ELCIO FIORI HENRIQUES

**A AUTONOMIA FINANCEIRA DOS ESTADOS NO
FEDERALISMO BRASILEIRO – A ALTERAÇÃO DE
COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS ESTADUAIS EM FACE
DA CLÁUSULA PÉTREA**

Tese de doutorado apresentada ao
Departamento de Direito Econômico e
Financeiro (DEF) da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo – FD-USP,
sob orientação do Professor Associado
Heleno Taveira Torres.

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2013

Banca Examinadora

RESUMO

No Estado federal, o poder decorrente da soberania, na promulgação da Constituição, distribui competências entre os entes da federação, os quais passam a deter autonomia legislativa para as matérias de sua competência, exercidas pelos seus governos próprios. Essa autonomia tem como pressuposto a existência de fontes de recursos independentes, bem como a possibilidade de escolher livremente a aplicação de seus gastos, prerrogativas que integram o conceito de autonomia financeira. A interpretação das limitações impostas ao poder reformador pelo artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição de 1988 divide a doutrina jurídica ao proceder à análise da alteração de competências tributárias legislativas dos Estados-membros, especialmente no tocante à constitucionalidade da modificação que limitaria a autonomia financeira desses entes e, em razão disso, tenderiam a abolir a forma federativa de Estado. Sob os pressupostos da teoria do positivismo jurídico metódico-axiológico, selecionada como guia para o presente trabalho, foi construída a fundamentação jurídica do princípio federativo na Constituição brasileira, para, então, desenvolver a análise de cinco hipóteses de alteração de competências tributárias dos Estados. As conclusões obtidas foram que (i) a exclusão integral das competências tributárias legislativas dos Estados constituiria uma violação da autonomia financeira destes, sendo vedada sua validade no ordenamento atual; (ii) a exclusão da competência legislativa para apenas um dos impostos seria vedada, salvo situações excepcionais concernentes a competências funcionalmente secundárias; (iii) a constitucionalidade da redução do critério material de incidência de um imposto de competência legislativa dos Estados deve ser verificada de acordo com a eficácia da supressão em face dos objetivos firmados, bem como diante da disponibilidade de meios alternativos de obter tais desígnios; (iv) a exclusão ou mitigação da competência tributária legislativa para fixar alíquotas dos tributos privativos é vedada, sendo permitida a existência de patamares mínimos e máximos para essas alíquotas; (v) a exclusão da competência legislativa para conceder benefícios fiscais é vedada, sendo permitido que essa matéria seja objeto de restrições relativas à necessidade de deliberação coletiva pelos Estados.

Palavras-chave: federalismo – autonomia financeira – competência tributária – reforma constitucional – cláusula pétrea.

ABSTRACT

In the Federation, the power from the sovereignty, in the enactment of the Federal Constitution, allocates the levels of authorities amongst the federative members, which have legislative independence to the matters under their responsibility, exercised by their own government. Such independence is based on the assumption that independent resources are available, as well as that the costs can be freely incurred, comprising the definition of financial autonomy. The interpretation of the limitations established in article 60, paragraph 4, I, of the Federal Constitution of 1988, divides the legal science with respect to the legislative tax powers of the Member States, specifically with respect to the constitutionality of amendments that would limit their financial independence and, accordingly, would discontinue the federative view. Based on the methodic and axiological legal positivism, on which this work is developed, the legal justification of the federative principle of the Brazilian Constitution was proposed with a view to develop the analysis on the five alternatives related to the tax responsibilities of the States. The conclusions reached were that (i) the full exclusion of the legislative tax powers of the States would represent a violation against their financial autonomy, not allowed under current constitution; (ii) the exclusion of the legislative powers with respect to one of the taxes would not be permitted, except for extraordinary events of secondary relevance; (iii) the constitutionality of the reduction of the tax bases under the legislative powers of the States must be verified in accordance with the respective effectiveness of such tax based on the purposes agreed, as well as according to the availability of alternative means for such; (iv) the exclusion or mitigation of the tax powers to define the rates of the exclusive taxes is not permitted, but the minimum and maximum levels thereof are allowed; (v) the exclusion of the legislative powers to grant the tax benefits is not permitted; and such matter could be subject to the restrictions related to the need of collective approval by the States.

Keywords: federalism – financial autonomy – tax legislative powers – constitutional reform – entrenched clause.

ZUSAMMENFASSUNG

Im föderalistischen Staat werden aufgrund der von der Verfassung zugesicherten Selbstbestimmung den Föderationsmitgliedern Befugnisse zugestanden, so dass diesen die gesetzliche Selbstbestimmung eingeräumt wird für die Dinge innerhalb ihres Hoheitsbereichs, ausgeübt durch die jeweiligen Regierungen. Diese Autonomie hat als Voraussetzung das Vorhandensein unabhängiger Einnahmequellen, sowie die Möglichkeit, frei über die Anwendung ihrer Ausgaben zu bestimmen, ein Vorrecht, das ein Bestandteil der finanziellen Autonomie darstellt. Bei der Interpretation der dem Machträger durch den Artikel 60 Paragraph 4, I der Verfassung von 1988 gestellten Begrenzungen teilt sich das Rechtsverständnis, wenn es um Analyse der Veränderung der steuerlichen Gesetzgebungskompetenz der Mitgliedsstaaten geht, insbesondere was die Verfassungsgemäßheit der Veränderung betrifft, die die finanzielle Autonomie der Föderationsmitglieder begrenzt, was dazu führen würde, dass die föderative Form des Staates abgeschafft würde. Laut den Voraussetzungen der Theorie des methodologischen Rechtspositivismus, die als Grundlage für diese Arbeit gewählt wurde, wurde die juristische Grundlage des föderativen Prinzips der brasilianischen Verfassung aufgebaut, um danach die Analyse der fünf Hypothesen der Veränderung der steuerlichen Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer durchzuführen. Die erlangten Schlussfolgerungen waren: (i) die vollständige Ausschaltung der steuerlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder stellt eine Verletzung der finanziellen Autonomie derselben dar, was innerhalb der bestehenden Ordnung unzulässig; (ii) die Ausschaltung der steuerlichen Gesetzgebungskompetenz bezüglich nur einer der Steuern ist unzulässig, ausgenommen außerordentliche Situationen, die funktional sekundäre Befugnisse betreffen; (iii) die Verfassungsgemäßheit der Verringerung des materiellen Kriteriums für die Erhebung einer Steuer, die innerhalb der steuerlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder liegt, muss untersucht werden im Verhältnis zu der Wirksamkeit der Aufhebung angesichts der festgelegten Ziele sowie des Vorhandenseins von alternativen Mitteln zur Erreichung jener Ziele; (iv) Die Aufhebung oder Einschränkung der steuerlichen Gesetzgebungskompetenz zur Festlegung von Steuersätzen landeseigener Steuern ist unzulässig, wobei das Vorhandensein von Minimal- und Höchstgrenzen für dieselben zulässig ist; (v) Die Ausschaltung der Gesetzgebungskompetenz zur Gewährung von Steuervergünstigungen ist unzulässig, wobei erlaubt ist, dass dieses Thema Gegenstand ist von Einschränkungen bezüglich der Notwendigkeit von gemeinsamer Beschlussfassung seitens der Länder.

