo-se simultaneamente. Quanto ao lavrador, admitindo que percebesse o acendimento da lâmpada no mesmo instante em que o viajante, cinco segundos depois veria a porta traseira abrir-se, e, somente, 45 segundos depois, veria a abertura da porta dianteira.

Note-se que os fatos foram rigorosamente os mesmos. Contudo, como o ponto de referência do viajante não era o do lavrador, as percepções foram, matematicamente, diversas.

Afinal, enquanto as portas abriam simultaneamente para o viajante; para o lavrador, entre a abertura da primeira porta e a da segunda, passaram-se 40 segundos.

Em outras palavras, o que foi simultâneo em um sistema de referência, foi sucessivo em outro.

Então, conclui-se que até o tempo relaciona-se com o sistema de referência. (TELLES JÚNIOR 1985, p. 289)

2. *Sobre as geometrias euclidianas e não euclidianas.* (CARVALHO, 1998, p. 3)

Na geometria euclidiana, por um ponto tomado fora de uma reta pode-se fazer passar uma paralela a essa reta, e só uma.

No entanto, há geometrias não euclidianas que não concordam com esse postulado, que, ao leigo, parece incontestável. Por exemplo, segundo Riemann, por um ponto tomado fora de uma reta não se pode fazer passar nenhuma paralela a essa reta. Para Lobatchewsky, por um ponto tomado fora de uma reta, pode-se fazer passar uma infinidade de paralelas a ela. O que variaram foram os sistemas de referência. Possivelmente, todos eles igualmente rigorosos.

Destaco que o colonialismo cultural, ou posições deslumbradas, não colaboram; pois é preciso considerar que as adaptações, acaso sejam feitas, precisam não se esquecer da cultura e das circunstâncias de cada povo. Esta é uma tarefa do jurista.

De fato, nas palavras de Geraldo Ataliba, “não há nada mais prático do que uma boa teoria”. (ATALIBA, 1988, p. 14). Ou, nas palavras de Lourival Vilanova, que encontra, no jurista, “o ponto de intersecção entre a teoria e a prática, entre a ciência e a experiência”. (VILANOVA, p. 21)

Ou, ainda, como prefere dizer Paulo de Barros Carvalho (1998, p. 5-6), lembrando a lição de Pontes de Miranda, que não existe diferença entre teoria e prática, pois o que existe é o conhecimento do objeto: “*ou se conhece o objeto ou não se conhece o objeto.*”

Enfim, o Direito é, em grande medida, um fenômeno de linguagem, detendo um aparato coativo, que representa uma motivação significativa de modo a transformar comportamentos sociais. Mas a coercibilidade só não basta.

Assim, legislar é uma tarefa que exige grande responsabilidade; o que faz lembrar as conclusões de Maria da Glória Ferreira Garcia, em sua *A Responsabilidade Civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*.

Maria da Glória, após extrair do Renascimento a moldura de um conceito de poder, e das Revoluções Liberais a busca do compromisso entre o poder e a liberdade, chega ao Estado Social de Direito sublinhando a sua tarefa de tornar clara a necessidade de um algo mais: a responsabilidade.

Disse a autora portuguesa, em torno da sua trilogia de equilíbrio – *poder-liberdade-responsabilidade*:

Um dos grandes contributos do século XX para a compreensão e consciencialização da vida social e política reside no facto de construir o Estado de Direito por sobre uma ideia de equilíbrio entre poder/liberdade/responsabilidade. Estes conceitos, que emergem da comunicação, ligam os elementos da sociedade numa teia de relações estreitas, através de proposições de dever cujo cumprimento funda o clima de confiança indispensável à concretização da paz social através da justiça, finalidades por excelência do Estado de direito. (GARCIA, 1997, p. 51)

A sensibilidade de quem legisla, embora a fixação da sanção ocupe um papel relevante como fixador da vontade, não pode desconhecer os valores mais caros que movimentam a comunidade, sob pena de lançar disposições estéreis, não atingindo os objetivos perseguidos.

É, em parte, por isto, que um determinado dispositivo pode funcionar razoavelmente em um país, e não funcionar em outro. Não se pode relegar a realidade histórico-social. Isso não serve apenas para as medidas provisórias, porquanto seja um raciocínio bem mais geral. Mas não é só a norma isolada a que me refiro, pois, dificilmente, um caso levado ao Judiciário merece a resposta deste Poder mediante a utilização de uma norma singular.

É, geralmente, necessária a utilização de várias normas simultaneamente. É necessário aplicar o ordenamento jurídico como um todo. E não funcionam assim apenas nos casos de lacunas, conceitos indeterminados, cláusulas gerais. Absolutamente, não. Isso ocorre diuturnamente. É preciso compor normas materiais e processuais. Frequentemente, percorre-se um longo caminho adaptando o sistema para a solução do caso concreto.

De posse de um conjunto de normas (regras e princípios, na terminologia de Canotilho)²⁶⁸ forma-se uma nova norma, que busca resolver a contenda judicial.

Por esse enfoque, essa nova norma será quase sempre implícita ao sistema, porquanto não encontrada, expressamente, em nenhum artigo de lei. Daí, falar-se em norma implícita parece algo redundante, dado que é, na implicitude dos textos legais, que o juiz se socorre para proferir muitas das suas sentenças.

E essa constatação não se retira porque o Legislativo pode produzir leis que não sejam justas, ou em face da *tempestade interior* que, nesses casos, pode acometer o juiz. Mas porque, ao aplicar qualquer dispositivo jurídico, no mínimo, haverá, também, de aplicar a Constituição, não logrando exercer a sua tarefa mediante a utilização de uma norma isolada.

É no intervalo das possibilidades normativas que o juiz se movimentará, reconhecendo os limites que o sistema de referências normativas lhe impõe.

Leituras diferentes do mesmo sistema serão possíveis, o que não é de provocar surpresa; pois o Direito se apresenta como um objeto cultural, verificando, nele, a presença de valores realizáveis, não sendo um produto pronto em parte alguma.

O que ocorre é que não se reinventando institutos, sendo menor a instabilidade legislativa e não sendo cedidos espaços à superficialidade momentânea do governo, em nome de um discutível pragmatismo, a insegurança decai; pois a jurisprudência começa a fazer uma leitura previsível dos valores fundamentais que a ordem jurídica preconiza, fornecendo ao indivíduo um clima de confiança nas ações e manifestações do Estado.

Esse é um pressuposto importante para a vida, realmente, civilizada e produtiva. Em um clima de relativa segurança, as iniciativas privadas terminam por ser estimuladas pelo Estado, não se dissipando as energias com maltratos e perseguições com providências provisórias.

A instabilidade legislativa desconserta, por si, o ambiente de um país, conspirando contra o Direito, que termina por se revelar uma pre-

268 "As regras e os princípios são duas espécies de normas. A distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas." (CANOTILHO, 1991, p. 172)

cária opção em momentos cada vez menores. Mas não adianta apenas reclamar. Essas situações de crescente falta de segurança jurídica exigem atitudes maduras, que venham a apresentar sugestões, fazendo instalar um clima de debate. É na tentativa da observação imparcial que talvez possa ser realizado um trabalho que ofereça alternativas mais consistentes. A pressa costuma ser inimiga da segurança, e uma conselheira sem alicerces. Faz-se imperiosa a serenidade. Isso não significa apatia, ou esquecimento do passado. O passado não deve ser menosprezado, nem tampouco o que nele foi dito.

A arguida indeterminação das palavras de hoje pode ser melhor conduzida acaso venha a ser pensada em torno dos debates do passado. Por exemplo, veja-se as anotações de Ruy Barbosa comentando a Constituição brasileira de 1891, ao tratar do que chamou de *loucuras com o nome de leis*. No seu relato, há grande importância histórica, ao menos por dois motivos:

1. ele acredita que a primeira Constituição da República Federativa do Brasil foi uma *cópia traço a traço* da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte²⁶⁹;
2. ele atribui ao Congresso Nacional uma atitude passiva diante do anseio presidencial de fazer leis.

Com a palavra Ruy Barbosa:

Aí está, senhores, como se prefigura o que ocorreria, no país donde trouxemos a nossa Constituição, nos Estados Unidos, se um Presidente, ensandecendo no seu cargo, se descocasse ao extremo de fazer leis. Uma gargalhada ultra-homérica abalaria o continente e o mentecapto seria obrigado a internar-se num hospício de alienados.

269 Entre as principais características da Constituição norte-americana, destaco: a) é a mais antiga Constituição escrita em vigor no mundo, sendo de 1787; b) é uma Constituição relativamente curta, embora já haja sido aditada 27 vezes. As dez primeiras Emendas foram ratificadas em 1791, e a última em 1992. Diferentemente da Europa, a ideia de uma organização política, através de representantes eleitos, não decorreu, nos Estados Unidos da América do Norte, de lembranças de um parlamentarismo feudal, mas da poderosa influência do puritanismo e do presbiterianismo. De fato, a maior *fluidez de classes*, embora no século XVIII ainda houvesse a escravidão e as restrições aos direitos das mulheres, foi um fio condutor do regime republicano em oposição à monarquia absoluta, afirmando a soberania popular. Contudo, a Constituição norte-americana, na sua redação original, não acolhia um Capítulo sobre *Direitos e Garantias individuais*, pois, somente alguns anos depois, surgiu a “*Bill of Rights*”, uma Declaração de direitos veiculada pelas dez Emendas anteriormente referidas. Aos 17/09/2001, comemorou-se os seus 214 anos de vigência.

Que é, pois, o que nos resta, aqui, de um tal sistema, copiado traço a traço por nós, daquela República, se os nossos Presidentes carimbam as suas loucuras com o nome de leis, e o Congresso Nacional, em vez de lhes mandar lavrar os passaportes para um hospício de orates, se associa ao despropósito do trasvairado, concordando no delírio, que devia reprimir? (BARBOSA, 1933, p. 9)

Somos, portanto, como que prisioneiros da nossa história²⁷⁰, o que se, por um lado, pode trazer deprecações pessimistas; por outro, apresenta-se como um excelente elemento moldurador de certos conceitos à primeira vista indeterminados.

O passado pode ser propulsor de reformas que, muitas vezes, não precisam ser nas leis; mas no modo de pensar o Direito; pois, embora não se deva negar o que passou, isso pode servir de lição para a construção de um futuro. Repito que direito é tarefa que não encerra historicamente. Assim, peço que se considere o caso das súmulas como uma forma de se atribuir segurança jurídica, ou de se reduzir a indeterminação de conceitos e cláusulas gerais.

Ora, a partir delas não se recusa a investigação do caso concreto, o que ocorre é, apenas, a simplificação, em situações idênticas, assim aferidas depois de investigadas, conferindo uma maior previsibilidade para o Direito²⁷¹.

270 Por vezes, o passado pode ser reescrito, tal como fez Gilberto Freyre, segundo os comentários de Pedro Mário Soares Martinez, em *Gilberto Freyre – Sábio Inovador*: “Em torno da unidade económica e moral que era o engenho, Gilberto Freyre procedeu a uma revisão profunda da história económico-social do Brasil e, portanto, de Portugal. A sua cultura, a sua independência, o seu amor à verdade, destruíram a lenda de uma colonização económica confiada exclusivamente a santos e a heróis – lenda sem consistência, porque os heróis e os santos sempre foram poucos, não merecendo também geralmente crédito bastante para que se lhes entregasse a administração de empreendimentos de cujo êxito dependia a sobrevivência material de todos. Mas, com a mesma lucidez e com a mesma autoridade, GILBERTO FREYRE destruiu também a lenda negra da colonização portuguesa, assente na falsa premissa da absorção das riquezas naturais em proveito exclusivo da metrópole. Através da sua longa peregrinação pelo estrangeiro, sem se deslumbrar na contemplação dos esplendores alheios, GILBERTO FREYRE carregou materiais que lhe facilitarão a sua obra de desmistificação.” (MARTINEZ, na qual foi conferido a Gilberto Freyre o grau de doutor «honoris causa», p. 102)

271 Recordo das palavras de António Menezes Cordeiro, em seu *Da Inconstitucionalidade da Revogação dos Assentos*, quando afirma que as “generalizações fáceis são tanto ou mais conceitualistas do que o construtivismo que pretendem combater. Caso a caso deveria ter sido debatido o tema da (in)constitucionalidade dos assentos; caso a caso haverá de indagar a (in)constitucionalidade da sua revogação”

Em outras palavras, a súmula é também interpretável, não se podendo punir o juiz porque a interpretou.²⁷² Além disso, as súmulas precisam ser alteráveis, sendo, perfeitamente, justificável à doutrina sinalizar a discordância.

É o que ocorre, no Brasil, em face da Súmula n. 584, que versa sobre o imposto de renda, e diz: “Ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração.”

Em um ambiente científico, é possível construir interpretações diferentes daquela assumida pela súmula, tal como o fez grande parte da doutrina brasileira, à frente Geraldo Ataliba, dizendo sobre a necessidade de as questões tributárias serem enfrentadas tendo em conta de primeiro raciocínio o Texto da Constituição; o que, infelizmente, nem sempre ocorreria da parte do Supremo Tribunal Federal:

Pois, os tributaristas brasileiros inventaram raciocínios técnicos tão particulares e peculiares – tão mesquinhos e miúdos, tão distanciados da teoria geral do direito, sobretudo das exigências básicas do direito constitucional – que conseguiram engendrar uma vasta e ‘sólida’ literatura, que ensejou, afinal, uma jurisprudência, pela palavra mais solene do Supremo Tribunal Federal, consagrado em súmula, autorizando aplicar-se a legislação do imposto de renda em vigor no momento do lançamento e não aquela vigente no momento em que acontecem os variados fatos que vão contribuindo para configurar a própria materialidade do fato impositivo (que só poderia ter efeito tributário com base em lei que lhes fosse anterior. Em outras palavras: o Supremo Tribunal Federal consagrou a pior interpretação, aquela que anulava, tornava inteiramente inoperante, sem significação e função, um dos princípios constitucionais básicos, cujas dimensões, como dito, são universalmente conhecidas há muitos séculos (além de dispostas no Texto Magno).²⁷³

272 Faço essa referência tomando em conta os acirrados debates, no Brasil, sobre as denominadas *súmulas com efeitos vinculantes*. Nos termos do Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição n. 96, de 1992 (Emenda JAIRO CARNEIRO), apresentada pela Comissão Especial, consta no § 4º, do art. 98: “O reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante, ou a desobediência às decisões de que tratam o parágrafo anterior e o § 2º, do art. 106, configurará crime de responsabilidade para o agente político e acarretará a perda do cargo para o agente da Administração, sem prejuízo de outras sanções.”

273 Prefácio de Geraldo Ataliba à Tese de Doutorado de Misabel de Abreu Machado Derzi. Referia-se ao Texto da Constituição anterior do Brasil. Mas os debates continuam em torno da Constituição de outubro de 1988.

Em outras palavras, a leitura de Geraldo Ataliba acerca da anterior Constituição do Brasil (*e não perderia o vigor na atual Constituição*) discordava, frontalmente, daquela que lhe fazia o Supremo Tribunal, a quem atribuiu colher a pior teoria.

Havendo súmula, e sendo permitidos os debates, ainda há uma previsibilidade do resultado prático, sem impedir, com isso, a alteração do seu teor. Em resumo, até as súmulas de jurisprudência não estão imunes a serem interpretadas, e podem mudar.

Pois bem, tudo o que até aqui foi dito teve o objetivo de esclarecer que as palavras da lei não são determinadas *a priori*²⁷⁴, embora uma relativa previsibilidade não seja uma atividade para além do conhecimento do homem.

Se nenhuma segurança houver, não haverá direito, nem bom, nem mal; nem de classe alguma. Em certas situações, contudo, o esforço poderá ser maior, ao menos, considerando a expressão em abstrato. Refiro-me aos chamados conceitos indeterminados, às cláusulas gerais e aos tipos menos densos²⁷⁵.

Para fornecer uma noção, recorrerei a António Menezes Cordeiro, que, em sua *Boa Fé no Direito Civil*, formula lições no sentido do que sejam essas concepções. (Idem, p. 1176 e ss.)

Sobre a ideia de conceito indeterminado, diz que é aquele que tem a característica de não permitir comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento. Acrescenta que o domínio constitucional é próprio às indeterminações²⁷⁶, e, ainda, que os conceitos indeterminados, embora vagos, não

274 Sobre a pré-determinabilidade das decisões, considero que, em certa medida, ela possa existir, partindo o aplicador do direito de uma convicção prévia, indo, após, buscar os argumentos positivos para justificar aquilo que decide. Contudo, não generalizo este entendimento.

275 Em relação à boa-fé, é o que diz António Menezes Cordeiro: “Para a dogmatização da boa fé recorre-se a conceitos indeterminados, cláusulas gerais, tipos e padrões jurídicos; tais noções devem ser precisadas.” (CORDEIRO, 1997, p. 1298)

276 Ver J. J. Gomes Canotilho. Este autor, citando Ronald Dworkin, em *The Model of Rules*, I, 25 e ss: refere que as regras estão na dimensão do *tudo ou nada*, enquanto os princípios são mais maleáveis e abstratos, funcionando como fundamentos para a aplicação das regras. Funcionam, assim, na dimensão do peso, sendo possível conflitos entre princípios, onde pela ponderação da importância de cada um deles, permite-se que um afaste o outro diante de um caso concreto, e continuem a convivendo, sem falar em revogação. (CANOTILHO, 1982, p. 277 e ss.)

são, necessariamente, vazios, a exemplo do que ocorre com a boa-fé subjetiva. (CORDEIRO, 1997, p.1189)

Diz António Menezes Cordeiro que os termos ambíguos, por exemplo os legais, quando utilizados pelo aplicador, também exigem fundamentação uniforme; o que reduz a vaguidade:

Em princípio, a indeterminação adveniente de polissemia, ambiguidade ou porosidade será menor do que na vaguidade, atingindo um grau máximo nos conceitos vazios; na realidade, ela relativiza-se, nas aplicações diversas, consoante as referências disponíveis. Na concretização de conceitos indefinidos, a retórica ganha um interesse particular. Uma vez que só uma decisão do intérprete – aplicador a pode levar a cabo, os factores que modelem a sua vontade apresentam-se como argumentos. A não arbitrariedade da solução cifra-se, nesta perspectiva, na autoridade diferente revestida pelos tópicos a considerar, a qual, objectivamente insuflada pelo Direito, permite, através da fundamentação, o controlo das decisões. [...] a segurança na valoração e o controlo subsequente nunca atingem o grau de precisão próprio dos conceitos determinados ou das próprias decisões apoiadas em núcleos conceituais. (CORDEIRO, 1997, p. 1180-1181)

É em face da fundamentação que se permite o controle da atividade do intérprete-aplicador.

Sobre a noção de cláusula geral²⁷⁷, após declarar que elas têm sido muito discutidas, declina António Menezes Cordeiro que, pela extensão das mesmas, elas provocam recursos frequentes a conceitos indeterminados.

E completa, pragmaticamente, dizendo que a indeterminação e as cláusulas gerais facilitam o trabalho do legislador, transferindo poder ao intérprete-aplicador, perturbando a repartição dos poderes:

Na medida em que se associam a conceitos indeterminados, as cláusulas gerais deixam nas mãos do intérprete – aplicador um poder considerável, perturbando a repartição de poderes entre parlamento e tribunais e constituindo um factor suplementar de insegurança. Permitem, contudo, uma aplicação cuidada do direito, com limites, apenas, no nível conjuntural do-

277 “Como referência importante, deve dar-se, ainda, conta das conclusões cuidadas extraídas por GARSTKA, no seu estudo sobre cláusulas gerais, que o habilitam a defini-las como proposições jurídicas que «em relação com o seu contexto normativo, compreendem conceitos muito gerais ou muito indeterminados, se relacionam com previsões muito gerais ou sejam muito abstractas.” (CORDEIRO, 1997, p. 1182)

minante no espaço jurídico e expresso pelo julgador, facilitando a actividade legislativa. (CORDEIRO, 1997, p. 1184)

Quanto aos tipos, diz que a doutrina sobre eles corresponde a uma *exigência geral do conhecimento humano*, havendo uma espécie de pré-figuração mediante o recurso ao *procedimento particular da antecipação de figurações mais características*. (Idem) Assim, um tipo poderá ser mais ou menos determinado, a depender de como a forma básica se apresente²⁷⁸.

Não destoando muito, encontro José de Oliveira Ascensão, em seu *O Direito – Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira*, que, ao tratar do significado das tipologias legais, afirma como a figura dos conceitos tem cedido à noção dos tipos menos densos:

A descrença nos conceitos trouxe para o primeiro plano da ciência moderna a noção de tipo. [...] O tipo tem fronteiras por natureza fluidas. Resulta de uma descrição dum elenco de características relevantes, mas as figuras que ocorram podem reunir um número maior ou menor dessas características, sem deixarem de poder ser referidas a ele. Pelo contrário, um conceito é definido, e as figuras que não possam subsumir-se à definição não podem integrar-se no conceito. (ASCENSÃO, 1997, p. 453)

De fato, no Brasil, sobre o tema tipo há uma obra que recebeu grande destaque a partir do final da década de 80.