Schlüsselwörter: Föderalismus – finanzielle Autonomie – Steuerkompetenz – Verfassungsänderung.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 - PONTOS DE PARTIDA: CONCEITO DE DIREITO E METODOLOGIA HERMENÊUTICA.....	15
1.1 As Escolas Jurídicas e de Interpretação.....	28
1.1.1 O Pensamento Jurídico “Clássico”.....	30
1.1.1.1 Panorama Filosófico: do Jusnaturalismo ao Positivismo Jurídico.....	30
1.1.1.2A Escola da Exegese (<i>L'École de L'Exégèse</i>).....	34
1.1.1.3A Escola Histórica do Direito.....	37
1.1.1.4A Jurisprudência dos Conceitos (<i>Begriffjurisprudenz</i>) ou Pandectística (<i>Pandektenwissenschaft</i>).....	41
1.2 A Crise do Positivismo Jurídico Clássico.....	44
1.2.1 A crise da Metodologia Jurídica Clássica de Interpretação.....	44
1.2.2 A Crise da Concepção Clássica de Constituição.....	52
1.2.3 A Teoria Constitucional de Rudolf Smend e a Abertura da Constituição para Novas Possibilidades Interpretativas.....	56
1.3 A Superação do Positivismo Jurídico Clássico.....	61
1.3.1 A Escola do Direito Livre (<i>Freirechtsschule</i>).....	61
1.3.2 A Jurisprudência dos Interesses (<i>Interessenjurisprudenz</i>).....	64
1.3.3 A Jurisprudência dos Valores ou Jurisprudência dos Princípios.....	76
1.3.4 A Tópica Jurídica.....	84
1.4 A Hermenêutica Específica para a Constituição: Metodologias para Aplicar Princípios e Direitos Fundamentais.....	93
1.4.1 A Teoria de Robert Alexy sobre os Princípios e os Valores.....	93
1.4.2 A Teoria Estruturante do Direito (<i>Strukturierende Rechtslehre</i>) e a Metodologia Jurídica (<i>Juristische Methodik</i>) de Friedrich Müller	104
1.4.3 A Metodologia Constitucional Estruturante e a Sistematização dos Princípios Constitucionais de José Joaquim Gomes Canotilho.....	120
1.5 O Positivismo Jurídico Metodológico-Axiológico.....	130
1.5.1 Ciência do Direito e Escolha do Método.....	130
1.5.2 O Positivismo Metodológico-Axiológico em Detalhe.....	132
1.5.2.1 Subtese 1 – Positivismo Jurídico e Modelo Monista.....	134
1.5.2.2 Subtese 2 – Abertura Internalizada a Valores.....	136
1.5.2.3 Subtese 3 – Tipos de Normas do Direito Positivo.....	139
1.5.2.4 Subtese 4 – Sistema como valor.....	140
1.5.2.5 Subtese 5 – A Ciência Jurídica e suas Funções de Descrição e Reconstrução Crítica.....	142
1.5.2.6 Subtese 6 – Construtivismo Metodológico-axiológico como Doutrina da Interpretação.....	146
1.5.2.6.1 Métodos e Argumentos Gerais de Interpretação Jurídica.....	149
1.5.2.6.2 Princípios Especiais de Interpretação Constitucional.....	152
1.5.2.6.3 Condicionantes Hermenêuticas para a Aplicação de Valores.....	155
1.6 Conclusões Parciais.....	157
CAPÍTULO 2 - O FEDERALISMO E A AUTONOMIA DOS ESTADOS EM UMA FEDERAÇÃO.....	160
2.1. Federalismo – Conceitos Gerais.....	161
2.1.1. O Conceito de Federalismo.....	161
2.1.2. Instituto Mínimo do Estado Federal: a Descentralização do Poder.....	165
2.1.3. A Origem do Federalismo: o Pacto Federativo.....	167
2.2. A Soberania no Estado Federal.....	171
2.3. A Autonomia no Estado Federal.....	177
2.4. A Distribuição de Competências no Estado Federal.....	184
2.5. A Autonomia Financeira.....	189
2.6. Origem e Evolução da Forma Federativa de Estado no Brasil.....	193
2.6.1. O Estado Unitário na Constituição de 1824.....	194

2.6.2. A Federação na Constituição de 1891.....	197
2.6.3. A Federação na Constituição de 1934.....	205
2.6.4. A Federação na Constituição de 1937.....	208
2.6.5. A Federação na Constituição de 1946.....	211
2.6.6. A Reforma Tributária de 1965.....	214
2.6.7. A Federação na Constituição de 1967.....	222
2.6.8. A Federação na Constituição de 1969.....	224
2.6.9. A Autonomia dos Estados na Federação de 1988.....	226
2.6.9.1. As Competências Legislativas dos Estados.....	228
2.7. A Autonomia da Gestão Financeira dos Estados na Constituição Federal de 1988.....	233
2.7.1. As Fontes de Receita dos Estados na Constituição Federal de 1988.....	236
2.7.1.1. Participação Direta dos Estados na Arrecadação na Constituição Federal de 1988.....	239
2.7.1.2. Participação Indireta na Arrecadação dos Estados na Constituição de 1988.....	240
2.7.1.3. As Transferências Voluntárias na Constituição Federal de 1988.....	243
2.7.1.4. As Competências Tributárias dos Estados na Constituição Federal de 1988.....	245
2.7.1.4.1. ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação.....	250
2.7.1.4.1.1. Os Critérios Materiais da Regra Matriz de Incidência do ICMS.....	252
2.7.1.4.1.2. ICMS sobre Operações de Circulação de Mercadorias.....	253
2.7.1.4.1.3. ICMS sobre Operações Mercantis – Importação de Mercadorias e Bens.....	259
2.7.1.4.1.4. ICMS sobre Comunicação.....	261
2.7.1.4.1.5. ICMS sobre Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal.....	266
2.7.1.4.1.6. ICMS sobre Produção, Importação, Circulação, Distribuição ou Consumo de Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos e de Energia Elétrica e o ICMS sobre a Extração, Circulação, Distribuição ou Consumo de Minerais.....	267
2.7.1.4.2. A Divisão da Competência Legislativa do ICMS.....	269
2.7.1.4.3. Competência para Criação de Benefícios Fiscais.....	271
2.8. Conclusões Parciais.....	275

CAPÍTULO 3 - LIMITAÇÕES JURÍDICAS À REFORMA CONSTITUCIONAL.....	277
3.1. Constituição e Tempo.....	278
3.2. Constituição em Sentido Material e em Sentido Formal.....	280
3.3. Tipologia das Modificações Constitucionais.....	282
3.4. O Poder Constituinte Originário.....	288
3.5. O Poder Constituinte Derivado e seus Limites.....	293
3.6. Os Limites à Reforma Constitucional.....	304
3.7. História da Revisão Constitucional e seus Limites no Constitucionalismo Brasileiro.....	310
3.7.1. Constituição Imperial.....	314
3.7.2. Constituições Republicanas.....	316
3.8. Limites à Reforma Constitucional na Constituição Federal de 1988.....	325
3.8.1. A Doutrina Constitucional Brasileira sobre Cláusulas Pétreas.....	328
3.9. Conclusões Parciais.....	334

CAPÍTULO 4 - ANÁLISE E PROBLEMATIZAÇÃO DA REFORMA CONSTITUCIONAL QUE ALTERA A DISTRIBUIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS	337
4.1. Pressupostos Conceituais sobre Competência Tributária.....	338
4.1.1. Competência e Poder.....	339
4.1.2. Contribuições da Teoria do Direito.....	345
4.1.3. Competências Tributárias.....	356
4.1.3.1. Plano Funcional.....	358