Refiro-me a *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*, de Misabel de Abreu Machado Derzi, que formulou uma tese de doutoramento, de cujas conclusões extraio alguns trechos. Entre o que realço, destaco que o tipo funciona como sendo uma forma básica decorrente ou da repetitividade real ou de um modelo-padrão pretendido idealmente. Assim, haveria como que um tipo real e um tipo ideal.

Veja-se o entendimento de Misabel Derzi que, após afirmar sobre a existência das várias acepções do que seja o tipo, destaca o significado da “forma básica”, do “modelo padrão”:

278 “Devem-se à doutrina alemã as primeiras referências a um princípio da tipicidade na tributação, normalmente relacionado, ou mesmo confundido, com o princípio da legalidade tributária. [...] Foi, como se sabe, ALBERT HENSEL quem pela primeira vez atribuiu ao *Tatbestand* tributário lugar de relevo na dogmática do Direito Fiscal, definindo-o como o conjunto dos pressupostos abstratos contidos nas normas tributárias materiais, cuja verificação concreta desencadeia efeitos jurídicos determinados.” (XAVIER, 1972, p. 263-264)

Dentro da Ciência do Direito, destacamos o uso da palavra tipo em três importantes e distintas acepções, a saber, tipo como ordenação do conhecimento em ordens que admitem as transições fluidas e contínuas, tipo como sinônimo de Tatbestand ou suposto fático da norma jurídica e tipo como técnica administrativa ou judicial de simplificação da execução das leis (especialmente leis tributárias). [...] Apesar de apontarmos as três inconfundíveis acepções com que o termo vem sendo aplicado ao Direito, registramos que existe um conceito derivado das notas comuns a cada um desses diversos usos de tipo.

Essas notas prendem-se, especialmente, ao significado de tipo como cópia ou forma básica comum a vários seres distintos. Como cópia ou clichê de fatos, o tipo guarda maior proximidade à realidade e representa a repetitividade de fenômenos semelhantes. Quer essa cópia ou forma básica seja considerada como descritiva da realidade, quer assuma a concepção de modelo-padrão ideal a ser seguido ou de forma total ou íntegra, subjaz sempre a idéia de que o tipo detém maior ‘concretude’ do que o conceito amplamente abstrato, vale dizer, contém ricas notas referenciais ao objeto, por via das quais se dá a especificação. (DERZI, 1988, p. 285-286)

Finalmente, sobre os chamados *padrões jurídicos*, diz António Menezes Cordeiro (1997, p. 1187-1188) que eles “correspondem a um alcance médio ou a uma bitola normal, fazendo referência ao senso comum, ao tráfego natural das coisas”.

E arremata o mesmo autor:

Procurando precisar a ideia de ESSER, STRACHE procede à aproximação entre padrões e tipos jurídicos, acabando por descobrir naqueles, tipos normais ou, de modo mais preciso, visto implicarem elementos empíricos, tipos reais. (CORDEIRO, 1997, p. 1187-1188)

Ora, quer por meio de conceitos determinados ou indeterminados, cláusulas mais ou menos gerais, tipos, padrões etc. não pode o órgão julgador esquecer que, dificilmente, ele aplicará uma norma isoladamente ao caso concreto.

Ele, o aplicador, terá de fazer o retorno do seu raciocínio à norma constitucional (*limites e fundamentos*); pois é esse o seu ponto de partida, a sua tábua de referência.

Pensando assim, logo se afasta o temor de transformar o Judiciário em um órgão acima dos demais, pois ele também deve obediência à Constituição, respondendo, de acordo com o sistema jurídico brasileiro, os ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade (*atos contrários à Constituição*), perante o Senado Federal²⁷⁹. Sem a possibilidade de responsabilização não cabem ser atribuídos poderes.

Poder e responsabilidade. Um não vive sem o outro, sob pena de advir o arbítrio, e a mais completa insegurança.

Agora, e de posse de todos estes elementos, realizo o aprofundamento, no Texto Constitucional brasileiro, particularmente no que se refere às oportunidades em que ele prevê os conceitos de *relevância* e de *urgência*.

1. Relevância.

Primeiramente, retiro da Constituição brasileira, as oportunidades em que menciona o conceito de relevância.

Dizem respeito:

1. ao comparecimento de ministros de Estado ao Senado Federal, Câmara dos Deputados ou às suas Comissões, por iniciativa do próprio ministro, ou em atendimento à Mesa respectiva. (art. 50, § 1º);
2. às medidas provisórias (art. 62);
3. à competência do Conselho da República (art. 90, inc. II);
4. à função institucional do Ministério Público de zelar pelos serviços de relevância pública (art. 129, inc. II);
5. à situação justificadora de empréstimo compulsório (art. 148, II);
6. à exploração direta pelo Estado da atividade econômica (art. 173);
7. às ações e serviços de saúde (art. 197);
8. à exploração das riquezas naturais dos solos, dos rios e dos lagos em terras indígenas, mediante o interesse da União veiculado através de lei complementar (art. 231, § 6º);
9. ao Fundo Social de Emergência (art. 71, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

279 Constituição do Brasil. “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.”

São as citações constitucionais:

“Art. 50. § 1º.

Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada.

§ 1º. Os Ministros de Estado poderão comparecer ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ou a qualquer de suas Comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério.

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo Único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. (Texto originário)

Art. 90, inc. II.

Art. 90. Compete ao Conselho da República (órgão superior de consulta do Presidente da República) pronunciar-se sobre:

[...]

II – as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

Art. 129, inc. II.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

Art. 148, inc. II.

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

[...]

II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b (princípio da anterioridade pelo exercício financeiro).

Art. 173, *caput*.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividades econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Art. 197.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 231, § 6º.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

[...]

§ 6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Art. 71, *caput*, do Ato das disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 71. É instituído, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, bem assim nos períodos de 1º de janeiro de 1996 a 30 de junho de 1997 e 1º de julho de 1997 a 31 de dezembro de 1999, o Fundo Social de emergência, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica, cujos recursos serão aplicados prioritariamente no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, incluindo a complementação de recursos de que trata o § 3º, do art. 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²⁸⁰, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e despesas orçamentárias associadas a programas de relevante interesse econômico e social.

Portanto, a Constituição não se referiu à relevância apenas como pressuposto de admissibilidade das medidas provisórias presidenciais, não fazendo nenhuma ressalva ao senso comum.

Desta ordem, o Congresso Nacional tem, em seu juízo político, a alternativa de recusar a relevância dos fundamentos presidenciais (Exposição de Motivos da medida provisória)²⁸¹, e o Judiciário o dever de controlar os fundamentos materiais e procedimentais de constitucionalidade de cada medida de per si.

2. Urgência.

Quanto à urgência, a Constituição de outubro de 1988 também previu este conceito várias vezes.

Nessa esfera, além de ser pressuposto de admissibilidade das medidas provisórias presidenciais, a urgência aparece para efeito de convo-

280 Constituição do Brasil "Art. 60. [...]

§ 3º. A União complementarará os recursos dos Fundos a que se refere o § 1º, sempre que, em cada Estado e no distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente. (refere-se ao desenvolvimento e à manutenção do ensino fundamental para o qual foi prevista a criação de um Fundo). Ver Emenda Constitucional n. 14, de 12/09/96."

281 Projeto de Lei Complementar n. 223, de 1990: "Art. 1º. [...]

§ 2º. A mensagem será acompanhada de exposição de motivos circunstanciada, contendo:

I – razões que justifique a urgência da iniciativa e relevância da matéria versada;

II – fundamentos da constitucionalidade e da juridicidade da proposição; e

III – minuciosa descrição das circunstâncias conjunturais que evidencie a oportunidade e a conveniência do mérito das inovações pretendidas."

cação extraordinária do Congresso Nacional, para facultar o aceleramento, a pedido do Presidente da República, na apreciação de projeto de lei de sua iniciativa, para justificar a abertura de crédito extraordinário e para permitir o antigo empréstimo compulsório que era cobrado em favor das Centrais Elétricas Brasileiras – Eletrobrás.

São as citações constitucionais:

Art. 57, § 6º, inc. II.

Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro.

[...]

§ 6º. A convocação extraordinária do Congresso Nacional far-se-á:

[...]

II – pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas, em caso de urgência ou interesse público relevante.

Art. 62.

(Este artigo trata das medidas provisórias, e há pouco, foi reproduzido).

Art. 64, § 1º.

Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

§ 1º. O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

Art. 148, inc. II.

(Este artigo já foi reproduzido)

Art. 167, § 3º.

Art. 167. [...]

§ 3º. A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comocão interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

Art. 34, § 12, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n. 01, de 1969, e pelas posteriores.

[...]

§ 12. A urgência prevista no art. 148, II²⁸², não prejudica a cobrança do empréstimo compulsório instituído, em benefício das Centrais Elétricas Brasileiras S. A (Eletrobrás), pela Lei n. 4.158, de 28 de novembro de 1962, com as alterações posteriores.

Como se vê, a expressão da urgência não é solteira no Texto Constitucional brasileiro, merecendo de Celso Antônio Bandeira de Mello, em se tratando de medidas provisórias, o comentário de que a pragmatização da urgência se opera conforme o senso comum, sendo urgente aquilo que não pode ser adiado sem provocar sérios riscos de efeitos desastrosos.

Acrescenta, também, que a própria Constituição, ao prever a possibilidade de o Presidente da República solicitar urgência para os projetos de sua iniciativa, revelou que, se for possível esperar o decurso deste prazo, não haverá a urgência habilitadora para utilização do expediente excepcional da medida provisória.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, é preciso descobrir diferentes degraus de urgência no Texto Constitucional brasileiro, entre eles a urgência das medidas provisórias e a urgência de um projeto de lei da iniciativa presidencial:

Que é urgência? Que coisa deve ser havida como urgente? Mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido

282 Constituição do Brasil. "Art. 148. A União, mediante lei complementar poderá instituir empréstimos compulsórios: [...] II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b (princípio da anterioridade pelo exercício financeiro)."

será inalcançável ou o dano que se quer evitar consumir-se-á ou no mínimo, existirão sérios efeitos desastrosos em caso de demora.

Acresce, que, ante o Texto Constitucional, existe ainda um parâmetro suplementar: para fins do art. 62 não será em hipótese alguma configurável como urgente aquilo que possa aguardar, sem comprometimento do interesse público, o prazo necessário para que o Congresso Nacional aprecie projeto de lei de iniciativa do Executivo para o qual este haja solicitado o regime de tramitação urgente, previsto nos §§ 1º a 4º, do art. 64. (MELLO, 1990, p. 29-30)

E prossegue Celso Antônio Bandeira de Mello, detalhando a urgência do projeto de lei da iniciativa presidencial, apresentando prazos matemáticos precisos:

De acordo com o § 2º, se ‘a Câmara dos Deputados e o Senado não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até 45 dias sobre a posição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação.’ Mesmo a apreciação, pela Câmara, das emendas feitas pelo Senado, submetem-se a um prazo para serem votadas: 10 dias, conforme prevê o § 3º. (MELLO, 1990, p. 29-30)

Pois bem, demonstradas as hipóteses constitucionais de relevância e de urgência, será especificado, ainda mais, o estudo. Agora, dentro dos estritos lindes da medida provisória no Brasil.

4.5.2. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA²⁸³

O processo representa o ‘momento mais crítico de todo ordenamento’, observa ainda CAPOGRASSI (Intorno al Processo, p. 263), porque nele se desenvolve precisamente o ponto crucial desse ordenamento jurídico, o paradoxo da unidade que inclui em si os sujeitos que a formam, e, ao mesmo tempo, tem, perante si, a autonomia destes sujeitos singulares. (CZERNA, 1965, p. 230-231)

283 Aos 8 de agosto de 2001, a Associação dos Juízes Federais do Brasil – Ajufe estava realizando pesquisa, entre os seus associados, pela Internet, cuja pergunta era a seguinte: *Limitação das Medidas Provisórias – Você acha que os juízes federais podem controlar a existência de “relevância” e “urgência” nas medidas provisórias editadas pelo Governo?* O resultado até então era: SIM (96,00%). NÃO (4,00%).

Heinrich Henkel, em sua *Introdução à Filosofia do Direito*, adverte que esses conceitos jurídicos tidos como indeterminados exigem, por sua própria natureza, uma integração valorativa mais destacada, permitindo um maior espaço de liberdade na sua formulação geral. (HENKEL, 1968, p. 582 e ss.)

O que não impede que se adotem as circunstâncias juridicamente relevantes da individualidade do caso concreto ou sob análise.

A jurisprudência nacional não os desconhece, comentando sobre eles em algumas situações, como quando analisa a concessão de medida liminar em mandado de segurança, frente à exigência legal do *relevante fundamento*²⁸⁴; ou ao dispor sobre o que seja *apreciação equitativa do juiz* para a fixação de honorários de advogado.²⁸⁵

Por si sós, esses conceitos não devem ser rejeitados de plano; pois permitem a atualização do Direito sem o recurso à *inflação normativa* instabilizadora, havendo a necessidade de se procurar encontrar o equilíbrio pelo não exagero das suas utilizações.

Os conceitos indeterminados fornecem linhas diretivas que podem orientar as sentenças, ou, então, como na situação das medidas provisórias, permitem ao Legislativo conformar um juízo político conjunto com o Executivo.

Para o Presidente da República editar uma medida provisória, ele precisa estar convicto de que os requisitos constitucionais prévios da relevância e da urgência estejam presentes. Mas esta sua convicção não basta, exigindo-se a ratificação do Legislativo. Assim, Executivo e Legislativo têm a responsabilidade conjunta de determinar, em cada medida provisória, o que, em abstrato, é indeterminado. Afinal, conceitos jurídicos indeterminados (*a priori*), na análise de cada caso (*a posteriori*), podem ser mais bem demonstrados.

Logo, ressalta a importância da Exposição dos Motivos presidenciais que justificam a medida provisória sob cotejo.

284 Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento n. 3026467. 1997. São Paulo. 4ª Turma. DJ 03/02/98, p. 324. Relatora Juíza Lúcia Figueiredo. Unânime. Decidiu por não existir o relevante fundamento, em face do julgamento do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade da Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras – CPMF.

285 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 130430. 1997. São Paulo. 2ª Turma. DJ 15/12/97, p. 66362. Relator Ministro Ari Parglender. Unânime. Decidiu que a expressão “apreciação equitativa do juiz” constitui conceito jurídico indeterminado, *dependente sempre do caso concreto, a cujas peculiaridades o recurso especial não pode descer*.

É a divisão da responsabilidade política. Cabe, neste estágio, perquirir sobre a atuação do Judiciário nessa esfera.

Deteria este Poder atribuições constitucionais para syndicar estes pressupostos (*relevância e urgência*), ou eles teriam caráter meramente político; e, portanto, seriam impassíveis de apreciação judicial²⁸⁶?

É a célebre questão dos freios e contrapesos, de modo a não transformar nenhum dos Poderes em um super-Poder. Ora, não se trata, aqui, de fazer uma reformulação da teoria das funções do Estado; mas, apenas, de refletir sobre como o Judiciário brasileiro tem se comportado diante desta importante questão.

Com esta fronteira, saliento, apenas a título de exemplo, e tomando em conta o Direito comparado, que o Tribunal Constitucional espanhol considera possível controlar juridicamente a existência dos pressupostos habilitadores do decreto-lei, podendo concluir pelo seu uso abusivo ou arbitrário, desde que, em seu entendimento, os órgãos políticos não tenham se submetido às definições de *relevância* e de *necessidade*.²⁸⁷

Em Portugal, analisando o art. 409º, do Código Administrativo²⁸⁸, Diogo Freitas do Amaral, em seu *Curso de Direito Administrativo*, comenta que a análise da *urgência e da necessidade pública* deve ser controlada pelos tribunais administrativos, que poderiam anular os atos praticados pelo governador civil, acaso considerassem que não estava presente um caso de *extrema*

286 Constituição do Brasil. “Art. 5º. [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada [...]”.

287 Ver SS 29/1982, de 31-5 e 111/1983, 2-12. Extraído de Constituição Espanhola. Editorial Colex. 1993, p. 377.

Ver o art. 86, da Constituição espanhola, de 1978: “Art. 86. No caso de extraordinária e urgente necessidade, o Governo poderá editar disposições legislativas provisórias, que tomarão a forma de Decretos-leis e que não podem atingir a regulamentação das instituições básicas do Estado, nem aos direitos, deveres e liberdades dos cidadãos regulados no Título I, ou ao regime das Comunidades Autônomas bem ao Direito eleitoral geral. Os Decretos-leis deverão ser imediatamente submetidos a debate e à votação pela totalidade do Congresso dos Deputados, convocado no caso de não estar reunido, no prazo de 30 dias, seguintes à sua promulgação. O Congresso deverá pronunciar-se expressamente dentro do referido prazo sobre a sua convalidação ou derrogação, para o que o Regulamento estabelecerá um procedimento especial e sumário. Durante o prazo estabelecido anteriormente, as Cortes poderão tramitá-los como projetos de lei seguindo o procedimento de urgência.” (RODRÍGUEZ; RIVAS; VELASCO; IBÁÑEZ, 1993, p. 377).

288 Código Administrativo português: “Art. 409º. Nos casos de extrema urgência e necessidade pública, pode o Governador Civil tomar providências administrativas indispensáveis, solicitando, logo que lhe seja possível, a ratificação pelo Governo dos actos que tiver praticado fora da sua competência normal.” (AMARAL, 1986, p. 409-410).

urgência e necessidade pública. Vai além, ao afirmar que essa norma confere ao governador civil a possibilidade de “*invadir competência alheia*”, embora não lhe dê o direito de “*praticar actos ilícitos ou actos ilegais quanto ao seu objecto ou conteúdo*”; dizendo, ainda, que, quanto à forma, estes atos deverão, em princípio, respeitar às exigências legais, “*ressalvadas as exceções decorrentes da teoria do ‘estado de necessidade’ que forem aplicáveis*”.

No Brasil, em regra geral, não parece ser essa a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a *relevância* e a *urgência*, previstas no *caput* do art. 62.

Relaciono os seus acórdãos na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Cautelar n. 1417 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Cautelar n. 1667.²⁸⁹

A conclusão do mais elevado tribunal brasileiro, nesses acórdãos, é a de que *não cabe ao Poder Judiciário aquilatar a presença, ou não, dos critérios da relevância e da urgência exigidos pela Constituição para a edição de medida provisória*.

Entretanto, não podem passar despercebidas três decisões do Supremo Tribunal Federal, que permitem concluir que, em situações excepcionais, haveria a possibilidade da censura jurisdicional quanto a esses dois pressupostos.

Pelo elevado teor polêmico dessa afirmação e de modo a melhor permitir ponderar sobre ela, destaco três importantes arestos com esteio nos quais me baseio:

I. O primeiro diz respeito à prisão temporária, que foi instituída pela Medida Provisória n. 111/89²⁹⁰.

289 Ver Diário de Justiça de 21/11/97, p. 60586. Ementário Vol. 1892, p. 315. Relator Ministro ILMAR GALVÃO. Julgamento pelo Tribunal Pleno em 25/09/97. Por maioria.

Substancialmente, na ADIn. n. 1667, veio o Supremo Tribunal Federal a admitir o entendimento de que resta assentado, na mais Alta Corte, como legítima a disciplina sobre matéria tributária por medida provisória. Nesta decisão, acrescenta-se que é pacífico, neste Alto Tribunal, o entendimento da legitimidade da disciplina de matéria tributária por meio de medida provisória, *instrumento a que a Constituição confere força de lei* (ver, também, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n. 1417).

290 Ver Constituição do Brasil. “Art. 5º. [...] LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado; LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

No caso, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade do controle judicial naquilo que chamou de *excesso do poder de legislar*, não reconhecendo, contudo, ser esta a hipótese em julgamento.

Grifou, também, no sentido de que, em princípio, os conceitos de relevância e de urgência ficam na esfera do juízo discricionário de oportunidade e de valor do presidente da República. Eis o acórdão:

[...] Os conceitos de relevância e urgência a que se refere o art. 62, da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto [...]. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n. 162. Julgamento em 14.12.89. Por maioria. DJ 19.09.97, p. 45525. Ementário Vol. 1883-01, p. 01. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Tribunal Pleno.

2. O segundo diz respeito à Medida Provisória n. 1577-6/97, que ampliou o prazo decadencial de dois para cinco anos quanto à propositura de ação rescisória pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assim como pelas suas respectivas autarquias e fundações públicas.

Essa medida provisória criou, ainda, em favor das mesmas entidades públicas, uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças indenizatórias de expropriação, que trouxessem valores, flagrantemente, superiores aos preços de mercado. A liminar foi deferida²⁹¹. Quanto à relevância e à urgência, admitiu o Supremo Tribunal Federal que, por exceção, cabia se falar na censura jurisdicional destes requisitos. Mais: decidiu pela inexistência da preliminar de urgência quanto à ampliação, por medida provisória, das hipóteses de rescindibilidade; a reconhecendo duvidosa quanto à extensão do prazo de propositura da ação rescisória. Diz o acórdão:

[...]. 1. Medida Provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no en-

Discutia-se, nesta Ação direta de Inconstitucionalidade a compatibilidade entre o art. 3º, da Medida Provisória n. 111 e o inc. LXIII, do art. 5º, da atual Constituição. O Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de liminar.

291 O argumento utilizado para o deferimento da liminar calcou-se no art. 5º, inc. I e LIV: “Art. 5º. [...] I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

tanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a ampliação do prazo de decadência – é, pelo menos, duvidosa. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1753. Julgamento em 16.04.98. Unânime. DJ 12.06.98, p. 51. Ementário Vol. 1914-01, p. 40. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Tribunal Pleno.

3. O terceiro acórdão admitiu, em princípio, o caráter político dos requisitos da urgência e da relevância, cuja apreciação ficaria por conta do Executivo e do Legislativo, ressalvando, contudo, o Supremo Tribunal: *a menos que a relevância ou a urgência evidencie-se improcedente*²⁹².

[...] Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, a menos que a relevância ou a urgência evidencie-se improcedente.

No sentido de que urgência e relevância são questões políticas, que o Judiciário não aprecia: RE 62.739-São Paulo, ALIOMAR BALEEIRO. Plenário, Revista Trimestral de Jurisprudência 44/54; Revista de Direito Público 5/223. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n. 1397. Julgamento em 28.04.97. Por maioria. DJ 27.06.97, p. 30224. Ementário Vol. 1875-02, p. 317. Relator Ministro CARLOS VELLOSO. Tribunal Pleno.²⁹³

4.5.3. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA E OS TRABALHOS LEGISLATIVOS

A marca da autenticidade patenteia que o compromisso com a mudança foi cumprido com 69,65% de renovação no colegiado legislativo, nele se incorporando 26 mulheres, participação inédita na história parlamentar brasileira. Outro ineditismo, em termos internos, é que na proporção de 67,57%, demograficamente, o Brasil é hoje um país urbano e não rural, ca-

292 Neste acórdão, também foi decidido como possível juridicamente a reedição de medida provisória não rejeitada, expressamente, pelo Congresso Nacional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 295. Distrito Federal e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1516. Roraima.

293 Neste mesmo sentido: Recurso Extraordinário n. 221856. 1998. Pernambuco. 2ª Turma. DJ 07/08/98, p. 67. Ementário Vol. 1917-14, p. 2865. Recurso Extraordinário n. 223217. 1998. Pernambuco. 2ª Turma. DJ 07/08/98, p. 68. Ementário Vol. 1917-15, p. 3150.

racterística populacional das constituintes predecessoras. A convizinhança, os veículos de comunicação de massa, a acessibilidade de Brasília, a conseqüente organização da sociedade em milhares de sindicatos, entidades e associações, que nesse volume inexistia anteriormente, asseguram, através da efetividade da participação e da pressão legítima, o exercício de salutar democracia direta. (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 855)

Ainda durante a vigência do decreto-lei na Constituição de janeiro de 1967, o saudoso Geraldo Ataliba, analisando o pressuposto da urgência como deflagrador da competência presidencial, afirmava que o Texto Constitucional oferecia um critério *seguro e impostergável, obrigatório, quer para o agente (o Presidente da República), quer para o intérprete*. (ATALIBA, 1967, p. 31-32)

O critério que encontrava era o de que não teria cabimento recorrer à edição do decreto-lei, que deveria ser excepcional, se o pedido presidencial de urgência para a análise do projeto de lei, encaminhado ao Congresso Nacional, implicasse no cumprimento de prazos suficientes, de modo a evitar efeitos danosos ao Estado e ao interesse público.

Se a solução pudesse ser dada por lei, não caberia o recurso ao decreto-lei. Fazer o contrário, implicaria em fraudar a Constituição. Acrescenta, ainda, que a única hipótese que justificava abandonar esse critério incorreria nos períodos de recesso do Congresso Nacional. Não haveria, assim, um livre arbítrio presidencial, de modo que o presidente da República pudesse agir segundo o seu bel prazer. E isso foi dito na década de 60, quando o Brasil estava imerso em mais um intervalo autoritário.

Portanto, o tema posto em discussão não é tão novo, e, considero importante conceder uma atenção especial sobre o estágio de evolução que o tempo lhe permitiu atingir.

A análise dos trabalhos legislativos que, agora, farei será específica, voltando as suas atenções para os conceitos de *relevante* e *urgente*.

Começo a minha investigação legislativa, abstraindo a análise formal de veículo introdutor²⁹⁴, a partir do Projeto de Lei Complementar, do Deputado Tarso Genro (07/05/90).

294 Qualquer restrição aos poderes presidenciais à edição das medidas provisórias deve ser veiculada por Emenda Constitucional; ou, então, retirada, sistematicamente, dos dispositivos constitucionais já existentes.

Na justificativa que imprimiu ao seu projeto, argumentou que o Executivo não deve estar livre para tomar quaisquer medidas, e muito menos de caráter legislativo.

Assim é porque, em um Estado de Direito, o Legislativo precisa impedir que se invadam as suas prerrogativas e competências constitucionais.

Embora reconhecendo a relevância e a urgência como *juízos de valor*, advoga a divisão da responsabilidade política entre o Congresso Nacional e o Presidente da República.

Para o projeto, casos urgentes e relevantes são aqueles que “proporcionam danos irreparáveis à economia nacional, ou ameacem a existência da União e a forma federativa do Estado (art. 1º.)”.

Além disso, enfatiza a necessidade de uma Exposição de Motivos circunstanciada, prevenindo sobre as consequências da não utilização presidencial da prerrogativa de emitir as medidas provisórias. (art. 3º.)

Aduz, também, que se o Congresso Nacional não apreciasse a medida provisória no prazo de cinco dias, naquilo que respeita à relevância e à urgência, esta deveria ser considerada rejeitada (art. 4º.), por considerar que o silêncio implicava no desabono congressual da urgência.

Também o Projeto de Lei Complementar n. 223-b/90 – apresentado pelos Deputados Nelson Jobim, Adylson Mota, Plínio de Arruda Sampaio, José Serra e Haroldo Lima – é de merecer destaque.

Neste Projeto, esclarece-se que se a medida provisória for inadmitida por carência dos requisitos de ser relevante e urgente, fica, terminantemente, vedada a sua reedição na mesma sessão legislativa, convertendo-se em projeto de lei, a que se permitirá a urgência constitucional.

Esta segunda urgência está assim definida no art. 64, § 1º e 2º:

Art. 64. [...] §1º. O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. § 2º. Se, no caso do parágrafo anterior, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobre a proposição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação.

Aqui, cabe a comparação com o que dizia a Constituição de janeiro de 1967, no art. 51, § 2º:

Art. 51. [...] § 2º. Se o Presidente da República julgar urgente o projeto, poderá solicitar que a sua apreciação seja feita em sessão conjunta do Congresso Nacional, dentro do prazo de quarenta dias. § 3º. Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subsequentes; se, ao final dessas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente aprovado.

De fato, pela Constituição anterior, o Presidente da República, se julgasse conveniente a deliberação urgente do Congresso Nacional sobre o Projeto de lei, a solicitava mediante deliberação, em sessão conjunta, no prazo de 40 dias, contados do recebimento do Projeto, mais dez sessões subsequentes em dias sucessivos. Se permanecesse o silêncio, o projeto de lei era considerado aprovado.

Na Constituição de outubro de 1988, não se prevê o procedimento concentrado das duas Casas Legislativas. Também não há qualquer referência à aprovação tácita, se advier o final do prazo fixado para deliberação.

Especialmente quanto às medidas provisórias, a Constituição de outubro de 1988, no § 6º, do art. 66, acrescentou:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação, enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. [...] § 6º. Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido para a apreciação do veto presidencial (sessão conjunta), ele será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final, ressalvadas as matérias veiculadas por medidas provisórias.

Por este dispositivo, que se distingue da outrora prevista manutenção de veto em face do silêncio congressual (art. 59, § 4º, da Constituição de janeiro de 1967), constata-se, mais uma vez, a não previsão da aceitação tácita da vontade do Executivo.

Quanto às medidas provisórias, a particularidade é a de que elas têm precedência no exame pelo Congresso Nacional, inclusive sobre os vetos presidenciais.

A matéria da urgência tem sede própria nos Regimentos Internos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Como são bastante parecidos, reservo o conhecimento, apenas, das principais disposições, nesse assunto, do Regimento Interno do Senado Federal, que foi aprovado pela

Resolução n. 93, de 1970, alterada pela Resolução n. 18, de 1989 e outras posteriores, relacionando o texto, atualmente, consolidado. Afora o art. 163, é, basicamente, a partir do art. 336 que o tema da urgência é tratado. Evidentemente que não especificarei, aqui, os detalhes procedimentais.

Contudo, quero frisar que existem certas hipóteses em que há uma espécie de urgência presumida, na qual não se faz necessário nem mesmo a solicitação nesse sentido.

Refiro-me ao previsto no art. 353, do referido Regimento, que presume urgente a autorização ao Presidente da República para a declaração de guerra, celebração de paz, permissão para forças estrangeiras transitarem pelo território brasileiro, ou nele permanecerem temporariamente; bem como que impliquem em aprovação do estado de defesa e intervenção federal, ou autorização do estado de sítio; além da suspensão de quaisquer dessas medidas.

O art. 336 é o que fixa as hipóteses em que a urgência pode vir a ser requerida. Entre elas, encontra-se as situações de perigo para a segurança nacional ou que exijam providências para atender à calamidade pública.

Enfim, o conceito de urgência, que, à primeira vista parece indeterminado, vai adquirindo densidades mais específicas à medida em que se dá a aproximação do caso concreto.

Um outro ponto que costuma ser discutido nos debates sobre a urgência requisitada para edição de medidas provisórias é aquele que adverte sobre o problema de a urgência poder, ou não, ser desconstituída. Sim. Porque, sendo isso possível, o Presidente poderia editar uma medida provisória, por considerar a existência deste pressuposto, e, mais adiante, pretender retirá-la da apreciação do Congresso Nacional, sob o argumento de que aquilo que era urgente deixou de ser.

Pondera-se, portanto, sobre a natureza emergencial da medida provisória; e, conseqüentemente, sobre a possibilidade de o Presidente da República suprimir a sua análise, quer pela retirada, quer pela revogação total ou parcial do seu texto.

No Substitutivo da Comissão de Constituição, Justiça e Redação ao Projeto de Lei Complementar n. 223/90, tem, no art. 9º, uma regulamentação impeditiva a partir da publicação da medida provisória no Diário Oficial (art. 1º). São os teores dos arts. 9º e 1º, respectivamente:

Art. 9º. Desde a publicação a que se refere o art. 1º desta lei complementar, a medida provisória é insuscetível de retirada ou de revogação, ab-rogação, modificação ou suspensão de sua eficácia por outra medida provisória.

[...]

Art. 1º. O Presidente da República, em caso de relevância e urgência, poderá editar medida provisória, com força de lei, que será examinada pelo Congresso Nacional nos trinta dias subsequentes à publicação no Diário Oficial [...]

Porém, uma das questões mais intrincadas em torno do requisito da urgência é a que apresentarei em seguida. Antes de expô-la, é preciso recorrer ao senso comum para indagar se algo que exige um intervalo de um exercício financeiro (ano civil)²⁹⁵, ou a passagem de 90 dias, pode ser considerado como urgente. Em princípio, entendo que não. Contudo, não parece ser essa a conclusão do Supremo Tribunal Federal. Não são poucos os seus acórdãos que sinalizam claramente o que digo, abrindo espaço às medidas provisórias em matéria tributária, mesmo que submetida ao princípio constitucional da anterioridade quer pelo exercício financeiro quer pela necessidade de respeito ao prazo nonagesimal.

Isso ocorre porque parece assente o entendimento de que o prazo de 90 dias, exigido pelo § 6º, do art. 195, da atual Constituição brasileira²⁹⁶, para a cobrança das contribuições sociais em favor da seguridade social, começa a ser computado a partir da medida provisória que for convertida em lei.

Assim, uma medida provisória poderia ser reeditada até ser convertida em lei. Essa última medida, aquela que foi convertida, teria o seu prazo contado para efeito de desconto dos 90 dias exigidos constitucionalmente.

Note-se que não há como saber qual será, dentre as reeditadas, aquela a ser convertida em lei; o que provoca uma situação de evidente insegurança jurídica. Eis uma das muitas decisões do Supremo Tribunal Federal nesse sentido:

295 Lei n. 4320, de 17/03/64 (Normas Gerais de Direito Financeiro para a elaboração e o controle dos Orçamentos e Balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal). Título IV. Do Exercício Financeiro (arts. 34-39). Art. 34. O exercício financeiro coincidirá com o ano civil."

296 Constituição do Brasil. "Art. 195. [...] § 6º. As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b (princípios da anterioridade pelo exercício financeiro)."

Contribuição social sobre o lucro [...]. Elevação da alíquota de 8% para 10%. O prazo de noventa dias, previsto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, flui, no caso, a partir da data da Medida Provisória n. 86, de 25.09.89, convertida na Lei n. 7.856, de 25.10.89. [...] Orientação firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários n.s. 197.790-3 e 181.664-3. Recurso Extraordinário n. 182.574. Rio Grande do Sul. DJ 25.04.97, p. 15219. Ementário Vol. n. 1866-05, p. 1015. Relator Ministro NERI DA SILVEIRA. Julgamento da 2ª Turma em 25.02.97. Unânime.

Entretanto, esta posição jurisprudencial tem merecido reservas declaradas pelo menos de um ministro da Suprema Corte, tal como transparece mais adiante:

Contribuição. Anterioridade. Lei n. 7856/89. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, exsurgiu constitucional o art. 2º, da Lei n. 7856/89, no que atendida a anterioridade prevista no art. 195, § 6º, da Constituição Federal em face de haver resultado da conversão de medida provisória, isso considerado o lucro de 1989 das pessoas jurídicas. Recurso Extraordinário n. 192617. Rio Grande do Sul. Relator Ministro MARCO AURÉLIO. 2ª Turma. Recurso Extraordinário n. 148349. Pernambuco. Relator Ministro MARCO AURÉLIO. 2ª Turma etc.

É, a partir deste quadro jurisprudencial²⁹⁷, que se defende a tese de que uma medida provisória não deve subordinar os seus efeitos jurídicos a eventos futuros, que serão advindos para além dos 30 dias constitucionais (Parágrafo Único, art. 62 – Texto originário).²⁹⁸

Ocorre que a Constituição é clara ao prescrever que “as medidas provisórias perderão a eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir da sua publicação”.

Se perdem a eficácia quando não convertidas, tem entendido o Supremo Tribunal Federal que, na hipótese de conversão, os seus efeitos

297 O Supremo Tribunal Federal vem, ultimamente, entendendo que o cômputo do prazo poderá incluir desde a primeira edição da medida reeditada.

298 Constituição do Brasil. “Art. 62. [...] Parágrafo Único. As medidas provisórias perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir da sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.” (Texto originário). Ver o Título “De 2001 *em diante*”, em que analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias.

temporais devem ser considerados para o cumprimento do princípio da anterioridade tributária.

O problema, então, seria o de saber se são possíveis medidas provisórias em matéria submetida ao princípio da anterioridade. Respeitando quem pense o contrário, entendo que não.

A urgência requisitada para as medidas provisórias e o prazo constitucional dos 30 dias (Texto originário) não podem ser vistos separadamente. Um integra o outro.

A medida provisória atende a uma espécie de regulamentação jurídica da crise, um direito da crise. É uma providência de exceção, e as exceções merecem interpretação restrita, pois, do contrário, viram regras.

Em contrário ao que defendo, não posso desconhecer o argumento de alguns dos autores nacionais, que afirmam que, sendo da essência da medida provisória os fundamentos da necessidade e da urgência, fortalece-se a tese de sua renovação; pois a inércia do Congresso, ainda que não intencional, não poderia prejudicar a comunidade²⁹⁹.

Ocorre que a Constituição de setembro de 1946 sequer previa os decretos-leis, ou as medidas provisórias, e o Brasil desenvolveu-se para além dos níveis médios da América Latina (Plano de Metas, de Juscelino Kubitschek).

Assim, mesmo que possam ser úteis em situações de exceção; não são imprescindíveis. Outros temas de relevo, ainda no âmbito da urgência, e dos trabalhos legislativos, são os que discutem a necessidade absoluta do sigilo prévio e o da impossibilidade de enxertos.

O problema é que, em propostas de *lege ferenda*, pretendia-se estabelecer a exigência de o Presidente da República comunicar com um determinado prazo de antecedência a medida provisória que iria editar ao Presidente do Congresso Nacional, salvo situações extremamente

299 "A Comissão Mista do Congresso, em parecer sobre a tese, admitiu a reedição de medida provisória de eficácia extinta pelo decurso de prazo, e também assim conclui MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (Medidas Provisórias com força de lei. Repertório de Jurisprudência IOB, n. 05, março de 1989). A própria essência da medida provisória, que se fundamenta na necessidade e urgência do provimento, fortalece a tese de sua renovação, não podendo valer como recusa a inércia do Congresso, ainda que intencional. CARLOS FRESA informa (Provisorieta com forza di legge e gestione degli stati di crisi), com apoio em DI CILOLO, SORRENTINO e PIZZORUSSO, que prevalece 'a tendência na doutrina a reputar compatível com a previsão constitucional a praxe da reapresentação', antes consagrada na continuidade de renovação dos decretos-leis." (TÁCITO, 1989, p. 7)

excepcionais, devidamente justificadas na Exposição de Motivos da medida em concreto.

Ocorre que surgiu a oposição, defendendo que a natureza urgente e relevante da matéria veiculada por medida provisória caracterizaria uma necessidade absoluta de sigilo prévio, exigindo uma fulminante implementação das providências. Seria uma condição essencial da urgência e da relevância agir silenciosamente. Por enquanto, não prevalece a necessidade da comunicação prévia.

A segunda questão diz respeito ao expediente de oportunidade de se colocar, em um texto de uma medida provisória contendo um assunto realmente urgente, um outro que não seja tão urgente assim. É o que se chamou de enxerto. A impossibilidade desse tipo de atitude parece resultar do bom senso. Ocorre que, nem sempre, ele prevalece.

Creio, contudo, que o acerto caminha no sentido de que os assuntos estranhos ao sentido global de uma medida provisória devem ser deixados ou para outra medida, ou, então, para a via do projeto de lei. É uma questão de boa-fé legislativa.

Sobre o tema da relevância, é preciso considerar até que ponto uma medida chamada de provisória poderá constituir situações definitivas, em face das circunstâncias excepcionais em que deve ser editada.

No art. 2º, do Substitutivo ao Projeto de Lei Complementar n. 223/90, apresentado pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação, está disposto:

Art. 2º. A medida provisória somente poderá versar sobre matéria regulável por lei ordinária, vedada a sua utilização para complementar a Constituição, tratar de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional ou de uma de suas Casas ou para constituir situações definitivas, em face dos efeitos jurídicos e factuais irreversíveis que venha a proporcionar.

Estaria vedada a utilização de medida provisória para constituir situações definitivas em face dos efeitos jurídicos e factuais.

Independente da adequabilidade do veículo legislativo empregado (projeto de lei complementar), e estando defendendo o entendimento de que novas limitações às medidas provisórias dependem de norma constitucional, cabe perquirir se a norma constitucional já exis-

tente não proíbe a utilização de medida provisória a constituir situações definitivas.

Por exemplo, em matéria penal, a perda da liberdade é algo definitivo. A liberdade perdida não se recupera, nem mesmo mediante reparações econômicas. Ora, as medidas provisórias, tal como defendo, têm caráter acautelatório, não devendo trazer consequências sem reposições equivalentes.

Se a riqueza do caso concreto trazer a aparência de infirmar o que digo, será preciso sindicá-lo com bastante atenção; pois a relevância da medida provisória presidencial não poderá desconhecer os direitos constitucionais dos indivíduos, que não podem ser afastados senão segundo as estreitas barreiras do próprio Texto Constitucional³⁰⁰.

Finalmente, ainda dentro do tema da relevância, não deve ser esquecido que toda medida provisória deve passar, antes de ser analisada por cada uma das Casas do Legislativo Federal (Senado Federal e Câmara dos Deputados), por uma Comissão Mista, que tem a obrigação regimental de oferecer parecer sobre os pressupostos constitucionais da relevância e da urgência. Só após a emissão desse parecer é que serão realizadas as sessões plenárias.