4.1.3.2.	Plano Material.....	362
4.1.3.3.	Plano Federativo.....	366
4.1.4.	A “Competência das Competências”	372
4.2.	A Doutrina Jurídica Brasileira sobre a Alteração de Competências Tributárias dos Estados por Emenda Constitucional.....	378
4.3.	A Análise pela Ótica do Positivismo Metódico-axiológico.....	409
4.3.1.	Função da Doutrina Jurídica.....	409
4.3.2.	Primazia do Direito Positivo.....	411
4.3.3.	Valores Internalizados e Relativismo Axiológico.....	418
4.3.4.	A Prioridade <i>Prima Facie</i> das Concepções Maximizadas de Federação e Autonomia Financeira.....	422
4.3.5.	Análise e Solução de Casos a partir dos Pressupostos do Positivismo Jurídico Metódico-axiológico.....	426
4.3.5.1.	Primeira Hipótese: Exclusão Integral das Competências Tributárias Estaduais para Instituição de Impostos.....	426
4.3.5.2.	Segunda Hipótese: Exclusão da Competência Tributária Legislativa para a Instituição de um dos Impostos.....	427
4.3.5.3.	Terceira Hipótese: Redução do Campo da Competência Tributária Legislativa para a Instituição de um dos Impostos Estaduais.....	435
4.3.5.4.	Quarta Hipótese: Exclusão ou Mitigação da Competência Tributária Legislativa para Fixar Alíquotas dos Tributos Privativos.....	437
4.3.5.5.	Quinta Hipótese: Exclusão ou Mitigação da Competência Tributária para Conceder Benefícios Fiscais.....	440
CONCLUSÕES.....		442
REFERÊNCIAS.....		448

INTRODUÇÃO

Na lição de ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DORIA¹, o sistema tributário de um País é “*fruto de contingências históricas, criando empiricamente veículos tributários, ao sabor das necessidades, os quais se acumulam, na conhecida imagem de Günther Scholders, como camadas geológicas, cujo perfil reflete, na espessura de suas camadas estratificadas, a duração temporal das dominantes formas de produção econômica que sustentavam a tributação para elas concebidas*”².

Sem dúvidas, o perfil atual da tributação no Brasil é resultado de vicissitudes políticas, econômicas, culturais e jurídicas, as quais foram moldando a atividade de criação das normas, condicionando-a às necessidades momentâneas. Algumas dessas normas tributárias, na medida em que resistiram às rupturas e foram mantidas ao longo das décadas, tiveram a sua importância amplificada no quadro das instituições jurídicas. Impossível, portanto, compreender a política fiscal e o direito tributário sem a consciência histórica do processo de acumulação que faz sedimentar alguns valores e técnicas

¹ O presente trabalho pautou-se pela metodologia da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), recomendada pelo documento “Diretrizes para apresentação de dissertações e teses da USP” do Sistema Integrado de Bibliotecas (SIBI/USP). Ressalte-se que não foram seguidas as normas relativas à existência de recuo em citações diretas com mais de três linhas e, no caso da formatação, escolheu-se que as citações diretas fossem em itálico e os nomes dos autores citados em versal/versalete.

² Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo: José Bushatsky, 1972. p. 171.

impositivas em detrimento de alternativas *a priori* igualmente adequadas para compor um sistema de tributação.

Pode-se afirmar, sem receio da generalização, que uma característica essencial da evolução do constitucionalismo brasileiro, que influencia diretamente o sistema tributário nacional em suas diversas fases, é a forma federativa de Estado. Criada em 1891, simultaneamente à proclamação da República, a Federação brasileira distinguiu-se, desde o princípio, pela forte descentralização de competências, acompanhada pela correspondente desconcentração de rendas, instrumentalizada pela atribuição de competências tributárias próprias aos diversos níveis de governo.

De 1891 a 1969 a Federação brasileira se caracterizou pela rígida descentralização de receitas, produto do federalismo dual clássico estabelecido com a República, em que os Estados possuíam competências tributárias fortes, praticamente sem restrições do Poder Central. Com a reforma tributária iniciada em 1965, chegou-se à estrutura de divisão de competências que marca o federalismo “nacional”, em que as unidades federativas mantiveram sua autonomia financeira baseada em tributos próprios, ficando com o mais importante imposto sobre o consumo – o ICM – que tinha como característica a regulação nacional, estrutura que permitiu a uniformização necessária para o entrelaçamento da economia do País e o desenvolvimento econômico.

O ICM e, posteriormente, o ICMS, maior tributo em arrecadação da América latina, foi a peça essencial para a configuração do jogo federativo pós-1965. Os Estados passaram a deter essa competência tributária, garantindo assim a manutenção de sua autonomia financeira adquirida com a Proclamação da República, mas o tributo passou a ter contornos nacionais, de modo a permitir o entrelaçamento da economia nacional³.

Entretanto, nos últimos anos, como mostra PAULO DE BARROS CARVALHO, “*a federação brasileira está em crise. As entidades políticas que a compõem passam por momentos de*

³ O caráter nacional do ICMS se deu pela (i) constitucionalização de grande parte de seus critérios de incidência; (ii) sua regulação por lei complementar, de modo a criar uma forma de criação de tributos; (iii) as resoluções do Senado para questões de alíquotas máximas e mínimas, que não exigem trabalho do legislador nacional; (iv) as figuras dos convênios estaduais para benefícios fiscais.

importantes dissonâncias de cunho jurídico, a par dos já conhecidos e tradicionais desencontros de ordem socioeconômica, que geram desequilíbrio e instabilidade num país de enormes dimensões geográficas e, por isso mesmo, devendo alimentar suas aspirações de compreensão e unidade nacional”⁴.

Os desafios que se colocam nos dias atuais dizem respeito ao destino do federalismo brasileiro em matéria tributária. Não falta quem defenda a transposição para a União Federal desse tributo – o ICMS – como a solução para os problemas atuais, medida que se mostraria a mais adequada para as demandas do crescimento econômico do mundo globalizado, pois traria a simplificação da legislação e evitaria a competição predatória entre as unidades federativas.

Referida “nacionalização”– ou “federalização” –, entretanto, representaria um enorme passo para a centralização legislativa e administrativa de tributos, pois os submeteria à esfera de decisão do ente federal e determinaria uma alteração sensível no pacto federativo sem precedentes na história brasileira, com o consequente enfraquecimento das competências dos Estados em face da União.

Uma mudança tão significativa no pacto federativo entra em potencial conflito com a limitação da cláusula pétrea instituída pelo artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que determina a impossibilidade de emenda “tendente a abolir” a forma federativa de Estado. Essa limitação material ao poder constituinte derivado tem como efeito imediato retirar de suas prerrogativas o exercício ilimitado da “competência das competências”, ou seja, da capacidade (a competência) de alterar todo o jogo federativo (explicitado em um conjunto de competências distribuídas) estabelecido pelo poder constituinte originário. É dizer, logo, que há restrições jurídicas à pretensão de rearranjar as competências discriminadas no texto original da Constituição, de modo que alguns conteúdos reservados não se submetem ao arbítrio do reformador.

⁴ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. Sobre a obra. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. CARVALHO, Paulo de Barros (Orgs.). *Guerra fiscal* – reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS. São Paulo: Noeses, 2012. p. VII.

Nesse contexto, o objeto de estudo do presente trabalho é a análise dos limites impostos pela cláusula pétrea constitucional da forma federativo de Estado às possíveis modificações das competências tributárias legislativas dos Estados-membros.

A matéria não é de fácil solução, uma vez que o direito positivo não apresenta expressamente as consequências específicas dos limites materiais relativos ao tipo federal de organização estatal, o que abre campo para diversas interpretações nos tribunais e na doutrina jurídica, construídas com base nos pressupostos escolhidos pelo intérprete.