Assim, a questão que se coloca em cheque é a de que, caso o Plenário nada delibere no prazo constitucional dos cinco dias (art. 62, *caput*, da

300 Constituição do Brasil. “Do Estado de Defesa. Art. 136. [...] § 1º. O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I – restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II – ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. [...] § 3º. Na vigência do estado de defesa: I – a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial. [...] III – a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário; IV – é vedada a incomunicabilidade do preso. [...] Do Estado de Sítio. [...] Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I (comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa – o inc. II deste artigo refere-se ao estado de guerra ou resposta à agressão estrangeira), só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I – obrigação de permanência em localidade determinada; II – detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV – suspensão da liberdade de reunião; V – busca e apreensão em domicílio; VI – intervenção nas empresas de serviços públicos; VII – requisição de bens.”

atual Constituição)³⁰¹, deverá prevalecer a conclusão tomada no Parecer da Comissão Mista, mesmo que seja contrário à existência desses dois requisitos, ou o julgamento presidencial, que o levou a editar a medida provisória.

Por enquanto, em termos da Resolução em vigor, que é a Resolução n. 01/89, prevalece o julgamento do Presidente da República (art. 5º, § 5º).

Este dispositivo, o art. 5º, trata do modo como, no Congresso Nacional, faz-se o julgamento da relevância e da urgência, cabendo, pela importância do tema, a sua integral exposição:

Art. 5º. A Comissão terá o prazo de cinco dias, contado da publicação da Medida Provisória, no diário Oficial da União, para emitir parecer que diga respeito à sua admissibilidade total ou parcial, tendo em vista os pressupostos de urgência e relevância a que se refere o art. 62, da Constituição.

§ 1º. O parecer, em qualquer hipótese, e sem prejuízo do normal funcionamento da Comissão, será encaminhado à Presidência do Congresso Nacional, para as seguintes providências:

I – no caso de o parecer da Comissão concluir pelo atendimento dos pressupostos constitucionais, abertura de prazo máximo de vinte e quatro horas para apresentação de recursos no sentido de ser a Medida Provisória submetida ao Plenário, a fim de que este decida sobre sua admissibilidade;

II – no caso de o parecer da Comissão concluir pelo não atendimento daqueles pressupostos, convocação de sessão conjunta para deliberar sobre a admissibilidade da Medida Provisória.

§ 2º. O recurso a que se refere o inciso I do parágrafo anterior deverá ser interposto por um décimo dos membros do Congresso Nacional, ou líderes que representem este número.

§ 3º. Havendo recurso, a Presidência convocará sessão conjunta, a realizar-

301 Constituição do Brasil. "Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias." (Texto originário) Ver o Título "De 2001 *em diante*", em que analiso a Reforma Constitucional das medidas provisórias brasileiras (Emenda Constitucional n. 32, de 11/09/2001).

se no prazo máximo de vinte e quatro horas do seu recebimento, para que o Plenário delibere sobre a admissibilidade da Medida Provisória.

§ 4º. No caso do inciso II, do § 1º, a sessão conjunta deverá ser realizada no prazo máximo de vinte e quatro horas, contado do recebimento pelo Presidente do Congresso Nacional, do parecer da Comissão.

§ 5º. Se, em duas sessões conjuntas, realizadas em até dois dias imediatamente subsequentes, o Plenário não decidir sobre a matéria, considerar-se-ão como atendidos pela Medida Provisória os pressupostos de admissibilidade do art. 62, da Constituição Federal.

Como se vê, é o decurso de prazo favorável ao Presidente da República, em sede de Resolução do Congresso Nacional.

Ocorre que este art. 5º tem sido visado por alguns Projetos de Resolução, entre eles destaque aquele proposto pelo, à época, Senador Mário Covas, que foi apresentado em 30/05/90, e o contido no parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que teve por relator o Senador José Fogaça (1996).

No primeiro, permanece o silêncio congressual como uma forma de admissibilidade dos pressupostos da relevância e da urgência.

No segundo, entretanto, a falta de deliberação do Plenário da Casa Legislativa faz prevalecer o parecer da Comissão Mista, que tanto poderá ser pela existência dos requisitos da relevância e da urgência, quando poderá ser um juízo negativo de admissibilidade.

Independentemente do que se venha a resolver, é preciso ter em conta as condições jurídico-sociais do Brasil, que não comporta um sistema parlamentar de governo; mas um presidencial.

Assim, a transposição imediata da experiência constitucional de outros países, ou mesmo o condicionamento à estrutura histórica dos decretos-leis no Brasil, que foram típicos aos intervalos autoritários nacionais, podem não servir de sistema de referência.

O Brasil é um país jovem, mas pode ser suficientemente maduro para escolher o seu próprio destino³⁰².

302 A única votação da Constituinte em que compareceram os 559 parlamentares foi a do presidencialismo. O parlamentarismo havia vencido em todas as etapas iniciais da Constituinte – subcomissões, comissões e Comissão de Sistematização –, mas acabou perdendo, no Plenário, para o presidencialismo.

A Constituinte deixou os seus rastros de democracia, que não podem ser apagados com a instalação de um ordenamento jurídico capturado pela insegurança.

Afinal, a exceção deve ser restrita, e a medida provisória é uma medida de exceção.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *História da filosofia*. Tradução de Antonio Borges Coelho... [et al.]. 3. ed. Lisboa: Presença, 1982-1984.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ABREU, Florencio de. *A constituinte e o projecto de Constituição da República Rio-Grandense*. Porto Alegre: Typographia do Centro, 1930.

ACCIOLY, Aristófanés. *Contribuição de melhoria e valorizações imobiliárias*. Rio de Janeiro: Ed. Financeiras, 1951.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ACCIOLY, Mário. *Execuções fiscais*. Rio de Janeiro: Forense, 1936.

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ADLER, John. *Recursos financieros y reales para el desarrollo*. México: Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 1961.

ADROGUÉ, Carlos. *Poderes impositivos federal y provincial sobre los instrumentos de gobierno*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1943.

AFTALIÓN, Enrique. *Los principios generales del derecho y la reforma del Código Civil*, in Anales de la Fac. de Ciências Jurídicas y Sociales de la Plata, 1940.

AFTALIÓN, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, Jose. *Introducción al derecho*. 6. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1960.

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, Jose. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.

AGIRREAZKUENAGA, Inaki. *La coacción administrativa directa*. Madrid: Civitas, 1990.

AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Omega, 1980.

_____. *O que é justiça: uma abordagem dialética*. São Paulo: Alfa-Omega, 1982.

AGUIAR DIAS, José de. A equidade é poder do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 164, n. 633/634, mar./abr. 1956.

AHUMADA, Guillermo. *Tratado de finanzas públicas*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1969.

ALDER, John. *Constitucional and administrative law*. London: Macmillan, 1989.

ALEMANN, Roberto. *Reflexiones sobre el gasto publico*. Buenos Aires: [s. n.], 1971.

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960.

ALESSI, Renato; STAMMATI, Gaetano. *Istituzioni di diritto tributario*. Torino: Unione Tipografica, [19--].

ALLORIO, Enrico. *Diritto processuale tributario*. 4. ed. Torino: UTET, 1962.

_____. *Diritto processuale tributario*. 5. ed. Torino: UTET, 1969.

ALMEIDA, Antônio Figueira. *A Constituição de dez de novembro, explicada ao povo*. Rio de Janeiro: DIP, 1940.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Competência na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

ALMINO, João. *Era uma vez uma Constituinte*: lições de 1946 e as questões de hoje. São Paulo: Brasiliense, 1985.

ALMIRO, Afonso. *Controle financeiro das autarquias*. Rio de Janeiro: Financeiras, 1953.

_____. *Questões de técnica e direito financeiro*. Rio de Janeiro: Ed. Financeiras, 1957.

_____. *Técnica orçamentária*. São Paulo: Atlas.

ALTERINI, Atilio Anibal. *La inseguridad jurídica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: a política e a história*. Tradução de Luiz Cary e Luisa Costa, Lisboa: Presença, 1972.

ALVES, João Luís. *Reforma constitucional*. Belo Horizonte: [s. n.], 1902.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1986. v. 1.

_____. Direitos fundamentais dos administrados. In: NOS dez anos da Constituição. Lisboa: Imprensa Nacional, 1986.

_____. *Direito administrativo*. Lisboa: [s. n.], 1988. v. 2.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ANDUEZA ACUANÁ, José Guillermo. et al. *Los cambios constitucionales en America*. México: UNAM, 1977.

ANDRADA, José Bonifácio Olinda de. *Empréstimos públicos nas relações internacionais*. Belo Horizonte: [s. n.], 1927.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. 1992. Dissertação (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, COIMBRA, 1991.

ANDREOZZI, Manuel. *Derecho tributario argentino*. Buenos Aires: Tipográfica, 1951.

ANDRIOLI, Virgilio. *Studi sulla giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1992.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 7. ed. Milano: A. Giuffrè, 1975.

ANTONINI, Euclide. *La soggettività tributaria*. Napoli: Morano, 1965.

ANZON, Adele. La corte costituzionale e il diritto vivente. In: SCRITTI sulla giustizia costituzionale in onore de Vezio Crisafulli. Padova: CEDAM, 1985.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder judiciário*: do moderno ao contemporâneo. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

ARANOVICH, Manuel Horacio. Integración económica: ALALC y la posición argentina. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Argentina, v. 139, p. 1135-1142, jul./set. 1970.

ARAÚJO, Castro. *A Constituição de 1937*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

ARDANT, Gabriel. *Théorie sociologique de l'impôt*. Paris: SEVPEN, 1965.

ARGAÑARÁS, Manuel. *La prescripción extintiva*. Buenos Aires: [s. n.], 1966.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

_____. *Da revolução*. Tradução Fernando Dídimo Vieira. 2. ed. São Paulo: Ática, 1990.

_____. *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa de Almeida. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1988.

ARISTÓTELES. *Éthique à Nicomaque*. Trad. J. Tricot. 2. ed. Paris: L. Philosophique Vrin, 1967.

_____. *Tratados de lógica*. 5. ed. México: Porrúa, 1979.

ARRUDA, Teresa. ALVIM, Arruda. *Mandado de segurança contra ato judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ARZUA, Heron. *Contribuição ao estudo dos tributos parafiscais*. São Paulo: Resenha, IBT, 1974.

ASCARELLI, Tulio. Il Problema delle lacune. *Archivo Giurídico*, 94, 1925.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. 10. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

_____. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Minerva, 1968.

ASSIS, José de. *Do mandado de segurança contra ato judicial*: pressupostos de admissibilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ASÚA, Luis Jimenez de. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1951. t. II.

AUGUSTO, José. *O anteprojeto da constituição em face da democracia*. Rio de Janeiro: Schmidt, 1933.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. New York: The Noonday Press, 1954.

AUTRAN, Manoel Godofredo de Alencastro. *Constituição política do império do Brasil*. Rio de Janeiro: H. Laemmert, 1881.

AYALA, Perez de. *Derecho tributario*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1968.

AYALA, José Luiz Perez de; GONZALEZ, Eusebio. *Curso de derecho tributario*. Madrid: EDERSA, 1975.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Atlantida, 1977.

BAGNOLI, Bruno. *Imposizione sul valore aggiunto*. Milano: Giuffrè, 1964.

BALEEIRO, Aliomar. *Alguns andaimes da constituição*. Rio de Janeiro: Aloísio Maria de Oliveira, 1950.

_____. *Clínica fiscal*: questões de finanças e de direito tributário. Bahia: Progresso, 1958.

_____. *O direito tributário da constituição*. Rio de Janeiro: Financeiras, 1959.

_____. *O imposto sobre a renda*: prática, doutrina, legislação. Salvador: Baiana, 1938.

_____. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. rev. e atual. pela Dra. Misabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Supremo Tribunal Federal esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. *A tributação e a imunidade da dívida pública*. Bahia: Baiana, 1939.

_____. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

_____. *Uma introdução à ciência das finanças*. 4. ed. rev. e adaptada à Constituição de 1967 e ao Código Tributário Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. rev. e atual. por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Uma introdução à ciência das finanças e à política fiscal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984

_____. Teoria da constituição. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Porto Alegre, n. 93-94, p. 60-87, 1980.

_____. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte: FUMARC, 1982.

BARATA, Júlio. *O espírito da nova constituição*. Rio de Janeiro: Mandarin, 1938.

BARBALHO, João Uchoa Cavalcanti. *Constituição Federal Brasileira*. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1924.

_____. *Novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 2.

BARBOSA, Ruy. *O art. 6º da Constituição e a intervenção de 1920 na Bahia*. Rio de Janeiro: Castilho, 1920.

_____. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 2. Coleção Homero Pires.

_____. *A Constituição de 1891*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura.

BARCELLOS, Milton. *Evolução constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933.

BARCELONA, Pietro. *Diritto privato e processo economico*. Napoli: Jovene Editore, 1973.

BARRÉ, Raymond. *Economía política*. Barcelona: Ariel, 1964.

BARRETO, Carlos Xavier Paes. *A Constituição do estado novo*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1938.

BARRETO, Lauro Muniz. *Direito bancário*. São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito, 1975.

BARROS, Buys de. *Ensaio sobre a parafiscalidade*. Rio de Janeiro: Konfino, 1956.

BARROS, José Maurício Fernandes Pereira de. *Apontamentos de direito financeiro brasileiro*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1855.

_____. *Situação financeira do Brasil*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1867.

BARROS, Luiz Celso. *Ciência das finanças: direito financeiro*. 4. ed. São Paulo: Edipro, 1991.

BARROS FILHO, Theotônio Monteiro. *As taxas e seus principais problemas teóricos*. São Paulo: Resenha dos Tribunais, 1941.

BARROSO, José Liberato. *Observações sobre o art. 61, da constituição política do Império*. Fortaleza: Typ. Brasileira, 1861.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BASCIU, Antonio Ferdinando. *Contributo allo studio della obbligazione tributaria*. Napoli: Jovene, 1966.

BASSAS, J. J. Perulles. *Leciones de derecho fiscal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1957.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, Filinto Justiniano Ferreira. *Manual de direito público e de direito constitucional brasileiro*. Salvador: J. Ribeiro, 1914.

BATTIFOL, Henri. *A filosofia do direito*. Trad. Eugénio Cavalheiro. 6. ed. Lisboa: Editorial Notícias, 1981.

BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *A interpretação das leis tributárias e a teoria do abuso das formas jurídicas e da prevalência do conteúdo econômico*. Porto Alegre: [s. n.], 1965.

_____. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.

_____. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BECKER, Enno. *La elaboración autónoma de los principios del derecho tributario*. Madrid: Estudios del Centro de Investigaciones de Derecho Financiero, 1941.

BELSUNCE, Horácio A. Garcia. *La interpretación de la ley tributaria*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.

BELTRAN FLOREZ, Lucas. *Lecciones de derecho fiscal*. Valladolid: Lex Nova, 1968.

BERFORD, Alvaro Bittencourt. *O Estado Nacional e a constituição de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: DIP, 1944.

BERLIN, Isaiah. John Stuart Mill e as finalidades da vida. In: BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 138.

- BERLIRI, Antonio. *Corso istituzionale di diritto tributario*. Milano: Giuffrè, 1965.
- _____. *Corso istituzionale di diritto tributario*. Milano: Giuffrè, 1985. v. 1.
- _____. *Corso istituzionale di diritto tributario*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1974. t. 1.
- _____. *L'ordinamento tributario della prima metà del sec. XIV nell'opera di Bartolo di Sassoferrato*. Milano: Giuffrè, 1952.
- _____. *Principi di diritto tributario*. Milano: Giuffrè, 1952.
- _____. *Principi di diritto tributario*. Milano: Giuffrè, 1964.
- _____. *Principios de derecho tributario*. Traducción Fernando Vicente Arche Domingo. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1964. v. 1.
- _____. *Princípios de derecho tributário*. Traducción por Narciso Amorós Rica y Eusebio González Garcia. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1971. v. 2.
- BERLIRI, Luigi Vittorio. *El impuesto justo*. Trad. Fernando Vicente e Arche Domingo. Madrid: Edita Instituto de Estudios Fiscales, 1986.
- BERTINI, Alessandro. *Norma e situazione nella semantica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1958.
- BETTELHEIM, Charles. *Problemas teóricos y prácticos de la planificación*. Madrid: Editorial Tecnos, 1962.
- BETTI, Emilio. *Interpretazioni della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.
- _____. *Teoria generale della interpretazione*. 1. ed. Milano: Giuffrè, 1955.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, [19--].

_____. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1972.

BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediare, 1972.

BIELSA, Rafael. *Compendio de derecho público: constitucional, administrativo y fiscal*. Buenos Aires: Depalma, 1952. v. 3.

_____. *Los conceptos y su terminología*. 3. ed. aum. Buenos Aires: Depalma, 1987.

_____. *Derecho fiscal*. Buenos Aires: Depalma, 1951.

_____. *Democracia y republica*. Edición póstuma. Buenos Aires: Depalma, 1985.

_____. *Estudios de derecho público*. Buenos Aires: [s. n.], 1950.

_____. *Estudios de derecho público*. Buenos Aires: Depalma, 1951. v. 2.

_____. *El orden politica y las garantias jurisdiccionales: separacion de poderes y vigencia del derecho*. Buenos Aires: [s. n.], 1943.

BIENVENU, Jean-Jacques. *Droit fiscal*. Paris: Presses Universitaires de France, 1987.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1971.

BLUMENSTEIN, Ernst. *Sistema di diritto dell'imposte*. Trad. Francesco Forte. Milão: Giuffrè, 1954.

_____. *System des steuerrechts*. 2. ed. rev. Zürich: Poligraphischer Verlag A G, 1951.

BOBBIO, Norberto. *L'Analogia nella logica del diritto*. Turim: Istituto Giuridico, 1938.

_____. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

_____. *Dicionário de política*. Tradutores João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

_____. *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*. Turín: G. Giappichelli, 1957.

_____. *Estudos sobre Hegel*. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.

_____. *El existencialismo*. 90. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

_____. *O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. Principi generali di diritto. In: *Nuovissimo digesto italiano*. Turim: UTET, [19--].

_____. *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1970.

_____. *Teoria della scienza giuridica*. Turín: G. Giappichelli, 1950.

_____. *Teoria della norma giuridica*. Torino: Viretto, 1958.

_____. *Teoria general del derecho*. Traducción de Eduardo Rozo Acuña. Bogotá: Temis, 1987.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

BOCHENSKI, J. M. *Diretrizes do pensamento filosófico*. Rio de Janeiro: Editora Herder, 1961.

BOECHAT RODRIGUES, Leda. *A história do Supremo Tribunal Federal*. vol. I (1965) – vol. II (1968) – vol. III (1991). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965-1991. 3 v.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Direitos políticos e partidos políticos na Constituição brasileira de 1967. In: *Estudos sobre a Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

_____. *Reflexões: política e direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BORGES, Arnaldo. *O sujeito passivo da obrigação tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BORGES, José Souto Maior. *Iniciação ao direito tributário*. Recife: [s. n.], 1966.

_____. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. *Isenções tributárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. *Isenções tributárias*. 2.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

_____. *Obrigação tributária: uma introdução metodológica*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Reforma do sistema tributário brasileiro*. Recife: CAM, 1967.

BORJA, Célio. A federação na Constituição do Brasil. In: *Estudos sobre a Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

BORRÁS, Gabriel Giampietro. *Las tasas en la hacienda pública*. Montevideo, 1959.

BRACHET, Bernard. *Le Système fiscal français*. 2. édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988.

BRAGA, Leopoldo. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. *Imunidades diplomáticas em matéria tributária*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1960.

BRANDÃO, Alonso. *Contabilidade pública*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1952.

BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles. *Do mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

BREVES, Artur. *A revisão da Constituição Federal de 24 de fevereiro*. São Paulo: Typ. a Vapor Paupério & Comp., 1901.

BREWER, Allan R. *Estado de derecho y control judicial*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.

BRUN, Jean. *Os Pré-socráticos*. Trad. Armindo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, [19--]. (Biblioteca Básica de Filosofia).

BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962

BUCHANAN, James. *Hacienda pública*. Madrid: Derecho Financiero, 1968.

BUGARIM, Bento. *Taxa no sistema tributário brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 1968.

BÜHLER, Ottmar. *Princípios de derecho internacional tributário*. Trad. Fernando Cervera Torrejon. Madri: Derecho Financiero, 1968.

BUJANDA, Fernando Sainz de. *XI Semana de estudios de derecho financiero*. Madrid: Derecho Financiero, 1964. v. 1-2.

_____. *Hacienda y derecho*. Madrid: Intitulo de Estudios Políticos, 1962-1966. 4 v.

_____. *Lecciones de derecho financiero*. Madrid: Sección Publicaciones Universidad Complutense, 1979.

_____. *Lecciones de derecho financiero*. 6. ed. Madrid: Universidade Complutense, Facultad de Derecho, Seccion de Publicaciones, 1988.