Diante das dificuldades próprias do problema eleito, é imprescindível, para que a reflexão não se restrinja à mera exposição de opiniões e preferências subjetivas, fornecer uma construção interpretativa do sentido do enunciado constitucional que seja teórica e metodologicamente fundamentada. Para atender a esse requisito, a tese principia (Capítulo 1) com a exposição das principais teorias do direito e da interpretação que compõem a base intelectual do pensamento jurídico moderno, desde o jusnaturalismo até a hermenêutica constitucional dos princípios e valores, sem descurar ao longo do caminho da dominância exercida pelo positivismo jurídico. O objetivo é identificar as diversas estipulações do conceito de direito e dos métodos de interpretação jurídica que, distantes de restarem confinadas à discussão erudita de filósofos do direito, transpõem-se, de modo mais ou menos declarado, às práticas e decisões dos juristas. Ao final do percurso pela história das ideias jurídicas, escolhem-se, justificadamente, a concepção de direito e a visão hermenêutica – resultantes da visão rotulada de “positivismo jurídico metódico-axiológico” – a serem aplicados na elucidação do comando constitucional contido no artigo 60, § 4º, inciso I.

Delimitados os pressupostos teórico-metodológicos, investigam-se, no Capítulo 2, os conceitos políticos e as normas jurídicas fundamentais para o desenvolvimento específico do tema proposto. A “forma federativa de Estado” é destrinchada partindo-se do conceito mais amplo ao mais específico, em diálogo travado com a teoria do Estado, a ciência política e a dogmática do direito público. Trabalham-se as ideias de “Estado Federal”, “soberania”, “autonomia”, “distribuição de competências” e “autonomia financeira”. Após a explanação dos conceitos, oferece-se um exame histórico do federalismo e da autonomia

financeira na história constitucional brasileira, desde a instauração do Império – ainda com Estado unitário – até os dias atuais.

Em matéria de divisão de competências tributárias entre os entes federativos, verifica-se que a grande alteração ocorreu em meados da década de 1960, quando foi moldada, em seus traços gerais, a distribuição de poderes fiscais tal como hoje estabelecida. Nessa época é que foi criado o sistema tributário nacional com forte grau de “nacionalização” da legislação dos tributos estaduais, em que se mantêm competências tributárias fortes nos Estados, as quais são reguladas por normas nacionais, de modo a permitir o entrelaçamento da economia e evitar conflitos federativos.

Após pintado o quadro do federalismo financeiro brasileiro, com exposição detalhada da matéria na Constituição de 1988, estudam-se, no Capítulo 3, as formas de alteração constitucional e as limitações incidentes sobre o poder de reforma. Nesta pesquisa, as chamadas “cláusulas pétreas” prontamente se sobressaem, enquanto elementos de garantia da estabilidade constitucional e técnica de sedimentação no tempo de valores decorrentes de opções políticas fundamentais. Em sequência, é feita uma síntese histórica das normas positivas limitadoras da ação reformadora presentes nos vários documentos constitucionais do País, para, então, considerar as prescrições constantes do texto de 1988 e o debate doutrinário desencadeado em torno delas.

Estabilizado o arcabouço necessário ao longo dos três primeiros capítulos, parte-se, finalmente, para a análise da problemática central do presente estudo (Capítulo 4). Inicia-se pela discussão dos conceitos de competência e competência tributária e, em seguida, expõem-se as manifestações da doutrina jurídica nacional sobre o problema pesquisado, notadamente em relação à alteração das competências do ICMS. Por fim, constrói-se um argumento próprio mediante a decomposição do problema em cinco hipóteses-tipo de modificação das competências tributárias estaduais, as quais são avaliadas com base no método teórico-hermenêutico escolhido – o positivismo jurídico metódico-axiológico –, e mediante a contraposição entre os fins e valores que, de um lado, sustentam a impossibilidade jurídica da referida mudança, e, de outro, aqueles que sugerem tal

alteração como meio adequado para contornar problemas específicos e induzir efeitos desejáveis⁵.

⁵ De modo a delimitar de modo mais preciso o objeto do presente trabalho, deve-se ressaltar expressamente que diversas questões teóricas que tangenciam o estudo não fazem parte de seu objeto. Assim, segue uma lista não exaustiva de questões que efetivamente não fazem parte do objeto de estudo do presente trabalho: Autonomia municipal, discussão se o município é parte ou não da federação, alteração de competências relativas a impostos municipais; Alteração na repartição dos impostos federais e estaduais (participação de entes federativos no produto da arrecadação de impostos próprios de outros entes); Alteração de competência por lei complementar; especificação de conceitos; Natureza e alcance das balizas implicadas pelos conceitos constitucionais definidores das competências tributárias privativas; Limitação do poder dos Estados quanto à realização de despesas públicas (Lei de Responsabilidade Fiscal); Criação de contribuições em favor da União Federal; prejuízo indireto dos Estados e dos Municípios em face da criação de exações sem repartição do produto; Repartição de receita proveniente da exploração de recursos naturais; Aumento das contribuições sociais e seu impacto nas finanças dos entes federativos; Sucessivas prorrogações da Desvinculação de Receitas da União (DRU); Constitucionalidade ou não do SIMPLES NACIONAL; Constitucionalidade da criação de benefícios fiscais de tributos cuja receita é compartilhada (RE 572.762/SC); Natureza jurídica dos impostos, taxas e contribuições; Análise de fatos ou entendimentos jurídicos aplicáveis a outros sistemas jurídicos que não o brasileiro (direito comparado); Análise sistemática da jurisprudência brasileira; Natureza jurídica da autonomia do Distrito Federal, sendo que se analisa somente neste trabalho a autonomia dos 26 Estados; Análise pormenorizada das hipóteses de incidências dos tributos estaduais, as quais são tão somente expostas parcialmente para elucidação da divisão constitucional de competências; Fundos de participação, constitucionalidade do critério de repasse e retenção; Outros tipos de alteração constitucional que não pela emenda constitucional; Outras cláusulas pétreas da Constituição de 1988 com exceção à imposta pelo artigo 60, § 4º, inciso I, do texto constitucional.

CAPÍTULO 1

PONTOS DE PARTIDA: CONCEITO DE DIREITO E METODOLOGIA HERMENÊUTICA

Para a análise do significado normativo da autonomia financeira dos Estados-membros em face do panorama constitucional brasileiro contemporâneo, é imperativo antes delimitar os pressupostos e métodos norteadores da busca pelas respostas aos problemas que este trabalho se propôs enfrentar.

Existe, incontestavelmente, um enunciado constitucional cujo propósito é o bloqueio de emendas tendentes a abolir a forma federativa de Estado, ao passo que referida norma impõe consideração relevante para aferir a constitucionalidade de possíveis reformas à Constituição que afetem a estrutura da Federação brasileira. Contudo, se, por um lado, é certo afirmar ser o texto constitucional o ponto de partida necessário do raciocínio jurídico que conduzirá a um juízo acerca da constitucionalidade de possíveis emendas, por outro, é duvidosa a crença de que a passagem do texto à decisão de um caso dá-se sem a fixação de premissas anteriores. A certeza do início – o texto da Constituição – se rompe com o advento de dúvidas e questões, a ponto de o texto alcançar uma variável enorme de sentidos e, logo, uma variedade de soluções, em que pese o fato de terem por base de reflexão o mesmo material “bruto”.

A injeção de dúvida e complexidade promovida pelos juristas deriva de um “salto para fora”⁶, na medida em que escapam dos seus materiais de partida (os textos normativos)

⁶ Ou “salto para cima”, se o critério for a abstração crescente do raciocínio.

para a eles acrescentar pontos de vista sobre o conceito de direito, as modalidades de interpretação jurídica, os tipos de normas jurídicas, o papel dos valores, a relação do direito com a moralidade etc. Esse conjunto não exaustivo de elementos problemáticos (não só quando individualmente considerados, como também – e de forma multiplicada – quando combinados) faz com que a atividade prática de atribuir sentido a um texto constitucional se torne uma experiência tão laboriosa quanto labiríntica.

Esse “salto para fora” não configura uma partida sem retorno, porquanto a ciência jurídica oferece construções conceituais e abstrações àqueles que “aplicam” os textos normativos aos casos objetos de decisão. Tem-se, afinal, um interessante paradoxo: o saber jurídico ora dificulta (introduz dúvidas, cria complexidade), ora facilita (auxilia os práticos do direito a tomarem decisões com base nos textos que veiculam normas jurídicas).

O saber especial dos juristas desenvolve-se, basicamente, em dois níveis (ou planos), os quais, em rigor, não se separam, tamanha a intensidade da conexão. Com finalidade heurística, podem-se identificar (i) o nível da *teoria ou filosofia do direito*⁷, que firma os pressupostos mais abstratos do raciocínio jurídico, desde o conceito de direito até os recursos para interpretar e aplicar normas jurídicas; e (ii) o nível da *dogmática ou doutrina jurídica*⁸, que representa o plano mais prático do conhecimento jurídico e cumpre a função de construir soluções adequadas para a decisão de casos nas várias áreas ou setores do direito, distintos pelos princípios, institutos e textos normativos que lhes são peculiares.

⁷ No que concerne à aproximação ou distinção entre teoria e filosofia do direito, opta-se, aqui, pela posição menos comprometedora, na medida em que associar a teoria do direito às questões que seriam específica ou propriamente jurídicas, enquanto à filosofia do direito caberia cuidar da relação entre o direito e o não jurídico (a moral, os costumes, os valores sociais), já consiste em adotar uma visão específica e firmar compromisso com premissas que não são dadas nem indiscutíveis. Sobre o assunto, ver KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 1-35; e DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito* (na obra de Hans Kelsen). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 92 e ss.

⁸ Também se costuma referir a “ciência do direito” como sinônimo de dogmática ou doutrina. O uso do termo “ciência” é adequado, desde que se compreendam as diferenças epistêmicas e funcionais que apartam o conhecimento jurídico, de um lado, e as ciências físico-naturais, formais (matemática, lógica) e, inclusive, sociais (sociologia, ciência política, economia, antropologia etc.), de outro. A ocasião não é oportuna para se aprofundar o tão debatido tema da (falta de) cientificidade da ciência jurídica, nem mesmo para se arriscar a algum posicionamento da dogmática jurídica no quadro geral das ciências. Sobre o assunto, é obrigatória a consulta ao livro resultante da tese de titularidade apresentada pelo professor TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (cf. FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998).

No tocante à forte interação entre os dois níveis, percebe-se estarem sempre as proposições da dogmática jurídica, explícita ou implicitamente, conformadas a uma específica teoria ou filosofia do direito⁹, figurando como pano de fundo das formulações que a doutrina oferecerá para os mais diversos problemas jurídicos, transitando desde a organização dos poderes do Estado até a contagem dos prazos de um recurso. A dogmática, embora imperceptível até mesmo para os seus elaboradores, é o resultado da aplicação especializada de uma série de visões gerais e abstratas sobre o direito, os elementos que o integram, os modos como é interpretado, sua relação com a moral, a justiça e demais valores. As respostas dadas pelos juristas às questões de direito, sejam elas mais ou menos sofisticadas, valem-se de concepções sobre o próprio direito, norma, regra, princípio, valor, direito subjetivo, poder, competência, interpretação e tantos outros elementos; não sendo essas concepções óbvias nem muito menos empregadas de maneira homogênea. Vê-se, pois, que os juristas, antes de divergirem nos resultados, já se dividem na delimitação dos pressupostos, das proposições básicas embasadoras de seus raciocínios concretos.

Trata-se do reconhecimento de que o *locus* preferencial da divergência é, antes, aquele das teorias do direito em vez do campo das doutrinas jurídicas setoriais, o qual torna obrigatória a análise das opções teórico-filosóficas mais relevantes nesse universo plural rotulado de “pensamento jurídico”.

Não se pode desconsiderar, também, outro papel desempenhado pelas teorias do direito em relação às doutrinas jurídicas com finalidade prática. Aquelas teorias jurídicas oferecem não só fundamentos e fixam pressupostos para o desenvolvimento dos trabalhos dogmáticos e das próprias crenças que orientam a prática jurídica em geral – função ligada à determinação dos primeiros conceitos e demais elementos básicos do raciocínio jurídico, denominada “teoria/filosofia *do* direito”.

Há, contudo, outra utilidade, não menos relevante, cumprida pela teoria jurídica em benefício da prática e da dogmática jurídicas. Alude-se, aqui, a “filosofia *no* direito” ou, mesmo, em “filosofia *aplicada* ao direito”. Nesse domínio, as teorias éticas e de filosofia

⁹ Sobre a linha de continuidade entre teoria/filosofia do direito e dogmática jurídica, ver VIOLA, Francesco. *Il diritto come pratica sociale*. Milano: Edizione Universitarie Jaca, 1990. p. 6 e ss./59 e ss.

política ou jurídica surgem como recurso prático-decisório, de modo a auxiliar a construção de argumentos sobre questões jurídicas específicas, cuja resolução não foi possível ou restou insatisfatória quando se ateu às fontes jurídicas “autorizadas”. O recurso à lei e aos precedentes nem sempre alivia a situação do jurista, obrigado a decidir casos, cuja complexidade, por vezes, demanda uma “importação” da filosofia para dentro das práticas interpretativas e argumentativas próprias do sistema jurídico.

Esse segundo papel da teoria jurídica – a filosofia *no* direito – surge, à primeira vista, como forte candidato a auxiliar a investigação em curso, porquanto vários conceitos relevantes para a análise e proposição de solução aos problemas que norteiam esta pesquisa – “poder”, “soberania”, “competência”, “autonomia” e “federalismo” – não poderão ser explorados e definidos somente nos limites da Constituição e das leis. A dogmática jurídica, para fundamentar suas proposições, as quais buscam antecipar como se decidirão os casos, precisa, ocasionalmente, abandonar a legalidade própria do direito e introduzir contribuições teórico-filosóficas *na* prática dos juristas¹⁰.

Conforme se salientou previamente, o campo das teorias do direito é um “universo plural”, sem que o paradoxo encaminhe a algum equívoco. Prevalecem os conflitos de visões e a multiplicidade de perspectivas. Nesse sentido, ressalta-se o fato de não haver uma superação das teorias anteriores, as quais permanecem como opção válida e seguem aptas a ganhar uma versão reformulada, saindo da posição de alvo para a de fonte das críticas diante das teorias “concorrentes”. O debate atual dos tipos e funções das filosofias do direito costuma apreender esse cenário de diversidade e disputa entre teorias jurídicas sob a denominação “pluralismo metodológico”¹¹.

¹⁰ Como poderá ser visto adiante, a opção teórica que orienta esta pesquisa prioriza as fontes positivadas do direito, sem admitir o acesso direto à filosofia moral ou política como caminho mais adequado para a solução de questões jurídicas.