CABIEDES, Eduardo Gutierrez. Elementos essenciais para un sistema de medidas cautelares. In: PIETRO, Leonardo. et al. *El sistema de medidas cautelares*. Pamplona: EUNSA, 1974.

CAETANO, Marcello. *Constituições portuguesas*. 5. ed. Lisboa: Verbo, 1981.

_____. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2.

_____. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Lisboa: Coimbra, 1972.

_____. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. rev. e ampl. por Miguel Galvão Telles. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

_____. *Manual de direito administrativo*. 1. ed. São Paulo: Forense, 1970.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*: proceso civil y constitucional. Buenos Aires: EJE, 1973. v. 3.

CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico*: lezioni di storia del diritto italiano. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1959.

CALMON, Pedro et al. *Diário da Assembléia Geral Constituinte e legislação do império do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1972.

_____. *História do Brasil*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1959.

CAMPANHOLE, Adriano; LOBO, Hilton. *Constituições do Brasil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1989.

CAMPOS, Cândido H. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1987.

CAMPOS, Dejalma de. *Direito financeiro e orçamentário*. São Paulo: Atlas, 1995.

_____. *Direito processual tributário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Horta Neves Leite de. *Direito tributário*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 2.

_____. *O Espírito do Estado Novo: interpretação da Constituição de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Serviço de Divulgação da Polícia Civil do Distrito Federal, 1937.

_____. *O Estado Nacional, sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.

_____. *Introdução crítica à filosofia do direito*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, [19--].

_____. *O Poder judiciário na Constituição de 1937: discursos proferidos pelo Ministro Eduardo Espínola, Presidente do Supremo Tribunal Federal e Professor Francisco Campos, Ministro da Justiça, na solenidade de abertura dos trabalhos do Tribunal, em 02 de abril de 1941*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1941.

CAMPOS, Hélio Silvio Ourem. *A “crise” no direito*. Recife: [s. n.], 1990.

_____. *Efetividade constitucional (princípio) capacidade contributiva*. Recife: [s. n.], 1990.

_____. *Isonomia: princípio*. Recife: [s. n.], 1991.

_____. *Princípio de efetividade constitucional*. Recife: [s. n.], 1990.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1982.

_____. *Direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

_____. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

_____. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

_____. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

_____. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: lei do tribunal constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. *A causa da obrigação tributária. Temas de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Alba, 1964.

_____. *Estudos e pareceres de direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. *O Processo tributário*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1964.

_____. *Temas de direito tributário*. 1. ed. Rio de Janeiro: Finanças, 1955.

CAPELLA, Juan Ramon. *El derecho como language*. Barcelona: Ariel, 1968.

CAPPELLETI, Mauro. *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 1. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1984.

_____. *Dimensione della giustizia nella società contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1984.

_____. *La responsabilidad de los jueces*. Argentina: Fundação para a Investigação das Ciências Jurídicas, 1988.

CARDOSO, Newton. *Tributação do ato ilícito*. Recife: Regis, 1956.

CARDOSO, Virgílio de Oliveira. *Poderes implícitos ou a intevenção federal dos Estados estudadas à luz da doutrina, da legislação comparada e em face da Constituição brasileira*. Belém: Typ. da Imprensa Oficial, [19--].

CARNEIRO, Erimã. *Lei 4.506-A nova lei do imposto de renda*. Rio de Janeiro: Financeiras, 1965.

_____. *A nova lei sobre lucros extraordinários*. Rio de Janeiro: Aurora, 1946.

CARNEIRO, Levi Fernandes. *Conferência sobre a Constituição*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. 3. ed. Roma: Soc. Ed. del foro Italiano, 1951.

_____. *Teoria geral do direito*. Tradução de A. Rodrigues Queiro e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942.

CARONE, Edgard. *A terceira república, 1937-1945*. São Paulo: Difel, 1976.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 2. ed. rev. e ampl. e atual. pela Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CARREIRA, Castro. *História financeira e orçamentária do império do Brasil desde a sua fundação*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889.

CARRIÓ, Alejandro. *Garantias constitucionais en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1984.

CARRIÓ, Genaro R. *Algunas palabras sobre las palabras de la Ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário: nos termos da Constituição Federal de 1988*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Dificuldades jurídicas emergentes da adoção dos chamados "tributos fixos"*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

_____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Teoria da norma tributária*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Los principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.

CASSONE, Vittorio. *Direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1990. t. 2.

BRASIL. Constituição (1937). *A nova Constituição brasileira promulgada aos 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1938.

CASTRO, Antonio Olímpio Viveiros de. *Tratado dos impostos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910.

CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O congresso e as delegações legislativas: limites do poder normativo do executivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CASTRO, José Antônio Pedreira de Magalhães. *Algumas notas à constituição dos Estados Unidos do Brasil, precedidos de introdução e paralelo ou comparação da constituição política do império de 1824 com a constituição decretada pelo governo provisório da república de 1890*. Rio de Janeiro: Perseverança, 1890.

_____. *Esboço de projeto da Constituição Federal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Leuzinger, 1890.

CASTRO, Juan Pedro. *Impuesto al valor agregado: normas legales, jurisprudência y casos practicos*. Buenos Aires: Macchi, 1982.

NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. José de Aguiar Dias. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CASTRO, Raimundo de Araújo. *Manual da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro & Maurílio, 1918.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado dos impostos: estudo teórico e prático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910.

CAVALCANTE, Enoque Gomes. *Sustentabilidade do desenvolvimento: fundamentos teóricos e metodológicos do novo paradigma*. Recife: Editora Universitária, Universidade Federal de Pernambuco, 1998.

CAVALCANTI, Amaro. *Elementos de finanças*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1896.

_____. *Resenha financeira do ex-império do Brasil em 1889*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890.

_____. *Responsabilidade civil do Estado*. Atualizado por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1957.

CAVALCANTI, Jacob. *Histórico da dívida externa federal*. Rio de Janeiro, 1923.

CAVALCANTI, Severiano Andrade. *Histórico dos impostos de consumo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *L'Avant projet de Constitution Soumis à L'Assemblée Constituant Bresilienne*. Rio de Janeiro: Legislation Bresilienne, 1934.

_____. *A Constituição federal comentada*. Rio de Janeiro, 1948.

_____. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: o regime jurídico constitucional*. Curitiba: Juruá, 1996.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

CHOMSKY, Noam. *Linguística cartesiana*. Trad. Francisco M. Guimarães. São Paulo: Vozes, 1972.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *A atividade legislativa do poder executivo do Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COELHO, Henrique. *A Constituição de 1891 e a Constituinte de 1901*. São Paulo: Typ. do Diário Oficial, 1903.

COELHO, José Washington. *Código tributário nacional interpretado*. Rio de Janeiro: Ed. Correio da Manhã, 1968.

_____. *Compêndio de direito financeiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. *Interpretação no direito tributário*: estudos de direito tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. v. 1.

_____. *Teoria geral do tributo e da exoneração tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COCIVERA, Benedetto. *Il concordato tributario*. Milano: Società Editrice, 1948.

_____. *Principi di diritto tributario*. Milão: Giuffrè, 1961.

COING, Helmut. *Fundamentos de filosofia del derecho*. Trad. de Juan Manuel Mauri. Espanha: Editora Ariel, 1976.

A CONSTITUIÇÃO do Brasil: comparada comentada. São Paulo: Price Waterhouse, 1988.

CONTRERAS, Ana M. Carmona. *La configuración constitucional del Decreto-ley*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations*. 7th ed., com notas de Victor H. Lane. Boston: Little, Brown and Company, 1903.

COQUEIJO COSTA. Processo do trabalho: princípios e peculiaridades. In: MAGNO, Octavio Bueno. *Curso de direito do trabalho* (Em homenagem a Mozart Victor Russomano). São Paulo: Editora Saraiva, 1985.

CORDEIRO, António Menezes. *A Constituição patrimonial privada*. Extraído de estudos sobre a Constituição. Livraria Petrony. 1979. v. 3.

_____. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

_____. Da inconstitucionalidade da revogação dos assentos. In: MIRANDA, Jorge (Org). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora. v. 1.

CORREA, Oscar Dias. *A Constituição de 1967, contribuição crítica*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

CORREIA, José Sérvulo. Os contratos económicos perante a Constituição. In: MIRANDA, Jorge (org). *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986.

_____. *Noções de direito administrativo*. Lisboa: Danubio, 1982.

_____. *Os Princípios constitucionais da administração pública: estudos sobre a Constituição*. (coordenação de Jorge Miranda). Livraria Petrony, 1979. v. 3.

_____. Os princípios constitucionais do direito administrativo. In: MIRANDA, Jorge. *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa: Petrony, 1977-1979. v. 3.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Matías. *Ordenamiento tributario español*. Madrid, 1970.

COSCIANI, Cesare. *El Impuesto al valor agregado*. Buenos Aires, 1969.

_____. *Principios de ciencia de la hacienda*. Madrid, 1960.

COSSIO, Carlos. *Las lagunas del derecho*. Inst. Argentino de Filosofia Jurídica y Social, 1942.

_____. *A plenitude do ordenamento jurídico*. 2. ed. Buenos Aires: Editora Losada, 1947.

_____. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

_____. *Teoria de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Editora Losada, 1964.

COSTA, Alcides Jorge. *ICM na Constituição e na lei complementar*. São Paulo: Ed. Resenha, 1978.

COSTA, Elcias Ferreira da. *Comentários breves à Constituição Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *Curso de direito fiscal*. Coimbra: Almedina, 1972.

_____. *A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais* (Colaboração de José Casalta Nabais). Lisboa, Boletim do Ministério da Justiça n. 396 – Maio/1990.

COSTA JR., Paulo José; DENARI, Zelmo. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

COSTA, Valdes. *Curso de derecho tributario*. Montevideo, 1970.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Hemus, 1975.

_____. *A Cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint, 1991.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires, 1958.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Bushatsky, 1967.

_____. *Lezioni di diritto costituzionale*. 6. ed. Edizione aggiornata a cura di Francesco Crisafulli. Padova: CEDAM, 1993.

_____. *Os “writs” na Constituição de 1988*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1989.

CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. *Commentario breve della Costituzione*. Padova, 1990.

CZERNA, Renato Cirell. *Ensaio de filosofia jurídica e social*: notas sobre o problema da certeza do Direito. São Paulo: Saraiva, 1965.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FARBER, Daniel; ESKRIDGE, William N.; FRICHEY, Philip P. *Constitutional law – themes for the Constitution's third century*. St. Paul: West Publishing, 1993.

DABIN, Jean. Teoría general del derecho. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955.

DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

_____. *Direito constitucional e instituições políticas*. Bauru: Editora Jalovi, 1986.

DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e “due process of law”. In: _____. *Problemas de direito positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DELBÓS, Victor. *La philosophie pratique de Kant*. Paris: Imprimerie Durand, s.d.

DELGADO, Luiz. *Compêndio elementar do direito administrativo brasileiro*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco (Coleção Jurídica), 1970. v. 1.

DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

DEODATO, Alberto. *As funções extrafiscais do imposto*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949.

_____. *Manual de ciência das finanças*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Os Conceitos de renda e de patrimônio*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

_____. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DE VITI DE MARCO, Antonio. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

_____. *Principi di economia finanziaria*. Torino: Paulo Boringhieri, 1961.

DINIZ, Maria Helena. *A Ciência jurídica*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

_____. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *As Lacunas no direito*. 2. ed. aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

DÓRIA, Antônio R. de Sampaio. *Anteprojeto de Constituição para o Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1946.

- _____. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Ed. Limonad, 1960.
- _____. *Da lei tributária no tempo*. São Paulo: Ed. Obelisco, 1968.
- _____. *Direito constitucional tributário e “Due Process of Law”*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- _____. *Discriminação da Competência Impositiva*. São Paulo: Símbolo, 1972.
- _____. *Distribuição disfarçada de lucros e imposto de renda*. São Paulo: Editora Resenha, 1975.
- _____. *Elisão e evasão fiscal*. São Paulo: Lael, 1971.
- _____. *Elisão e evasão fiscal*. São Paulo: Lael, 1977.
- _____. *Princípios constitucionais e a cláusula “Due Process of Law”*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.
- DROMI, José Roberto. *Introduccion al derecho administrativo*. Madrid: Editorial Grouz, 1986
- _____. *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987. t. 2.
- DUARTE, José. *A Constituição brasileira de 1946: Exegese dos textos à luz dos trabalhos da assembléia constituinte*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.
- DUARTE, Maria Luísa. *A Discricionarietà administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados: contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade*. Lisboa, 1987.
- DUS, Angelo. *Teoria generale dell'illecito fiscale*. Milano: Giuffrè, 1957.

DUVERGER, Maurice. *Finances publiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1963.

_____. *Hacienda pública*. Barcelona: Ed. Bosch, 1968.

_____. *Institutions financières*. 3. ed. Paris, 1960.

_____. *Instituciones financieras*. Barcelona, 1960.

DWORKIN, Ronald. Is a law a system af rules?. In: *Essays in legal Philosophy*. [S.l.]: Summers. Oxford, 1968.

_____. *Taking rights seriously*. 5. Impressão. Londres: Duckworth, 1987.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. René Ernani Gertz. Revisão de Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

EINAUDI, Luigi. *Mitos y paradojos de la justicia tributaria*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1959.

_____. *Principios de hacienda pública*. Madrid: Ed. Aguilar, 1968.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Introducción al derecho comunitario latino americano: con especial referencia al Mercosur*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994.

ELLIS JÚNIOR, Alfredo. A Constituição de 1891. In: *Confederação ou separação*. São Paulo: Piratininga, 1933.

ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Trad. Juan José Gil Cremades. Pamplona: Universidade de Navarra, 1968.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. La Constitución como norma jurídica. In: *La Constitución Española de 1978: Estudio sistemático* por E. Garcia de Enterría e Alberto Pradier. Madrid: Civitas, 1981.

_____. *Democracia, jueces y control de la administración*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales des derecho*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1984.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1993. 2 v.

_____. *Curso de direito administrativo*. Trad. De Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

_____. *A nova Constituição do Brasil, direito político e constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

ESSER, Joseh. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. 1. ed. Barcelona: Bosch, 1961.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE. *Constituição: análises e interpretação: anotações de casos decididos pela Suprema Corte*. Washington: Imprensa Oficial do Governo Norte-Americano. 1987.

ESTEBAN, Jorge de. *Las Constituciones de España*. Madrid. Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

ESTELITA LINS, Augusto E. *A nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil: decretada em 10 de novembro de 1937 pelo Presidente Getúlio Vargas*. Rio de Janeiro, 1940.

ESTÉVEZ PAULÓS, José. *La Constitución y la irretroactividad de las leyes tributarias*, en Memoria de las X Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios, Montevideo, 1984.

ESTORNINHO, Maria João. *O conceito de representação política: origem e evolução*. Relatório do Mestrado de Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.

_____. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado na administração pública*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1996.

FALLA, Fernando Garrido. *Comentarios a la constitución*. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

_____. *Tratado de derecho administrativo*. 11. ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1992. v. 2.

FALCÃO, Alcino Pinto. *Constituição anotada*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1957. v. 3.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Financeiras, 1964.

_____. *Direito tributário brasileiro: aspectos concretos*. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1960.

_____. *Fato gerador da obrigação tributária*. Rio de Janeiro: Ed. Financeiras, 1964.

_____. *Fato gerador da obrigação tributária*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. *Introdução ao direito tributário*. Atualizado por Flávio Bauer Novelli. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Introdução ao direito tributário*: parte geral. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1959.

_____. *Sistema tributário brasileiro: discriminação de rendas*. Rio de Janeiro: Ed. Financeiras, 1965.

FALZEA, Angelo. *Voci di teoria generale del diritto*. Milano: Giuffrè, 1970.

FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário*. Rio de Janeiro: Resenha Tributária, 1971.

_____. *A decadência e a prescrição em direito tributário*. São Paulo: Resenha, 1976.

_____. *Prática do direito tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1974.

FANTOZZI, Augusto. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Diritto tributario*. Torino: Utet, 1991.

_____. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1978.

_____. *La solidarietà nell diritto tributario*. Torino, 1968.

FASIANI, Mauro. *Principios de la ciencia de la hacienda*. Madrid: Ed. Aguilar, 1962.

FAVATA, Angelo. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

_____. *Dicionário de termos jurídicos*. 11. ed. Aggiornata da Francesco Bartolini. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 1989.

FENECH, Miguel. *Derecho procesal tributario*. Barcelona, 1951.

FERNANDES, Edison Carlos. *Sistema tributário do Mercosul* : o processo de harmonização das legislações tributárias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FERNANDES, José Manuel Cabrera. *Nuevo impuesto sobre el valor añadido*. Valencia: CISS, 1993.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dytson.

FERNÁNDEZ, José Luis Palma. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 26-27.

FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, 1921. v. 1.

FERRARA, Franco Batistoni. *La determinazione della base imponibile nelle imposte indirette*. Napoli: E. Jovene, 1964.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Analogia aspecto lógico-jurídico: analogia como argumento ou procedimento lógico. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 6.

_____. *A Ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

_____. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

_____. *Sistema jurídico e teoria geral dos sistemas*. Apostila do Curso de Extensão Universitária em Direito, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo, março/junho de 1973.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. Assistência José Baptista da Luz e revisto e aumentado por inúmeros especialistas. 11. ed., Editora Gamma.

FERREIRA, Luis Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. ver. ampl. e atual. com as Emendas Constitucionais e a Revisão Constitucional. São Paulo, Editora Saraiva, 199-.

_____. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. 2 v.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O anteprojeto dos notáveis*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Comentários à Constituição brasileira*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1977.

_____. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Do processo legislativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1954.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre processo tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, s. d.

FIGUEIREDO, Marcelo. Ação declaratória de constitucionalidade: inovação infeliz. In: *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 1, abr./jun. 1993.

FIGUEIRÊDO, Sara Ramos. *Processo legislativo*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 1982.

FLORES, Polo Pedro. *Derecho financiero y tributario peruano*. 2. ed. Lima/Peru: Edic. Valenzuela, 1986.

FONROUGE, Carlos M. Giuliani. *Conceitos de direito tributário*. Trad. Geraldo Ataliba e Marco Aurélio Greco. São Paulo: Lael, 1973.

_____. *Derecho financiero*. Buenos Aires: Depalma, 1962. v. 1.

_____. *Derecho financiero*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1970. v. 1.

_____. *El Estado de la sociedad industrial*. Trad. Luís Lopes Guerra e J.N. Muñiz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FORTES, Luiz R. Salinas. *O iluminismo e os reis filósofos*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

FONROUGE, Giuliani e BELLO. *Procedimiento impositivo*. Buenos Aires, 1963.

FONROUGE, Giuliani e NAVARRINE. *Código fiscal de la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Edic. Depalma, 1980.

_____. *Procedimiento tributario*. Buenos Aires: Edic. Depalma, 1981.

_____. *Procedimiento tributario municipal de la ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires: Edic. Depalma, 1978.

FONSECA, Aníbal Freire da. A Constituição de 1891: O sistema constitucional brasileiro, objeções e vantagens. In: *Do Poder Executivo na República Brasileira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1916.

FOUCAULT, Michel. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid: [s.n.], 1981.

_____. A verdade e as formas jurídicas / trad. Roberto Cabral de Melo Machado e outro. In: *Cadernos da PUC*, Rio de Janeiro, n. 16, 1979.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Algumas instituições políticas no Brasil e nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. *A Câmara dos Deputados: Síntese Histórica*. Brasília: Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, 1976.

_____. *Curso de direito constitucional brasileiro: Formação Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 2.

_____. *Direito constitucional: Teoria da Constituição: As Constituições do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Um estadista da República: Afrânio de Mello Franco e seu tempo*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1976.

FRANCO, A L. Sousa. *Finanças do sector público: introdução aos subsectores institucionais*. Lisboa: AAFDL, 1991.

FRANCO MONTORO, André. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Ed., 1972. v. 1 e 2.

FRAZEN DE LIMA, Mário. *Da interpretação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

FREIRE, Felisberto Firmo de Oliveira. *A constituição dos estados e a Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.

FREIRE, Gilberto. *Discurso pronunciado na Assembléia Nacional Constituinte*: sessão de 17 de junho de 1946. Rio de Janeiro: [s. n.], 1946.

FREITAS, Vladimir Passos et al. *Código tributário nacional comentado*: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FREYTES, Roberto. *El principio de la irretroactividad de las leyes y los reglamentos en materia tributaria*: em Memoria de las X Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios. Montevideo, 1984.

FRÍAS, Pedro J. *El comportamiento federal en la Argentina*. Buenos Aires: [s.n.], 1970.

_____. *Introducción al derecho público provincial*. Buenos Aires: Depalma, 1980.

FURTADO, Antonio Carlos. *Noções práticas de direito financeiro e finanças*. São Paulo: Julex Livros, 1991.