¹¹ Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 84. Sobre a questão, Miguel Reale afirma que, “*hoje em dia, não tem sentido o debate entre indutivistas e dedutivistas, pois a nossa época se caracteriza pelo pluralismo metodológico, não só porque indução e dedução se completam, na tarefa científica, como também por se reconhecer que cada setor ou camada do real exige o seu próprio e adequado instrumento de pesquisa. No que se refere à experiência do Direito o mesmo acontece*” (ibidem, loc. cit.). Após contraporem dois modelos de sistema jurídico (o *aberto*, decisionista de índole casuísta e, assim, de procura do justo concreto, vigente, por exemplo, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos; e o *fechado*, normativista, que busca o justo a partir de normas abstratas, em vigor na generalidade do Continente europeu, os teóricos FERNANDO JOSÉ GAUTIER LUSO SOARES e MARIA DE GUADALUPE

A variedade de teorias e métodos no direito implica o sério risco de a doutrina jurídica converter-se em fonte de incerteza e imprecisão, de modo que a interpretação e a aplicação do direito ficariam submetidas às escolhas oportunistas e combinações duvidosas tendentes a serem feitas pelos juristas para sustentar os pontos de vista que lhes fossem interessantes a cada caso¹². Estaria configurada, pois, a desordem da prática jurídica estimulada pela confusão doutrinária, situação essa que traria ameaças à normatividade e à eficácia do direito positivo.

Aos embaraços trazidos pelo inevitável pluralismo metodológico¹³, somam-se dificuldades ainda mais graves, geradas pelas tentativas de aproximação entre teorias e métodos

CARRASCO DE MELO SAIÃO afirmam: “do ponto de vista do método jurídico – aquele que respeita ao caminho a seguir na realização prática da ordenação jurídica, máxime na determinação, interpretação e aplicação das normas com vista à solução dos casos concretos –, não será de descartar um pluralismo metodológico, tradutível em uma equilibrada via média, superadora de exclusivismos e reducionismos metodológicos. Isto é: o método jurídico deve lograr conjugar devidamente as exigências decorrentes da norma (modelo abstracto do justo) e as decorrentes do caso (sede do justo concreto), ultrapassando por conseguinte reducionismos normativistas e decisionistas” (cf. SOARES, Fernando José Gautier Luso; SAIÃO, Maria de Guadalupe Carrasco de Melo. *Direito e pedagogia. Um brevíssimo excuro*. Disponível em: <<http://www.academiamilitar.pt/proelium-serie-vii-n.o-1/direitos-e-pedagogias.-um-brevissimo-excurso.html>>. Acesso em: 6 nov. 2012).

¹² Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 40. O autor defende a necessidade de imposição de um método à ciência do direito, pois a negação de qualquer opção metodológica firme conduz à incoerência sistêmica e gera instabilidade à tentativa de construir ou explicar o sistema jurídico. Com apoio em SAINZ DE BUJANDA, HELENO TAVEIRA TORRES destaca a relevância da “segurança da doutrina”, que se expressaria na “*elaboração rigorosa e metodologicamente coerente das teorias jurídicas*”, além de referir que “*a debilidade da metodologia empreendida pela doutrina pode converter-se em fonte de insegurança jurídica, em especial quando suas proposições não se veem assentadas em pressupostos bem-delimitados ou explicitados os referenciais teóricos que a norteiam*” (ibidem, loc. cit.). Alerta, ainda, que, “*Sem o controle do método, o sistema tributário tende à insegurança, que se pontecializa a partir das suas tensões de conflitos oriundos do seu sistema externo, que não é aquela da realidade, mas o científico, que o constrói e descreve.*” (ibidem, p. 41).

¹³ Nem só de complicações vive o pluralismo metodológico no direito; por vezes, ele é visto como vantajoso, seja porque torna a aplicação de princípios jurídicos mais completa (o pluralismo faz com que mais variáveis sejam consideradas), seja em razão de libertar o raciocínio dos juristas em relação a tradições que aprisionem e limitem o campo de visão. Vejam-se dois exemplos. MARCOS KEEL PEREIRA, ao estudar o tratamento dado pelos tribunais portugueses ao princípio da dignidade da pessoa humana, refere que o seu “*objectivo principal nesta parte do trabalho será o de pôr a nu aquela que considere a conclusão primeira e mais fundamental a que julgo ter podido chegar: a de que as decisões judiciais que versam sobre a aplicação do princípio da DPH ilustram, no seu conjunto, de forma exemplar, o actual estado de pluralismo metodológico*”, pois “*podemos identificar nelas traços do pensamento da jurisprudência dos valores, da jurisprudência ética, da hermenêutica e até da tópica*”. Em consequência, é induzido a afirmar que “*a situação actual [é] de caos ou de pluralismo metodológico (conforme se perfilhe uma posição mais negativa ou mais positiva acerca do panorama metodológico contemporâneo)*. Uma das características essenciais que podem ser assinaladas ao estado actual da metodologia jurídica consiste na verificação de que, ao contrário do que por vezes aconteceu em épocas passadas, as correntes metodológicas não se sucedem temporalmente numa lógica de substituição de umas por outras, antes convivem no mesmo horizonte cronológico, paralelamente”. Em seguida, desenvolve uma visão elogiosa daquilo que, nesta pesquisa, está-se

incompatíveis. Neste momento, esta pesquisa se depara com os “sincretismos metodológicos”, advindos da “abertura libertária” a uma condenável “miscibilidade de métodos”¹⁴. O pluralismo de métodos liga-se à noção de abertura interpretativa da Constituição, uma vez que a existência de uma só doutrina traria ao sistema jurídico um indesejável “fechamento totalitário”¹⁵, ao passo que os sincretismos metodológicos configuram postura que possibilita “a abertura do direito positivo para qualquer interpretação, expõe o ordenamento à insegurança jurídica, pois, a depender do método e paradigma admitidos pelo intérprete, pode-se ter respostas para qualquer coisa, e tantas quantos forem os intérpretes e suas combinações infinitas de métodos”¹⁶.

Nesse sentido, em face da pluralidade de metodologias jurídicas aptas a servirem de base ao trabalho interpretativo, é imprescindível realizar uma escolha pelos pressupostos a serem seguidos e justificá-la, sob pena de recrudescer ao sincretismo. Do pluralismo, é

denominando sincretismo metodológico. Em verdade, o autor tenta separar pluralismo e sincretismo de métodos, mas sua visão é bem mais concessiva com a mescla de teorias diferentes que a sustentada nesta tese (cf. PEREIRA, Marcos Keel. *O lugar do princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência dos tribunais portugueses. Uma perspectiva metodológica*. p. 1-35. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/KeelP.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2012). CAIO MARIO PEREIRA NETO e PAULO TODESCAN LESSA MATTOS diagnosticam a crise da pesquisa jurídica no Brasil, que derivaria da “hegemonia de um único enfoque epistemológico, baseado em modelos analítico-descritivos e hermenêutico-interpretativos” (cf. PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *A crise da pesquisa em direito no Brasil: armadilhas e alternativas ao formalismo jurídico*. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/CaiodaSilvaPereiraandPauloTodescanLessaMattos__Portuguese_.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2012). Mais exatamente, reportam-se ao formalismo jurídico, que, atrelado às normas de direito positivo, buscaria manter intacta a autonomia metodológica da ciência jurídica, ou seja, da dogmática ou doutrina. A “cura”, dizem eles, estaria no “pluralismo de métodos na academia jurídica, sendo essencial discutir a viabilidade deste tipo de pluralismo no atual contexto teórico e institucional” (ibidem). Sem diminuir o tom crítico, concluem: “No caso das Faculdades de Direito, diversos incentivos estimulam a reprodução do método hegemônico ao invés de estimular a inovação e o pluralismo metodológico. De fato, desde a graduação, alunos de escolas de prestígio são ensinados a reproduzir em exames as opiniões de seus professores a respeito da articulação em abstrato de conceitos dogmáticos. Essa experiência se estende para a pós-graduação, onde alunos de mestrado e doutorado elaboram teses e dissertações seguindo a mesma linha dos trabalhos de seus orientadores. Nesse sentido, o sistema de orientação e bancas de pós-graduação estimulam a reprodução de trabalhos de cunho formalista, com pouco espaço para inovações metodológicas.” (ibidem).