GABBA, Carlo Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*. 3. ed. Torino: [s. n.], 1891-99. v. 1.

GANGEMI, Lello. *Manicomio tributario italiano*: in Studi in memoria de Bevenuto Griziotti. Milano: Giuffrè, 1959.

_____. *Tratado de hacienda pública*. Madrid, 1961.

_____. *Sistemi finanziari comparati: la finanza dei paesi in via di sviluppo e zone sottosviluppate e deprese dei paesi progrediti*. Torino: Unione Tipografico; Editrice Torinese, 1977.

GARCÍA BELSUNCE, Horacio. *Derecho tributario penal*. Buenos Aires: Depalma, 1985.

_____. *Estudios financieros*. Buenos Aires: [s. l.], 1966.

_____. *La interpretación de la ley tributaria*. Buenos Aires: Depalma, 1959.

_____. *Política fiscal para um plan de estabilización y desarrollo económico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.

GARCIA, Maria da Glória. *A Constituição e a construção da democracia: perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Organização Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 2.

_____. *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*. Lisboa: Conselho Económico e Social, 1997.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introdução ao estudo do direito*. México: Porrúa, 1972.

_____. *Lógica del juicio jurídico*. México: Fondo de Cultura Economia, 1955.

_____. *Lógica del raciocínio jurídico*. México: Fondo de Cultura Economica, 1964.

_____. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*. México: Porrúa, 1968.

_____. *El recurso de inconstitucionalidad: el proceso directo de inconstitucionalidad*. Madrid: Trivium, 1992.

GARZA, Sergio Francisco de la. *Derecho financiero mexicano*. 11. ed. México: Porrúa, 1982.

ORTEGA Y GASSET, José. La idea de principio en Leibniz. In: *Obras completas José Ortega y Gasset*. 1. ed. Madrid: Alianza, 1979.

_____. La rebelion de las masas. 6. ed. In: *Obras completas José Ortega y Gasset*. Madrid: Alianza, 1986.

_____. Que es Filosofia ? 6. ed. In: *Obras completas José Ortega y Gasset*. Madrid: Alianza, 1988.

GEIGER, Theodor. *Ideología y verdad*. Trad. Margarita Jung. Buenos Aires: Amorrortu, 1972.

GENTILLI, Giorgio. *Le presunzioni nel diritto tributario*. Padova: CEDAM, 1984.

GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid: Reus, 1925.

GHICLIANE, Alejandro. *Del control jurisdiccional de constitucionalidad*. Buenos Aires: Depalma, 1992.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GIANNINI, Achile Donato. *I concetti fondamentali del diritto tributario*. Torino: Torinese, 1956.

_____. *Istituzioni di diritto tributario*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1960.

_____. *Istituzioni di diritto tributario*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1968.

_____. *Il Rapporto giuridico d'imposta*. Milano: A. Giuffrè, 1937.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Milão, 1970. t. 1 e 2.

_____. *Lezioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1950.

_____. *Le obbligazioni pubbliche*. Roma: Jandi Sapi Editori, 1964.

GIANOLA, Giovanni. *Il Mito della giustizia fiscale*. 1. ed. Milano: Il Sole 24 Ore Società Editoriale Media Economici, 1994.

GIARDINA, Emilio. *Le base teoriche del principio della capacità contributiva*. Milano: Giuffrè, 1961.

GIBERT, J. R. Montero; MORILLO, J. Garcia. *El control parlamentario*. Madrid: Tecnos, 1984.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORGETTI, Armando. *La evasión tributaria*. Buenos Aires: Depalma, 1967.

GLENNON, Michael J. *Diplomacia constitucional*. Trad. de Francisco J. de Andrea . 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción filosófica al derecho*. 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 1976.

GOMES, Nuno Sá. *As situações jurídicas tributárias*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1969. (Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal; 77).

GONÇALVES, Augusto Cesar Lopes. *A Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: F. F., 1935.

GONÇALVES, C. Torres. *As constituições de 14 de julho e de 10 de novembro*. Rio de Janeiro: [s. l.], 1940.

GONTIJO, Augusto. *Istituzioni di scienza delle finanze*. Torino: UTET, 1929.

GONTIJO, Paulo César. *A parafiscalidade*. Rio de Janeiro: Financeiras, 1958.

GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1974. t.1

_____. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. Buenos Aires: Macchi, 1974. t 1.

GORDON, R. J. F. *Judicial review: law and procedure*. London: Sweet & Maxwell, 1985.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de exceção no direito constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. 2 v.

GRASSO, Pietro Giuseppe. Il concetto de reforma e i giuristi. In: SCRITTI su la Giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli. Padova: CEDAM, 1985.

GRAU, Eros Roberto. *Conceito de tributo e fontes do direito tributário*. São Paulo: Resenha, 1975.

_____. *Direito, conceito e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRAZIANI, Augusto. *Istituzioni di scienza delle finanze*. Torino: UTET, 1911.

GRECO, Marco Aurélio. *Norma jurídica tributária*. São Paulo: Saraiva, 1974.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRIZIOTTI, Benvenuto. *Principios de ciencia de las finanzas*. Trad. Dino Jarach. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1949.

_____. *Primi elementi di scienza delle finanze*. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. *Princípios de ciencia de las finanzas*. Buenos Aires: Depalma, 1959.

_____. *Principios de politica, derecho y ciencia de la hacienda*. Trad. Henrique R. Mata. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Ruiz, 1958.

_____. *Saggi sul rinnovamento dello studio della scienza delle finanze e del diritto finanziario*. Milano: Giuffrè, 1953.

_____. *Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario*. Milano: Giuffrè, 1956.

GRONDONA, Mariano. *La reglamentación de los derechos constitucionales*. Buenos Aires: Depalma, 1986.

GROPPALI, Alessandro. *Introdução ao estudo do direito*. Trad. Alarcão. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1978.

_____. Sul problema della conoscenza del diritto. Note critiche intorno ad alcune recenti dottrine. *Rivista di Diritto Privato*, n. 12, p. 2, 1942.

GUEDES, Armando Marques. *Ciência política: teoria geral do estado*. Lisboa: AAFDL, 1979. (Lições do Professor Armando Marques Guedes ao 1º ano jurídico de 1979/80).

_____. *Ideologias e sistemas políticos*. Lisboa: Instituto de Altos Estudos Militares, 1981.

GUIMARÃES, José Lázaro. *As ações coletivas e as liminares contra atos do poder público*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1993.

GUIMARÃES, Vasco Antônio. *A estrutura da obrigação de imposto e os princípios constitucionais da legalidade, segurança jurídica e proteção da confiança*. Lisboa: DGCI/CEF, 1995. (Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal; 171)

GURVITCH, Georges. *Sociologia jurídica*. Tradução Djacir Meneses. Rio de Janeiro, Forense, 1959.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

HABERMAS, Jurgen. *Conocimiento e interés*. Tradução Manuel Jiménez, José F. Ivras y Luis Martín Santos. 1. ed., reimp. Madrid: Taurus, 1989.

HANSEN, Alvin. *Política fiscal y ciclo económico*. México, [s.n.], 1952.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 1995.

_____. *Sistema tributário na Constituição de 1988: tributação progressiva*. São Paulo: Saraiva, 1991.

HART, Herbert. L. A. *O conceito do direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

_____. *Contributi all'analisi del diritto*: a cura di Vittorio Frosini. Milano: Giuffrè, 1964.

HARTMANN, N. *Ontología y fundamentos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1954.

HAURIOU, André; GICQUEL, Jean; GÉLARD, Patrice. *Derecho constitucional e instuciones políticas*. Traducción José Antonio Gonzalez Casanova. Barcelona: Ariel, 1979.

HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Trad. Carlos Ruis de Castillo. 2. ed. Madrid: Reus, 2003.

HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência de interesses*. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. *El problema de la creación del derecho*. Barcelona: Ariel, 1961.

HEGEL. *Principios de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1976.

HELLER, Hermann. *Teoria del estado*. Trad. Luís Tóbio. 8. reimp. México: Fondo de Cultura Economica, 1977.

HENKEL, Heinrich. *Introducción a la filosofía del derecho*. Trad. de Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus, 1968.

HENSEL, Albert. *Direito tributário*. Trad. Dino Jarach. 1. ed. Milano: Giuffrè, 1956.

HERCULANO, Alexandre. *História de Portugal*. Lisboa: Ulmeiro, 1985.

_____. *Lendas e narrativas*. 3. ed. Portugal: América, 1990. v. 1.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. 3. ed. Coimbra: A. Amado, 1967.

HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *História da civilização: curso moderno*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1974.

HOMEM DE MELLO, Francisco Ignacio Marcondes. *A constituição perante a história*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1863.

ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito tributário*. São Paulo: Atlas, 1990.

IHERING, Rudolf Von. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1960.

INGROSSO, Giovanni. *Lineamenti dei tributi statali nell'ordinamento positivo*. Napoli: E. Jovene, 1971

INGROSSO, Gustavo. *Diritto finanziario*. 2. ed. Napoli: E. Jovene, 1956.

ITALIA. Constituição (1947). *Constituição da República Italiana*. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1987.

_____. *Costituzione della Repubblica Italiana*. 2. ed. Roma: Bonacci, 1974.

JARACH, Dino. *Curso superior de derecho tributario*. Buenos Aires: Cima, 1957.

_____. *Curso superior de derecho tributario*. 9. ed. Buenos Aires: CIMA.

_____. *O fato imponible: teoria geral do direito tributário substantivo*. Tradução Dejalma de Campos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Finanzas públicas y derecho tributario*. Buenos Aires: Cangallo, 1983.

_____. Fundamentos de la retroactividad o la irretroactividad de la norma tributaria. In: JORNADAS LUSO-HISPANO-AMERICANAS DE ESTUDIOS TRIBUTARIOS, 10, 1984, Montevideo. *Anais...* [S.l.]: [s.n.], 1984.

- _____. *El hecho imponible*. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1943.
- _____. *El hecho imponible*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.
- _____. *Principi per l'applicazione delle tasse di registro*. Padua: CEDAM, 1937.
- _____. *La teoria financiera de Benvenuto Griziotti*: ensaio incluído como introdução na obra de Griziotti: principios de ciencia de las finanzas. Buenos Aires: Depalma, 1959.
- JELLINEK, G. *Teoría general del estado*. Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1954.
- JÈZE, Gaston. *Cours des finances publiques*. París: M. Giard, 1931.
- _____. *Nature et regime juridique de la créance d'impôt*. [s. l.]: Instituciones Financieras, [1936].
- _____. *Traité de science des finances*. París: M. Giard, 1931.
- JOFFILY, José. *A Constituinte de 1946*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1985.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O imposto sobre serviços na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. *Sujeição passiva tributária*. 1. ed. Belém: CEJUP, 1986.
- KALINOWSKI, Georges. *Introducción a la lógica jurídica*. Trad. Juan A Casaubon. Buenos Aires: Eudeba, 1973.
- KANT, Immanuel. *O conflito das faculdades*. Trad. de Artur Morão. Lisboa: Ed. 70, 1993. p. 99-100.
- KANTOROWICZ, Hermann. La lucha por la ciencia del Derecho. In: SAVIGNY, et. al. *La ciencia del Derecho*. Buenos Aires: [s. n], 1949.

KATZ, Jerrold J. *Filosofía del lenguaje*. Trad. Marcial Suárez. Barcelona: Martínez Roca, 1971.

KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*. Trad. Enrique Bacigalupo e Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Depalma, 1977.

KAUFMANN, Arthur. *Analogia y naturaleza de la cosa*. 1. ed. Chile: Jurídica de Chile, 1976.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: A. Armado, 1963.

_____. *Il primato del parlamento*. Milano: Giuffré, 1982.

_____. *Teoría general del derecho y del estado*. Traducción de Eduardo Garcia Maynez. 2. ed. México: Imprenta Universitaria, 1958.

_____. *Teoría general del derecho y del estado*. México: Imprenta Universitaria, 1969.

_____. *Teoria geral das normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: A. Armado, 1984.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado, revisão para a edição brasileira Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KIRK, G. S.; RAVEN, J. E.; SCHOFIELD, M. *Os filósofos pré-socráticos*. Tradução de Carlos Alberto Louro Fonseca. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KRUSE, Heinrich Wilhelm. *Derecho tributário*: parte general. 3. ed. completamente reelaborada com una introducción para la edición española de Perfecto Yebra Martul-Ortega. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

KULLMANN, Frei Redempto. *O problema dos dízimos*. 1828.

LACOMBE, Américo Masset. *Obrigaçãõ tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

LANGROD, Georges. *O processo legislativo na europa ocidental*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1954.

LANZIANO, Washington. *Teoria general de la exención tributaria*. Buenos Aires: Depalma, 1979.

LA ROSA, Salvatore. *Eguaglianza tributaria e a esenzione fiscali*. Milano: Giuffrè, 1968.

LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Curso de derecho financiero español*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1975.

_____. *Curso de derecho financiero español*. 11. ed. Madrid: Marcial Pons, 1989.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego e revisão de Ana Freitas. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LARROYO, Francisco. *Aristóteles*. Tratados de lógica. 5. ed. México: Porrúa, 1979.

LAURÉ, Maurice. *Política fiscal*. Madrid: Ed. de Derecho Financiero, 1960.

LAVAGNA, Carlo. *La costituzione italiana*: commentata com le decisioni della corte costituzionale, a cura di Antonio Stefano Agró, Franco Gaetano Scoca e Paolo Vitucci. Torino: Utet, 1970.

_____. *Istituzioni di diritto pubblico*. 6. ed. Torino: Utet, 1986.

_____. *Ricerche sul sistema normativo*. Milano: Giuffrè, 1984.

LEÃO, Laurindo. *Philosophia do direito*. Recife: Imprensa Industrial, 1904.

LEITE, Nicoláu Rodrigues dos Santos França e. *Considerações políticas sobre a constituição do império do Brasil*. Rio de Janeiro: Renascença, 1932.

LEME, Ernesto de Moraes. *O art. 63 da constituição*. São Paulo: [s. n.], 1926.

LE MOS, Miguel. *Crítica da Constituição Brasileira: bases de uma Constituição política ditatorial federativa brasileira*. Rio de Janeiro: Publicação do Apostolado Positivista do Brazil, 1890.

LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LIGUORI, Renato. *Elementi di scienza delle finanze e di diritto finanziario*. 5. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1960.

LIMA, Alcides de Mendonça. *As novidades da constituição federal de 1967, segundo a n. 1, de 1969*. São Paulo: Juriscredi, 1971.

_____. *O poder judiciário na Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

LIMA SOBRINHO, Alexandre José Barbosa e outros. *A Constituição de 1823*. Brasília: Senado Federal, 1973.

LOCKE, John. Ensaio sobre o governo civil. In: SALDANHA, Nelson. *Separação de poderes*. Brasília: Fundação Petrônio Portella, 1983.

_____. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas preventivas, medidas preparatórias, medidas de conservação*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

LOPES VARELA, Manuel L. *El régimen impositivo argentino*. Buenos Aires: J. Menéndez, 1925.

LOPES, Miguel Maria Serpa. *Comentários à Lei de introdução ao Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

_____. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962-1966. 2 v.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Traducción e estudio por Alfredo Gallego Anabitarte. 4. reimp. Barcelona: Ariel, 1986.

LOURES, J. A Rocha. *Cláusula "rebus sic stantibus" nos empréstimos públicos externos*. Rio de Janeiro: Sauer, 1936.

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Lisboa: Vega, 1992.

_____. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*. Milano: Giuffrè, 1995.

_____. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LUPI, Raffaello. *Diritto tributário: parte generale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1994.

LUQUE, Luis Aguiar; CANALES, Ricardo Blanco. *Constituição espanhola 1978-1988*. Madrid: Centro de Estudos Constitucionais, 1988.

LUTZ, Berta Maria Julia. *Princípios básicos: sugestões ao anteprojeto da constituição*. Rio de Janeiro: Edição da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, 1933.

LYRA FILHO, João. *Despesas "versus" receita*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1956.

MACAGNO, Julio Ariel. *Aproximaciones al derecho internacional tributario*. Córdoba: [s. n.], 1971.

_____. *La guerra frente al derecho internacional público y las finanzas públicas*. Córdoba: [s. n.], 1971.

_____. *La importancia del estudio de la hacienda pública*. Córdoba: [s.n.], 1971.

_____. *El régimen financiero de los municipios*. Córdoba: [s. n.], 1971.

MACHADO, Celso Cordeiro. *Limites e conflitos de competência tributária no sistema brasileiro*. Belo Horizonte: [s. n.], 1968.

_____. *Princípios orçamentários tradicionais e funções do estado moderno*. Belo Horizonte: [s. n.], 1962.

MACHADO, Hugo de Brito. *O conceito de tributo no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Curso de direito tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Interpretação no direito tributário: estudos de direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MACHADO NETO. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975.

MACHADO PORTELA, Joaquim Pires. *Constituição política do império do Brasil confrontada com outras constituições e anotada*. Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1870.

MAFFEZZONI, Federico. *Il principio di capacita contributiva nel diritto finanziario*. Torino: Utet, 1970.

_____. *Profili de una teoria giuridica generale dell'imposta*. Milão: [s. n.], 1969.

MAGALHÃES, Fernando. *Na constituição de 1934*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934.

MAGALHÃES, Roberto Barcelos de. *A Constituição Federal de 1967: comentada*. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1967.

MALBERG, Carré de. *La loi, expression de la volonte generale*. Paris: Economica, 1984.

_____. *Teoría general del estado*. Trad. José Lion Depetres. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.

MANATOU, Emilio M. *Introducción al estudio del derecho tributario mexicano*. 3. ed. México: Universidad Autonoma de San Luis Potosi, 1973.

MANEIRA, Eduardo. *Princípio da não-surpresa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

MANGABEIRA, João. *Em torno da constituição*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934.

MANGABEIRA UNGER, Roberto. *A segunda via: presente e futuro do Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2001.

MARINHO, Josaphat. *Compatibilidade do orçamento cíclico e da planificação com a constituição de 1946*. Bahia: Artes Gráficas, 1950.

MARQUES, J. Dias. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. Lisboa: Pedro Ferreira, 1994.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 2.

MARTÍN, José María. *Principios del derecho tributario argentino*. Buenos Aires: Contabilidad Moderna, 1978.

MARTÍN, José María; USÉ, Guillermo F. Rodríguez. *Derecho tributario general*. Buenos Aires: Depalma, 1986.

MARTÍNEZ, Francisco. *Derecho tributario argentino*. Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán, 1956.

_____. *Estudios de derecho fiscal*. Buenos Aires: Contabilidad Moderna, 1973.

MARTINEZ LOPEZ, Luís. *Derecho fiscal mexicano*. México: Porrúa, 1959.

MARTINEZ, Pedro Mário Soares. *Direito fiscal*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. *Introdução ao estudo das finanças*. Lisboa: [s. n.], 1967.

_____. *Manual de economia política*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1923.

MARTINS, Cláudio. *Normas gerais de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1969.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Roteiro para uma constituição*. São Paulo: Forense, 1988.

_____. *Sanções tributárias*. São Paulo: Resenha Tributária do Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1978. (Cadernos de Pesquisas Tributárias; 4).

_____. *Sistema tributário na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Teoria da imposição tributária*. São Paulo: Saraiva, 1983.

MARTINS DE OLIVEIRA, Walter. *Nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil*: ligeiros comentários. Rio de Janeiro: Diário Oficial, 1938.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1946*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948.

_____. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción a la lógica jurídica*. 1. ed. México: Fondo de Cultura, 1951.

_____. *Lógica del concepto jurídico*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1969.

MAZZ, Addy. *Aspectos financieros de las zonas de integración*. Montevideo: [s. n.], 1969.

_____. *Curso de derecho financiero y finanzas*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1984.

_____. *La retroactividad de las leyes tributarias materiales y su colisión con los principios constitucionales vigentes en el Uruguay*. In: X JORNADAS LUSO-HISPANO-AMERICANAS DE ESTUDIOS TRIBUTARIOS, 5., 1984, Montevideo.

MEDEIROS, Borges de. *O poder moderador na república presidencial*. Recife: Mogart, 1933.

MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por actos legislativos*. Coimbra: Almedina, 1992.

MEHL, Lucien. *Science et technique fiscales*. Paris: Presses Universitaires de France, 1959.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. São Paulo: Dialética, 1995.

_____. *O ICMS e a lei complementar 87/96*. São Paulo: Dialética, 1997.

MELO, Valdomar Guerra. *Página elucidativas sobre o imposto de consumo*. São Paulo: [s. n.], 1950.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, João Castro. *Introdução ao estudo do direito*. Lisboa: Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1997.

MENDONÇA DE AZEVEDO, José Afonso. *A constituição federal interpretada pelo Supremo Tribunal Federal (1891-1924)*. Rio de Janeiro: Typ. da Revista do Supremo Tribunal, 1925.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960-.