¹⁴ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 42.

¹⁵ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 89.

¹⁶ Cf. TORRES, Heleno Taveira. Op. cit., p. 42. Na visão do autor, superada “a rigidez experimentada no passado” acerca da escolha do método jurídico, as “concessões ao pluralismo metodológico devem ser delimitadas pela admissibilidade de uma pluralidade de métodos, mas nunca pela combinação destes entre si. Os paradigmas do direito positivo não se podem entremear, quer para construção do sistema científico (externo), quer para a aplicação de normas do sistema positivo (interno)” (ibidem, p. 41). E conclui: “uma coisa é admitir o pluralismo de métodos como aceitação democrática da liberdade de pensamento, no embate entre propostas possíveis; outra, inoportuna e errática, é praticar, numa mesma construção científica, livre pluralismo de métodos e de paradigmas hermenêuticos” (ibidem, p. 43).

necessário passar, mediante um processo de filtragem sobre as várias teorias disponíveis, a um monismo metodológico, que suportará a coerência e estabelecerá as condições de verdade das formulações da dogmática jurídica¹⁷. Ignorar referido passo é abrir brecha a um ecletismo que, ao final, admite toda e qualquer interpretação e aplicação do direito como tolerável, o que foge ao rigor necessário de um estudo científico.

Em termos mais diretos, tem-se que as tomadas de posição sobre as questões jurídicas concretas estimuladoras do desenvolvimento desta pesquisa derivam de escolhas teóricas e metódicas conscientes e justificáveis.

A empreitada de analisar a cláusula pétrea que obsta emenda constitucional “tendente a abolir” a “forma federativa de Estado” coloca o jurista diante de uma série de problemas. Aqui, indaga-se se o texto constitucional, ao vedar emendas que tendam a abolir a forma federativa, protege um valor supremo da Ordem Constitucional brasileira. Em caso positivo, quais as consequências desse entendimento para a interpretação da norma constitucional? O que configura um “valor supremo”? O texto normativo que enuncia a mencionada cláusula pétrea é uma regra ou um princípio? É possível extrair do texto constitucional um sentido determinado abstratamente por um procedimento racional? Ou seu conteúdo só seria conformado nas circunstâncias do caso concreto? Como resolver os

¹⁷ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 45. Segundo o autor, a admissão de determinado modelo metodológico reclama que este deve ser mantido como “paradigma de legitimação” e as proposições obtidas devem guardar coerência com a eleição metódica realizada (ibidem, loc. cit.). Adiante, esclarece que o fato do pluralismo não implica a adesão à miscelânea de visões teóricas diferentes: “Os métodos e paradigmas do direito positivo são de certa liberdade de escolha pela doutrina. É disso que se fala quando se admite o ‘pluralismo metodológico de nosso tempo’ [...] Vários paradigmas teóricos encontram-se à disposição. Decerto, qualquer método poderá ser eleito para a construção do sistema interno (pelas fontes do direito positivo, nos atos de aplicação do direito) e, reflexamente, do próprio sistema externo, quando da elaboração de teoremas, postulados e proposições descritivas. O que definitivamente não se admite é o sincretismo metodológico dentro de uma mesma elaboração teórica, ou de um mesmo ‘sistema de referência’ [...] para interpretar o direito positivo. A liberdade de escolha dos métodos e paradigmas requer a adoção de uma opção de método, e só uma, como condição para a coerência e testabilidade das proposições obtidas. Em resumo, não podemos admitir a priori como ‘erro’ ou como ‘inexistente’ o recurso ao jusnaturalismo ou ao direito positivo includente por quem queira assim proceder. São formas possíveis de ver e explicar o direito. O que não se aceita é a ‘combinação’, o ‘sincretismo metodológico’ para oferecer respostas segundo interesses momentâneos e tópicos de cada intérprete. Admitido um método e um dado paradigma, estes deverão nortear toda a hermenêutica e a construção dogmática. E esta unicidade é, sem dúvidas, uma garantia de segurança jurídica, pela certeza e coerência intrassistemáticas.” (ibidem, p. 104-105).

conflitos de interpretação gerados pela aplicação de diferentes visões básicas sobre o direito?

Trata-se, em verdade, de problemas jurídicos pontuais imbricados, todavia, com as concepções de direito e de interpretação jurídica daqueles que buscam oferecer-lhes solução, a qual deve estar, segundo a visão ora adotada e adiante exposta em detalhe, profundamente relacionada à força normativa e vinculante do sistema constitucional brasileiro e à preservação da segurança jurídica na aplicação do direito.

No tocante ao conceito de direito¹⁸, a própria história das ideias jurídicas mostra que as diversas experiências histórico-sociais articularam, cada uma a seu estilo e segundo os padrões culturais vigentes, as concepções de direito que se tornaram dominantes e, logo, moldaram os hábitos de juízes, advogados e professores de direito¹⁹. É inegável, diante do vigor das provas históricas, a vinculação estreita entre a cultura jurídica (o plano intelectual ou das ideias, que propõe os conceitos jurídicos) e as instituições (o espaço do poder, que cria e aplica normas sob a influência dos conceitos culturalmente formulados)²⁰.

Na arena específica das discussões teórico-jurídicas, MAKSYMILIAN T. DEL MAR oferece instrumentos adequados para se pensar a multiplicidade de concepções sobre o direito. Em vez de buscar o caminho da conciliação e da unicidade conceitual, o autor aceita serem as teorias jurídicas de diferentes tipos e se voltarem a finalidades nem sempre iguais. Diante disso, propõe desenvolver uma “ética das teorias jurídicas”, que “*reconhece o pluralismo sobre os conceitos de direito e prescreve o uso de distintos recursos oferecidos por diferentes conceitos de direito no desenho dos sistemas jurídicos*”²¹. Ignorar a busca pela

¹⁸ Sobre o conceito de direito, cf. HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. É, inclusive, duvidoso falar de “conceito de direito” no singular. Para usar expressão empregada por HERBERT HART com outros fins, pode-se afirmar que o “nobre sonho” da teoria jurídica da segunda metade do século XX – inclusive do próprio HART – consistiu na busca incansável por um conceito de direito capaz de abranger os traços mínimos necessários que deveriam estar presentes em todo e qualquer sistema jurídico.

¹⁹ LOPES, José Reinaldo Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34-Edesp, 2004. p. 25 e ss.

²⁰ LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 4-6.