MENEZES, Rodrigo Octávio de Langgard. *A constituição de 1823: sua obra legislativa*. Rio de Janeiro: Renascença, 1932.

MERCADANTE, Paulo. *Constituição de 1988: o avanço do retrocesso*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990.

MERLIN, Clemerson Clève. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MERÊA, Paulo. *O poder real e as cortes*. Coimbra: Coimbra, 1923.

MEZGER, Edmond. *Tratado de derecho penal*. 9. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. t. 1.

MICHELI, Gian Antonio. *Corso di diritto tributario*. 1. ed. Torino: Utet, 1970.

_____. *Corso di diritto tributario*. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1972.

_____. *Curso de derecho tributario*. Tradução de Julio Banacloche. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1975.

_____. *Curso de direito tributário*. Trad. Marco Aurélio Greco e Pedro Luciano Marrey Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1942.

MIELE, Giovanni. *Principi di diritto amministrativo*. Padova: CEDAM, 1966.

MILL, John Stuart. *Principios de economia política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1943.

MILLER, Jonathan M.; GELLI, Maria Angélica; CAYUSO, Susana. *Constitución y poder político*: jurisprudencia de la corte suprema y técnicas para su interpretación. Buenos Aires: Astrea, 1987. t. 2.

MILTON, Aristides Augusto. *Aspectos de uma teoria da inconstitucionalidade*. Dissertação para o exame do Curso Complementar de Ciências Político-Econômicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1963-1964.

_____. *A constituição do Brazil*: notícia histórica, texto e commentário. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.

_____. *Funções, órgãos e actos do Estado*. Apontamentos de lições do Prof.º Jorge Miranda. Lisboa: Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 1990.

_____. *Manual de direito constitucional*: actividade constitucional do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. t. 5.

_____. *Manual de direito constitucional*: constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. t. 2.

_____. Sentido e conteúdo da lei como acto da função legislativa. In: MIRANDA, Jorge manual Moura Loureiro de (Org.). *Nos dez anos da constituição*. Lisboa: Imprensa Oficial, 1986

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1948-1949. v. 3-4.

_____. *Comentários à constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

_____. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Comentários à constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *Comentários à constituição federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1938.

_____. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *Introdução à política científica e os fundamentos da ciência positiva do direito*. Rio de Janeiro: Garnier, 1924.

_____. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MONCADA, Luis Cabral de. *Contributo para uma teoria da legislação*. Lisboa: Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1998.

_____. O direito como objeto de conhecimento. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 47, 1971. Separata

MONCLAIRE, Stéphanie (Coord). *A constituição desejada*. Brasília: Senado Federal, 1991.

MONCLAIRE, Stéphane; BARROS FILHO, Clóvis. *A política da constituinte*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1988.

MONDINI, Francesco. *La ingiunzione fiscale*. Padova: CEDAM, 1970.

MONTE ARRAES, Raymundo. *O estado novo e suas diretrizes*: estudos políticos e constitucionais. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938.

MONTEIRO, Armindo. *Introdução ao estudo do direito fiscal*. Lisboa: SPN, 1951.

MONTEIRO, Samuel. *Perícia contábil e fiscal*. São Paulo: Juriscredi, 1972.

_____. *Tratado teórico e prático/tributos e contribuições*. 1. ed. São Paulo: Hemus, 1990.

MONTEIRO, Tobias. *História do império*: a elaboração da independência: 1821-1822. São Paulo: Edusp, 1922.

MONTERO TRAIHEL, José Pedro. *Derecho tributario material*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1977.

_____. *El principio de la retroactividad de las leyes y reglamentos en materia tributaria*. In: X JORNADAS LUSO-HISPANO-AMERICANAS DE ESTUDIOS TRIBUTARIOS, Montevideo, 1984.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Livro XI. Capítulo VI – Da Constituição da Inglaterra. Introdução de Otto Maria Carpeaux. Trad. Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Tecnoprint Ediouro, 1990.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Tradução António José Massano e Manuel J. Palmeirim. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1991.

MORAES, Alberto de. *Proposta de reforma da constituição de 24 de fevereiro de 1891*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1925.

MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.

MORAIS, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Curso de direito tributário, “sistema tributário da constituição de 1969”*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. v. 1.

_____. *Doutrina e prática do imposto de indústrias e profissões*. São Paulo: Max Limonad, 1964.

_____. *Doutrina e prática das taxas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MORAIS, Carlos Blanco de. *As leis reforçadas: no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos*. Coimbra: Coimbra, 1998.

MORAIS, Osvaldo. *Analogia no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

_____. *Dicionário de direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1973.

MOREIRA, Francisco Ignácio de Carvalho (Barão de Penedo). *Constituição política do império do Brasil*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1842.

MOREIRA, João Baptista et. al. *Tratado de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 8.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MOREIRA, Vital. A formação dos princípios fundamentais da Constituição. In: PEREIRA, André Gonçalves et al. *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa: Petrony, 1977-1979. v. 3.

MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

MORSELLI, Manuel. *Compendio de ciencia de las finanzas*. Buenos Aires, 1947.

_____. *Compendio di scienza delle finanze*. 33. ed. Padova: CEDAM, 1963.

_____. *Los presupuestos científicos de la hacienda pública*. Madrid: [s. n.], 1964.

MOSCHETTI, Francesco. *El principio de capacidad contributiva*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980.

_____. *Il principio della capacità contributiva*. Padova: CEDAM, 1973.

MUSGRAVE, R. A. *Sistemas fiscales*. Tradução E. F. Quintana. Madrid: Aguilar, 1973.

NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais e reflexões acerca da sua admissibilidade*. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina. 1998.

_____. *Os direitos fundamentais na jurisprudência do tribunal constitucional*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1990.

_____. *Jurisprudência do tribunal constitucional em matéria fiscal*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Lisboa, v. 69, p. 387-434, 1993.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários ao código tributário nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. et al. *Interpretação no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

NASCIMENTO, A Theodoro. *Tratado de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 7.

NAWIASKY, Hans. *Teoría general del derecho*. Madrid: Rialp, 1962.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1974.

_____. *Problemas económicos y financieros del Estado intervencionista*. Madrid: Editorial de Derecho Financeiro, 1964.

NEVES, A. Castanheira. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Composição e Impressão de João Abrantes, 1976.

_____. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

_____. *Justiça e direito*. Coimbra: [s. n.], [19--]. v. 51. Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

_____. *Questão-de-fato, questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.

_____. *A revolução e o direito*. Lisboa: Petrony, 1976.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NITTI, Francesco. *Principes di science des finances*. Traduits Stefan Freund. Paris: M. Giard, 1928.

_____. *Princípios da ciência das finanças*. Tradução C. Machado. Rio de Janeiro: Atena, 1937.

_____. *Principios de la ciencia de la hacienda*. Buenos Aires: Editorial de Derecho Financiero, 1931.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa. *A interpretação econômica do direito tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1982.

NOGUEIRA, José Geraldo Ataliba. *Apontamentos de ciência das finanças, direito financeiro e tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

_____. *O Decreto-lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

_____. *O Decreto-lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. *Hipótese de incidência tributária*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Lei complementar na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. *O município e os municípios da Constituição Federal de 1946*. São Paulo: [s. n.], 1947.

_____. *Natureza jurídica da contribuição de melhoria*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

_____. *República e constituição*. São Paulo: Malheiros, 1985.

_____. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

NOGUEIRA, Octaciano. A constituinte republicana. In: _____. *Poder legislativo no Brasil*. Brasília: Fundação Petrônio Portella; Fundação Mílton Campos, 1981.

_____. *Direito financeiro*. São Paulo: J. Bushatsky, 1964.

_____. *Direito tributário comparado*. São Paulo: Saraiva, 1971.

_____. *Da interpretação e da aplicação das leis tributárias*. São Paulo: J. Bushatsky, 1963.

_____. *Teoria do lançamento tributário*. São Paulo: Resenha dos Tribunais, 1973.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa; NOGUEIRA, Paulo Roberto Cabral. *Direito tributário aplicado*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Almedina, 1987.

NOVELLI, Flávio Bauer. *Estruturas sociais e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: UEG, 1964.

NUNES, Castro. *Fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

OFFIDANI, Alessandro. *Contributo alla teoria della posizione giuridica*. Torino: Giapichelli, 1952.

OLIVEIRA FILHO, Cândido Luís Maria de. *Digesto constitucional*: constituição de 1937. Rio de Janeiro: C. de Oliveira Filho, 1939.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Capacidade contributiva*: conteúdo e eficácia do princípio. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987*: quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão; TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. *Manual de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Receitas públicas originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994.

OLIVEIRA, Yonne D. de. *O acordo de revisão constitucional: significado político e jurídico*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1997.

_____. *A 'desconstrução' da democracia constitucional*. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1997. v. 2.

_____. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: LEX, 1993.

_____. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1998. v. 1.

_____. *O poder de substituição em direito administrativo: enquadramento dogmático-constitucional*. Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1995. v. 1-2.

_____. *A tipicidade no direito tributário*. Dissertação (Doutoramento), Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978.

OURO PRETO, Visconde de. *Finanças*. In: OURO PRETO, Visconde de et al. *Década republicana*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

PACCHINI, Giovanni. *Trattato delle obbligazioni*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1927.

PACHECO, José da Silva. *Execução fiscal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

_____. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

PACIULLI, José. *Direito financeiro*. São Paulo: Saraiva, 1973.

PAES, P. R. Tavares. *Comentários ao código tributário nacional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 624 p.

PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1991.

PANIAGUA, José Ma. Rodríguez. *Marx y el problema de la ideología*. Madrid: Tecnos, 1972.

PASCUAL, Cristina García. *Legitimidad democrática y poder judicial*. Valencia: Edicions Alfons el Magnanim, 1997.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PATRONO, Mario. *Le leggi delegate in parlamento: analisi comparata*. Padova: CEDAM, 1981.

PEDREIRA, José Luís Bulhões. *Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Justec, 1979.

PERELMAN, Chaim. Égalité et valeurs. *L'égalité*, Bruxelas, v. 1, 319-26, 1971.

_____. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Traducción Luís Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1979.

PÉREZ DE AYALA, José Luis. *Derecho tributario*. Madrid: Ed. de Derecho Reunidos, 1968.

_____. *Las ficciones en el derecho tributario*. Madrid: Derecho Finaceiro, 1970.

PÉREZ DE AYALA, José Luis. *Las ficciones en el derecho tributario*. Madrid: Derecho Financiero, 1970.

PÉREZ DE AYALA, José Luis; GONZALEZ, Euzebio. *Curso de derecho tributario*. Madrid: Edersa, 1975.

PÉREZ SERRANO, Nicolas. *Tratado de derecho político*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1984.

PERGOLESI, Ferruccio. *Diritto costituzionale*. 15. ed. Padova: CEDAM, 1962.

PERRONE, Leonardo. *Discrezionalità e norma interna nell'imposizione tributaria*. Milano: Giuffrè, 1969.

PERULLES, Juan José. *Manual de derecho fiscal*. Barcelona: Bosch, 1961.

PESTANA, Francisco Rangel; SANTOS, Werneck. *Projecto de constituição dos Estados Unidos do Brasil para ser presente à constituinte oferecido ao estudo da comissão*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890.

PICCIOLI, Gianlorenzo. *L'Accertamento tributario*. Padova: CEDAM, 1998.

PINTO, Bilac. *Contribuição de melhoria*. Rio de Janeiro: Forense, 1938.

_____. *Estudos de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, [1953].

PINTO, Eduardo Cruz; ALBUQUERQUE, Martim Eduardo Corte Real de. *Da igualdade*: introdução à jurisprudência. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

PIRES, Adilson Rodrigues. *Manual de direito tributário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio (Org.). *O sistema tributário na nova constituição*. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. v. 1-2.

_____. Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi. *Rivista di diritto processuale*, Padova, genn./mar., 1990.

_____. Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale. In: MIRANDA, Jorge (Org.) *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PIZZORUSSO, Alessandro; VARANO, Vincenzo. *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*. Milano: Giuffrè, 1985.

PLACHY, Adolf. *La teoria della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1974.

PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Tradução Maria Lacerda de Moura. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1990.

PODETTI RAMIRO, J. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Tratado de las ejecuciones*. Buenos Aires: Ediar, 1952.

POPPER, Karl. *Autobiografia intelectual*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1986.

_____. *Conocimiento objetivo*. 24. ed. Madrid: Tecnos, 1982.

_____. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 4. ed. São Paulo: Pensamento, 1989.

_____. *O realismo e o objetivo da ciência*. Tradução Nuno Ferreira da Fonseca. 1. ed. Lisboa: Dom Quixote, 1987.

PORTUGAL. *Constituição da República*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987.

POUND, Roscoe. *Introducción a la filosofía del derecho*. Buenos Aires: TEA, 1962.

PRADO, Ney. *Os notáveis erros dos notáveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PRIETO, Luis María Cazorla. *La codificación como función de los poderes públicos en el estado contemporâneo: el caso español*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999.

PUGLIATTI, Salvatore. *Il trasferimento delle situazioni soggettive*. Milano: Giuffrè, 1964.

PUGLIESE, Mario. *Corso di scienza delle finanze*. Padua: CEDAM, 1938.

_____. *Instituciones de derecho financiero: derecho tributario*. Tradução José Silva. México: Fondo de Cultura Económica, 1939.

_____. I sogetti passivi dell'obbligazione tributaria nel diritto italiano. *Rivista Italiana per le Scienze Economiche*, p. 324, 1935.

_____. *Le tasse nella scienza e nel diritto positivo italiano*. Padova: CEDAM, 1930.

PUVIANI, Amilcare. *Teoría de la ilusión financiera*. Madrid: Instituto Español de Estudios Fiscales, 1973.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Filosofia do direito*. Coimbra: Armenio Amado Editor, 1961.

_____. *O poder discricionário da administração*. Dissertação (Doutoramento em Ciências Político-Económicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1944.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la ciencia del derecho*. Madrid: V. Suarez, 1930.

RAMÍREZ CARDONA, Alejandro. *Sistema de hacienda pública*. Bogotá: Temis, 1970.

RAMOS, J. Baptista. *Tribunal de Contas: princípio de legalidade e legalidade da despesa*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

RAMOS, Saulo. Medida provisória instituída pelo art. 62 da Constituição. In: *Coletânea de medidas provisórias anotadas*. São Paulo: IOB, 1989.

RANIERI, Silvio. *Diritto penale amministrativo*. Pádua: CEDAM, 1952.

RÁO, Vicente. *As delegações legislativas no parlamentarismo e no presidencialismo*. São Paulo: Max Limonad, 1966.

RASTELLO, Luigi. *Diritto tributario*. Padova: CEDAM, 1987. 2 v.

_____. *Diritto tributário: principi generali*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1987.

REALE, Miguel. *Aplicações da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. *Horizontes do direito e da história*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Teoria do direito e do estado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

REIS, Aarão. *Ciência das finanças*. [s. l.]: [s. n.]1915.

REIS, Antonio Marques. *A Constituição Federal Brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1934.

REIS, Henoch. *A Constituição Imperial do Brasil*. Manaus: [s. n.], 1952.

REIS, Trajano Furtado. *A constituição federal e a navegação aérea*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935.

RESENDE, Estevão Ribeiro de Souza (Barão de Resende). *A Constituição monárquica de 1824 e as constituições federal e dos estados do Brasil*. São Paulo: Garraux, 1900.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RIBEIRO, C. J. Assis. *Análise jurídica do crédito público*. Rio de Janeiro: Ed. Financeiras, 1954.

RIBEIRO, João Coelho Gomes. *A gênese histórica da constituição federal: subsídio para sua interpretação e reforma: os ante-projetos, contribuições e programas*. Rio de Janeiro: Off. Graph. da Liga Marítima Brasileira, 1917.

RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. *Lições de finanças públicas*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

RICA, Narciso Amoros. *Derecho tributário: explicaciones*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1963.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Le, 1990.

ROCHA, Francisco Brochado da. *A constituição do estado novo e os estatutos fundamentais da Europa*. Porto Alegre: Globo, 1940.

RODRIGUES, Dirceu. *Constituição Brasileira de 1946, vista pela jurisprudência*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1964.

RODRIGUES, José Honório. *A Assembléia Constituinte de 1823*. Petrópolis: Vozes, 1974.

RODRÍGUEZ, José Manuel Martínez. et al. *Constituição espanhola*. 2. ed. Madrid: Colex, 1993.

ROMANO, Santi. *Corso di diritto amministrativo*. Padova: CEDAM, 1937.

_____. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Curso de direito constitucional: Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Didática e Científica, 1990.

ROSA Jr., Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ROSEMBUJ, Tulio. Apuntes sobre la discrecionalidad en materia tributaria. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, Peru, v. 25, dic. 1993.

_____. *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

_____. *El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el derecho tributario*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1999.

_____. *El hecho de contribuir*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975.

_____. *La imposición como política*. Buenos Aires: Disenso, 1973.

ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1961.

_____. *Diritto e giustizia*. 2. ed. Torino: Eiraudi, 1965.

_____. *Lógica de las normas*. Madrid: Tecnos, 1970.

ROTONDI, Aster. *Appunti sull'obbligazione tributaria*. Milão: Giuffrè, 1950.

ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit*. 2. ed. Paris: Recueil Sirey, 1951.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Tradutores Luis Arroyo Zapatero e Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Ariel, 1989.

ROYO, Javier Perez. *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1984.

RUBINO, Domenico. *La Fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*. Milano: Giuffrè, 1939.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito constitucional*. Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

RUGGIERO, Roberto de. *Istituzioni di diritto civile*. 3. ed. Nápoles: Lorenzo Alvano, 1921. v. 1.

RUSSEL, Bertrand. *ABC da relatividade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

RUSSO, Pascuale. *Diritto e processo nella teoria dell'obbligazione tributaria*. Milano: Giuffrè, 1969.

_____. *Lezioni di diritto tributário: parte generale*. Milano: [s. n.], 1992. v. 1.

RUSSOMANO, Rosah. *Anatomia da constituição: a propriedade na Constituição Federal de 1946*. Pelotas: [s. n.], 1949.

_____. *Dos poderes legislativo e executivo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

SÁ, Víctor de. *Rui e os constituintes de 91*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918-1920.

SÁCHICA, Luis Carlos. *Esquema para una teoria del poder constituyente*. Bogotá: Temis, 1978.

SALAZAR, António de Oliveira. *Da não-retroatividade das leis em matéria tributária*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1963. (BFD, ano IX (1925-1926), reimpresso em Estudos de Direito Fiscal.)

SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação dos poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Ética e História*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SAMPAIO, Luiz Augusto Paranhos. *Comentários à nova constituição brasileira*. São Paulo: Atlas, 1989.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *As idéias forças da democracia*. Bahia: Imprensa Regina, 1941.

_____. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: Progresso, 1954.

_____. *O processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968.

SANCHES, José Luis Saldanha. *Manual de direito fiscal*. Lisboa: LEX, 1998.

_____. *O ônus da prova no processo fiscal*. Dissertação (Pós-graduação em Ciências Jurídico-Economicas) – Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1987.

_____. *Princípios estruturantes da reforma fiscal*. Lisboa: Edifisco, 1991.

_____. *A quantificação da obrigação tributária: deveres de cooperação, autoavaliação e avaliação administrativa*. 2. ed. Lisboa: LEX, 2000.

_____. *A segurança jurídica no estado social de direito*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1985.

SANDULI, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*. 6. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1960.

SANTOS, Manoel Lourenço. *Direito tributário*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado: introdução e parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Metrópole, 1936.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *A medida provisória na constituição: doutrina, decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 1991.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 3.

SANTOS, Oliveira. *Direito administrativo e ciência da administração*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919.

SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

SARAZATE, Paulo. *A constituição do Brasil ao alcance de todos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

SARTORI, Giovanni. *La Política. Logica y metodo en las ciencias sociales*. Tradução de Marcos Lira. 4. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

SAVIGNY, Friedrich C. *Sistema do direito romano actual*. Tradução Jacinto Mesía. et al. 2. ed. Madrid: F. Górgora, [18--].

SCAPARONE, Roppo M. *Principi generali del diritto e diritto pubblico*. Roma: Laterza, 1985.

SCHAFF, Adam. *Linguagem e conhecimento*. Coimbra: Almedina, 1974.

SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*. 3. ed. Munique: C. H. Beck, 1994.

_____. *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Luchterland: [s. n.], 1989. v. 2.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitucion*: estudo à cerca das diversas espécies e possibilidades de salvaguarda da Constituição. Tradução de Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.

_____. *Teoría de la constitución*. Versão espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982.

SCHMÖLDERS, Günter. *Problemas de psicologia financeira*. Madrid: Derecho Financeiro, 1965.

_____. *Teoria general del impuesto*. Madrid: Derecho Financeiro, 1962.

SCHULTZ e HARRIS. *American public finance*. 8. ed. New Jersey: Prentice-Hall, 1965.

SEIXAS, Aurélio Pitanga. et al. *Decadência e prescrição*. São Paulo: Resenha, 1976.

SERRA MOINGUES, Manuel; RAMOS MÉNDEZ, Francesco. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: Bosh, 1974.

SERVA, Mário Pinto. *Diretrizes constitucionais*: estudos para a constituição de 1933. São Paulo: A Capital, 1933.

SICHES, Luiz Recaséns. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

_____. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1970.

_____. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

_____. *El poder constituyente*. Madrid: J. Morata, 1931.

_____. *Tratado general de filosofía del derecho*. 10. ed. México: Porrúa, 1991.

SIDOU, J. M. Othon. *A natureza social do tributo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SILVA, Gastão Pereira da. *Constituinte de 46*: dados bibliográficos. Rio de Janeiro, [s. n.], 1947.

SILVA, Gerson Augusto da. *Aspectos da reforma tributária*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, [1967].

_____. *Sistema tributário brasileiro*: evolução, composição e estrutura do sistema: estudo estatístico e legislação comparada de todos os impostos da União, dos Estados e dos Municípios. Rio de Janeiro: Dasp, 1948.

SILVA, Hélio. 1934: a constituinte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Orçamento programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

_____. *Tributos e normas de política fiscal na constituição do Brasil*. São Paulo: [s. n.], 1968.

SILVA, José Bonifácio de Andrada e. *Representação à Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, sobre a escravatura*. Paris: Typographia de Firmin Didot, 1825.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.

SILVEIRA, Alípio. O costume jurídico no direito brasileiro. *Revista Forense*, v. 163, n. 631/632, p. 74-88, jan./fev. 1956.

SMITH, Adam. *Investigación de la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*. Barcelona: Tecnos, 1933.

SOLER, Sebastian. *La interpretación de la ley*. Barcelona: Ariel, 1962.

_____. *Las palabras de la ley*. México: Fondo de Cultura Económica, 1969.

SOUSA, Domingos Pereira de. *As garantias do contribuinte*. Lisboa: Universidade Lusíada, 1991.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. A adesão de Portugal à C.E.E. e a Constituição de 1976. In: *Estudos sobre a constituição*. Lisboa: Petrony, 1979. v. 3.

_____. *Direito constitucional I: introdução à teoria da Constituição*. Braga: Cruz, 1979.

_____. Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. *Lições de direito administrativo I*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1994-1995.

_____. *Os partidos políticos no direito constitucional português*. Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-políticas) – Faculdade de Direito de Lisboa, Braga, 1983.

_____. O sistema de governo português. In: PEREIRA, André Gonçalves et al. *Estudos sobre a constituição*. Lisboa: Petrony, 1979. v. 3.

_____. *Uma constituição moderna para Portugal: a Constituição da República revista em 1997*. Lisboa: Grupo Parlamentar de PSD, 1997. Prefácio do Presidente do PSD.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; GALVÃO, Sofia. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. rev. e aum. com base na Revisão Constitucional de 1997. Portugal: Publicações Europa-América, 1998.

SOUSA, Rubens Gomes de. et al. *Comentários ao código tributário nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Rio de Janeiro, 1960.

_____. *Compêndio de legislação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1981.

_____. *Curso de introdução ao direito tributário*. São Paulo: Revista de Estudos Fiscais, 1949.

_____. *Distribuição da justiça em matéria fiscal*. São Paulo: Martins, 1943.

_____. *Estudos de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1950.

SOUZA, Hamilton Dias de; TILBERY, Henry; GANDRA, Ives. *Comentários ao CTN*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SOUZA, Joaquim Rodrigues de. *Analyse e commentario da constituição política do imperio do Brasil ou theoria e pratica do governo constitucional brasileiro*. São Luís do Maranhão: B. de Mattos, 1867-70.

SOUZA, Leomar Barros Amorim de. *A produção normativa do poder executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SOUZA, Octávio Tarquínio de. José Bonifácio e a convocação da constituinte. In: _____. *História dos fundadores do império do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957.

_____. *A mentalidade da constituinte: 3 de maio de 1823*. Rio de Janeiro: Off. Graph. A P. Barthel, 1932.

SPAGNA MUSSO, Enrico. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1990.

SPINELLI, Aldo. *Norme generali per la repressioni della violacione delle leggi finanziarie*. Milão: [s. n.], 1959.

SPOTA, Alberto Antônio. *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1981.

STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofia del derecho*. Madrid: Reus, 1930.

STARCK, Christian. *El concepto de ley en la constitucion alemana*. Tradutor de Luis Legaz Lacambra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed. Munique: C. H. Beck, 1984. v. 1.

STRENGER, Irineu. *Direito moderno em foco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. *Mandado de injunção*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SUNI, Elisabetta Palici di. *La regola e l'eccezione: istituzioni parlamentari e potesta normativa dell'esecutivo*. Milano: Giuffrè, 1988.

_____. *Medidas provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TALLED0 MAZÚ, César. *Manual del código tributario*. Lima: Economía y Finanzas, [1996].

_____. La retroactividad de las normas tributarias en la legislacion peruana. In: JORNADAS LUSO-HISPANO-AMERICANAS DE ESTUDIOS TRIBUTARIOS, 10, 1984, Montevideo. *Anais...* [S.l.]: [s.n.], 1984.

TAMAGNO, Roberto. *El contribuyente*. Buenos Aires: E. Perrot, 1953.

TANGORRA, Vincenzo. *Trattato de scienza della finanza*. Milano: Società Editrice Libreria, 1915.

TARANTINO, Jacinto R. *Finanzas públicas y desarrollo económico*. Buenos Aires: Ediar, 1960.

_____. *Las penalidades tributarias*. Buenos Aires: Astrea, 1983.

TEIXEIRA, António Brás. *Princípios de direito fiscal*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

TELLES JÚNIOR, Gofredo da Silva. *Direito quântico*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TENÓRIO, Oscar Accioly. *O problema imigratório e a constituição de 1934*. Rio de Janeiro: Artes Gráficas C. Mendes Júnior, 1935.

TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del derecho*. México: Porrúa, 1952.

TESAURO, Francesco. *Profili sistematici del processo tributario*. Padova: CEDAM, 1980.

TESORO, Giorgio. *Principi di diritto tributario*. Bari: Macri, 1938.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1.

TILBERY, Henry. Base econômica e efeitos das isenções. In: DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio (Coord.). *Incentivos fiscais para o desenvolvimento*. São Paulo: José Bushatsky, 1971.

_____. *Direito tributário 2: responsabilidade tributária*. São Paulo: José Bushatsky, 1972.

_____. *Profissões liberais e imposto de renda*. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. *Tributação e integração da América Latina*. São Paulo: Bushatsky, 1971.

TOBEÑAS, José Castán. *Situaciones jurídicas subjetivas*. Madrid: Reus, 1963.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRÉ, Abelardo. *Introducción al derecho*. 6. ed. Buenos Aires: Perrot, 1972.

TORRES, Alberto. *A organização nacional*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

TORRES, Heleno. *A pluritributação internacional sobre a renda das empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. *O orçamento na constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. *Sistemas constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. (Tratado de direito tributário brasileiro, v. 2, t. 2.)

TOSI, Silvano. *Sièyes e la dottrina del potere costituente*. Firenze: Sansone, [1957].

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 12. ed. Padova: CEDAM, 1960.

TROTABAS, Louis. *Finances publiques*. Paris: Dalloz, 1964.

_____. *Finances publiques*. París: Dalloz, 1967.

_____. Le particularisme du droit fiscal. *Revue Trimestrielle Du Droit Civil*, París, n. 130, 1931.

TROTABAS, Louis; COTTERET, Jean-Marie. *Droit fiscal*. 7. ed. Paris: Dalloz, 1992.

_____. *Finances publiques*. París: Dalloz, 1970.

UCKMAR, Victor. *Principi comuni di diritto costituzionale tributario*. Padova: CEDAM, 1959.

_____. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. Trad. Marco Aurélio Greco. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

UDINA, Manlio. *Il diritto internazionale tributario*. Padova: CEDAM, 1949.

VALADÃO, Alfredo. *Estudos sobre o Tribunal de Contas*. Rio de Janeiro: Leuzinger, 1911.

VALDÉS COSTA, Ramón. *Curso de derecho tributario*. Montevideo: Uruguaya Colombio, 1970.

_____. *Estudios de derecho tributario internacional*. Montevideo: Amalio Fernández, 1978.

_____. *Estudios de derecho tributario latinoamericano*. Montevideo: Amalio Fernández, 1982.

VANONI, Ezio. *Naturaleza y interpretación de las leyes tributarias*. Tradução Juan Martín. Madrid: Queralt, 1973.

_____. *Natureza e interpretação das leis tributárias*. Tradução Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Financeiras, 1952.

_____. *Opere giuridiche: a cura di francesco forte e cesare longo bardi*. Milano, Giuffrè, 1961-1962. 2 v.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *El estado de derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Eudeba, 1987.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria das normas jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Imposto de renda estadual: adicional estadual do imposto de renda*. 1. ed. Belém: CEJUP, 1992.

VASCONCELOS, Zacarias de Goes. *Da natureza e limites do poder moderador*. Rio de Janeiro: Typ. Universal Laemmert, 1862.

VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei: a causa da lei na constituição portuguesa de 1976*. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1996.

VECCHIO, Giorgio del. *Lezioni di filosofia del diritto*. 13. ed. Milão: Giuffrè, 1965.

_____. *Los principios generales del derecho*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1971.

_____. *Los principios generales del derecho*. Trad. Juan Osorio Morales. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1979.

_____. *Supuestos, concepto y principio del derecho*. Versión de Cristobal Masso Escofet. Barcelona: Bosch, 1962.

VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. 11. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1990. v. 1.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Estado liberal de direito y estado social de derecho*. Universidad de Salamanca, 1955.

_____. *La lucha por el estado de derecho*. Bologna: Real Colegio de España, 1975.

VERGONTINI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Espasa-Calpe, 1985.

VERNENGO, Roberto José. *Curso de teoría general del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

_____. *La interpretación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

_____. *Temas de teoría general del derecho*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1971.

VIAMONTE, Carlos Sanches. *El poder constituyente: origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1957.

VIANA, Oliveira. *O idealismo da Constituição*. In: À margem da história da república. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. Programa de revisão da Constituição Federal de 1891. In: VIANA, Oliveira. *Problemas de Política Objetiva*. Rio de Janeiro: Record, 1974.

VIDIGAL, Geraldo Camargo. *Fundamentos do direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Madrid: Taurus, 1964.

_____. *Sobre el futuro de la filosofía del derecho como investigación fundamental*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1969. Cuadernos de Filosofía del Derecho; 6.

_____. *Argumentação jurídica e modelo sistemático na história: a era moderna*. Trad. de Ferraz Júnior. In: CONGRESSO MUNDIAL DE FILOSOFIA DO DIREITO E SOCIAL, Bruxelas, 1971.

_____. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo; v. 1.

VIEIRA, Severino dos Santos. *A constituição de 24 de fevereiro: tropeços na sua prática e ameaças do seu futuro*. Salvador: Typ. Bahiana de Cincinato Melchiades, 1916.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. *Lógica jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *O problema do objeto da teoria geral do estado*. Tese para a cátedra da Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 1953.

_____. *Sobre o conceito do direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947.

VILLEGAS, Héctor B. *Curso de direito tributário*. Tradução Roque Antonio Carrazza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. t. 1-2.

_____. *Derecho penal tributario*. Buenos Aires: Lemer, 1965.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamin. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ed. Argentina, 1949.

VILLEY, Michel. Sur les essais d'application de la logique deontique au droit. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 17, p. 407-412, 1972.

VOLTAIRE. *Cândido ou o otimismo*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1991.

VON THUR, Andreas. *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*. Trad. Tito Ravá. Buenos Aires: Depalma, 1946.

WAGNER, Adolfo. *Traité de la science des finances*. París: [s. n.], 1909.

WARAT, Luis Alberto. *Semiótica y derecho*. Buenos Aires: Eikón, 1972.

WARAT, Luis Alberto. *Lenguaje y definición jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva I*. Tradução José Medina Echavarría et al. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 11. ed. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1976.

WEYREUTHER, Feliz. *Revisionszulassung und Nichtzulassunbeschwerde in der Rechtssprechung der obersten Bundesgerichte*. Munique: Beck'sche. 1971.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução Botelho Hespanha. 1. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

_____. *El principio general de la buena fe*. Tradutor José Luis Carro. 2. reimp. Madrid: Civitas, 1986.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução José Arthur Giannotti. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1968.

WITTHAUS, Rodolfo Ernesto. *Poder judicial alemán: Tribunal Federal de Constitucionalidad: controlador normativo: apelaciones al legislador*. Buenos Aires: Ad-HOC, 1995.

WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Tradutores María Gracia Rubio de Casas e Sonsoles Valcárcel. 1. ed. Madrid: Civitas, 1991.

WROBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoria general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Aspectos fundamentais do contencioso tributário*. Lisboa: [s. n.], 1972. Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Conceito e natureza do acto tributário*. Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-Econômicas) – Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1972.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Conceito e natureza do lançamento tributário*. São Paulo: Juriscred, [197-].

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Direito tributário do Brasil*. São Paulo: Resenha Tributária, 1976.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Direito tributário e empresarial: pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Direito tributário internacional do Brasil*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Direito tributário internacional do Brasil: tributação das operações internacionais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

XAVIER, Alberto Pinheiro. Lançamento. In: _____. *Curso de direito empresarial*. São Paulo: Resenha Tributaria, 1976. v. 2.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Do lançamento no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Do lançamento*: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Manual de direito fiscal*. Lisboa: Tipografia Guerra, 1974.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Pareceres de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1986.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

XAVIER, Alberto Pinheiro. O problema da retroatividade das leis sobre imposto de renda. In: _____. *Direito tributário e empresarial*: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Do procedimento administrativo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1958.

ZAVALA, Ernesto Flores. *Elementos de finanzas públicas mexicanas*: los impuestos. 8. ed. México: Porrúa, 1966.

_____. *Elementos de finanzas públicas mexicanas*. México: Porrúa, 1970.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Tradução António Cabral de Moncada. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

ARTIGOS DE REVISTAS

AMOROS, Narciso. La reforma tributaria en los impuestos del producto y sobre la renta global de las personas físicas. *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, 1958.

ARAGON, Manuel. La sentencia del tribunal constitucional sobre leys relativas al regimen local, anteriores a la constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 1, jan./abr. de 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Responsabilidade patrimonial do Estado por atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 132, abr./jun. 1978.

_____. Prestação jurisdicional dos interesses legítimos no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 176, abr./jun. 1989.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do poder constituinte. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 52, jan. 1981.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 77, jan./mar. 1995.

_____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 139, jan./mar. 1980.

BORGES, José Souto Maior. Eficácia e hierarquia da lei complementar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 6, n. 25, p. 93-103, jul./set. 1973.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.

BURDEAU, Georges. O poder executivo na França. *Revista Brasileira de Estudos Sociais e Políticos*, Belo Horizonte, n. 19, 1961.

CAMPANILE, Giovanna. Procedimento d'urgenda e incidente de legittimitá costituguenale. *Revista de Diritto Processual*, Padova, v. 50, n. 1, genn./mar. 1985.

CAMPOS, Everardo. Reforma Tributária. *Revista Alfândega*. Rio Grande do Sul, v. 2, n. 4, p. 13-15, jan./mar. 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica. *Revista da Associação dos Pós-graduandos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, São Paulo, a. 2, n. 03, jan./mar. 1993.

_____. O direito positivo como sistema homogêneo de enunciados deônticos. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 45, jul./set. 1988.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *História tributária do Brasil*. Brasília: ESAF, 1989. Coleção Memória Fazendária; n. 2.

CORDEIRO, António Menezes. Tendências actuais da interpretação da lei: o juiz-autómato aos modelos de decisão jurídica. *Revista Jurídica da AAFDL*, Lisboa, n. 09-10, jan./jun. 1987.

CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do estado por ato legislativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 153, p. 15-34, jul./set. 1983.

CRISAFULLI, Vezio. Pela determinação do conceito dos princípios gerais do direito. *Revista Internacional de Filosofia do Direito*, a. 21, v. 14, série 2, jan./abr. 1941.

DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios informativos do Direito Administrativo. Interpretação e aplicação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 701, mar. 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 191, jan./mar. 1993.

FARIA, José Eduardo. Os desafios do judiciário. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, mar./maio 1994.

FAZALLARI, Elio. Profili della cautela. *Revista di Diritto Processuale*, Padova, a. 46, n. 1, 1991.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora. *Revista da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 88, p. 439-459, jan./dez. 1993.

FERREIRA, Luis Pinto. Lei complementar na constituição. *Revista do Ministério Público de Pernambuco*, Recife, a. 1.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Medidas provisórias: Natureza Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1993.

FIGUEIREDO, Fran. As medidas provisórias no sistema jurídico constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 110, p. 137-152, abr./jun. 1991.

FRISINA, Pasquale. La tutela anticipatoria : profili funzionali e strutturali. *Revista di Diritto Processuale*, Padova, a. 41, n. 2-3, abr./set. 1986.

GARCIA, Maria da Glória. Arguição nas provas públicas de doutorado em ciências jurídico-políticas de Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 38, n. 2, 1997.

GARCIA MARTINEZ, Maria Assuncion. Nueve años de jurisprudencia constitucional. *Revista de la Facultad de Derecho de La Universidad Complutense*, Madrid, 1989.

GIARDINO, Cléber. Relação jurídica tributária e o aspecto pessoal que a integra. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 6, n. 25, p. 183-195, jul./set. 1973.

HORTA, Raul Machado. Tendências atuais dos Regimes de Governo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987.

HORTA, Raul Machado. Medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 27, n. 107, p. 5-18, jul./set. 1990.

JARACH, Dino. Análisis del código tributario para America Latina. *Revista Impuestos*, t. 29, p. 189.

KALLÁS, José. Coletânea de medidas provisórias. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, v. 4, 1998.

LEAL, Vítor Nunes. Leis complementares da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 379-394, jan./mar. 1947.

LOEVINGER, Lee. Jurimetrics: the methodology of legal inquiry. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 28, n. 1, 1963.

MARTINEZ, Pedro Mário Soares. Gilberto Freyre: sábio inovador. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 26, 1985.

MEDAUER, Odete. Ato de governo. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, jan./dez. 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Perfil constitucional das medidas provisórias. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 95, jul./set. 1990.

MIRANDA, Jorge Manuel de. A transição constitucional brasileira e o anteprojecto da Comissão Afonso Arinos. *Revista Jurídica da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa, n. 9-10, jan./jun. 1987.

MIRANDA, Jorge Manuel de. Sobre a previsível criação de um Tribunal Constitucional. *Revista Democracia e liberdade*, Lisboa, n. 15, jun. 1980.

_____. Sobre a previsível criação de um tribunal constitucional. *Revista Democracia e liberdade*, Lisboa, n. 15, jun. 1980.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. As delegações exteriores executivas nos arts. 19 e 22 da constituição de 1937. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 111, p. 789-791, fev. 1938.

NALINI, José Renato. Função judicante: dez recados ao juiz do III milênio. *Revista CEJ*, Brasília, v. 3, n. 7, jan./abr. 1999.

NISKIER, Arnaldo. O direito à tecnologia da esperança. *Revista CEJ*, Brasília, v. 2, n. 6, jun./dez. 1998. Edição comemorativa do sesquicentenário de Ruy Barbosa.

NOGUEIRA, José Geraldo Ataliba. IOF: Princípio da anterioridade: Alcance. *Revista de Direito Tributário*, v. 4, n. 13/14, p. 391, jul./dez. 1980.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Aspectos práticos: aplicações concretas. In: **CONGRESSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO**, 5., Anais... São Paulo: IDEPE, 1991.

OTERO, Paulo Manuel. *Autorizações legislativas e orçamento do estado*. Separata de: Revista O Direito, Lisboa, a. 124, 1992.

_____. *O Brasil nas câortes constituintes portuguesas de 1821 – 1822*. Separata de: Revista O Direito, Lisboa, a. 120, 1988.

_____. *Declaração universal dos direitos do homem e constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais?* Separata de: Revista O Direito, Lisboa, a. 122, n. 3-4, 1990.

PAUPÉRIO, A Machado. Delegação de poderes. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 14, jul. 1962.

POLETTI, Ronaldo. O decreto-lei na constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 18, n. 70, abr./jun. 1981.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio do poder em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, out./dez. 1946.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Instrumentos de defesa do contribuinte. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 196, p. 20-31, abr./jun. 1994.

TÁCITO, Caio. As medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 176, abr./jun. 1989.

TARZIA, Giuseppe. Considerazioni comparative sulle misure provvisore nel processo civile. *Revista di Diritto Processuale*, Padova, a. 11, n. 2, apr./giugno, 1985.

TAVARES, Ana Lúcia. A utilização do direito comparado pelo legislador. *Revista da PUC*, Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, mar. 1987.