²¹ Cf. DEL MAR, Maksymilian T. *The ethics of legal theory: towards pluralist pragmatism*. p. 3. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1087793>>. Acesso em: 4 set. 2012.

teoria jurídica que oferecesse “o” conceito de direito implica assumir a postura de “modéstia teórica”, demandando, necessariamente, o “pluralismo conceitual” no campo jurídico. DEL MAR assevera que “*reconhecer o pluralismo sobre os conceitos de direito requer o uso de uma metodologia histórica*”²². É tão somente a partir do reconhecimento do pluralismo de conceitos e teorias do direito que, adiante, será feita a recuperação das principais tradições do pensamento jurídico moderno.

Na mesma linha da visão de DEL MAR, o qual propunha uma metodologia histórica para averiguar a diversidade entre os conceitos de direito propostos pela teoria jurídica, HELENO TAVEIRA TORRES aduz que o pluralismo de métodos jurídicos se manifesta, especialmente, sob a perspectiva da história das ideias e teorias jurídicas²³.

A propósito da interpretação jurídica, percebe-se ser ela, geral e intuitivamente, descrita como atividade de compreensão do significado dos textos difusores de normas jurídicas. Segundo o entendimento clássico de FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, interpretação é a reconstrução do pensamento do legislador (*voluntas legislatoris*) ou do conteúdo ínsito da lei (*voluntas legis*), sua elucidação, prestando-se a restituir o sentido de um texto obscuro²⁴. Quando o texto fosse claro, portanto, não haveria razão para interpretá-lo, prevalecendo o brocardo romano *in claris cessat interpretatio*²⁵.

²² DEL MAR, Maksymilian T. *The ethics of legal theory: towards pluralist pragmatism*. p. 3. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1087793>>. Acesso em: 4 set. 2012.

²³ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 103-104. Nas palavras do autor, “*Isso [a variedade de métodos e a necessidade de escolher], porém, não deve causar qualquer perplexidade. Como opções de métodos, vimos, ao longo da evolução da ciência do direito e da aplicação do direito positivo, a passagem do método fundado nos ‘princípios gerais do direito’, aos quais o intérprete deveria buscar na natureza (i), logo, como método do jusnaturalismo, para a aplicação do método histórico (ii), segundo Savigny. Em seguida, há o surgimento do método literal, gramatical, lógico ou exegético (iii), próprio da doutrina francesa da chamada ‘Escola de Exegese’ ou daquela alemã, da ‘Jurisprudência dos Conceitos’; mais tarde, a doutrina alemã da ‘Jurisprudência dos Interesses’ propõe o método finalístico (iv), com passagem para o método sistemático (v), iniciado pelo próprio Savigny e intensificado a partir de Kelsen [...] Na atualidade, porém, os métodos e seus paradigmas devem coincidir com a ideia de sistema do próprio direito*” (ibidem, loc. cit.).

²⁴ Cf. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas, São Paulo: Edicamp, 2001, p. 10-11.

²⁵ Cf. MASUELLI, Saverio. In claris non fit interpretatio. Alle origine del brocardo. *Rivista di Diritto Romano*, 2002, v. II, p. 401-424. Referida máxima interpretativa apresenta-se, com resguardo da mesma ideia de fundo, em algumas formulações variadas, como *in claris non fit interpretatio*, *in claris non est interpretandum*, *in claris non admittitur voluntatis quaestio*, *lex clara non indiget interpretatione* e quando

Referido entendimento já foi há muito superado e, hoje, é praticamente consensual a ideia de inexistência de texto jurídico-normativo que dispense interpretação²⁶, cuja demanda não decorre do fato de a linguagem jurídica ser ambígua ou imprecisa, mas sim do fato de ser imperativo apreender o sentido para aplicar o direito²⁷. Conforme ensina CASTANHEIRA NEVES, “a ‘clareza’ é ela própria um resultado interpretativo e não é a obscuridade do texto que justifica a interpretação, antes é a concreta realização do direito que a não pode nunca dispensar”²⁸.

Nesse sentido, a aplicação do direito representa, em si mesma, um ato interpretativo, de modo que interpretação e aplicação formariam uma só operação. Com a interpretação do texto surgiria a norma jurídica, sendo seu significado produzido pelo intérprete²⁹. A interpretação adquire caráter constitutivo³⁰, deixando de ser uma atividade de compreensão

verba sunt clara, non admittitur mentis interpretatio. Para compreensão aprofundada das raízes romanas dessa máxima (ibidem, loc. cit.). A propósito da relação entre os debates sobre interpretação jurídica e a afirmação política dos Estados modernos, ver HALPÉRIN, Jean-Louis. Legal interpretation in 18th century Europe: doctrinal debates and political change. In: MORIGIWA, Y.; STOLLEIS, M.; HALPERIN, J.L. (Eds.). *Interpretation of law in the age of enlightenment*. Dordrecht: Springer, 2011. p. 181-187.

²⁶ Fala-se em texto e não em norma, por razões que adiante serão esclarecidas. Por ora, é suficiente a ideia de que a norma é o resultado da interpretação, ao passo que o texto é o objeto da tarefa interpretativa.

²⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 437-438; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 75. Ainda, CASTANHEIRA NEVES mostra que a interpretação jurídica “é o acto metodológico de determinação do sentido jurídico normativo de uma fonte jurídica em ordem a obter dela um critério jurídico (um critério normativo de direito) no âmbito de uma problemática realização do direito e enquanto momento normativo-metodológico dessa mesma realização. E isto significa, por um lado, que o critério normativo que a fonte jurídica interpretanda ofereça só pode oferecê-lo pela mediação da interpretação – ‘a norma será tal como é interpretada’ (ASCARELLI) –; por outro lado, que a interpretação, ao propor-se referir a fonte-norma interpretanda às concretas exigências ou ao mérito concreto do problema jurídico a resolver, para que possa ser um critério adequado para sua solução, traduzir-se-á sempre numa constitutiva ‘concretização’.” (cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2, p. 338).

²⁸ Cf. NEVES, A. Castanheira. Op. cit., loc. cit.

²⁹ Isso não significa, de modo algum, que o intérprete realize tal “produção” do significado sem qualquer constrição, seja do texto ou de outros elementos objetivos, como os próprios métodos interpretativos culturalmente aceitos.

³⁰ Ibidem, p. 340. Segundo CASTANHEIRA NEVES, a interpretação, “para além de ser sempre ‘concretização’ (i.e., de operar em uma unidade normativo-metodológica com a ‘aplicação’), se reconhece igualmente num continuum da mesma índole com a ‘integração’, e inclusive com o autônomo desenvolvimento do direito, tal como é já hoje geralmente reconhecido” (ibidem, loc. cit.).

mental para adquirir a forma de decisão ou ato de vontade³¹, ainda que não discricionário³².

Assim como ocorre com as teorias que formulam concepções específicas acerca do direito, as doutrinas da interpretação jurídica colocam-se, umas perante as outras, na condição de rivais que disputam a primazia em um cenário marcado pelo múltiplo e pelo variado. J. W. HARRIS³³, *e.g.*, vale-se de uma manifestação do *Justice Sir. ISAAC ISAACS*³⁴ em julgamento na Suprema Corte da Austrália, para mostrar que a variedade de perspectivas sobre a interpretação do direito não apenas possui um imediato caráter prático, mas também aponta para a própria definição dos poderes (e os respectivos limites) que a Suprema Corte possui (ou, alguns diriam, concede a si própria) em relação ao controle dos atos das demais instituições políticas. O mote prático não impede que HARRIS se dedique às considerações teóricas sobre a interpretação, as quais privilegiam o embate entre formalismo e antiformalismo³⁵.

³¹ Cf. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. 4. tir. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 392-393. HANS Kelsen identificou a interpretação “autêntica” do direito como um ato de vontade do intérprete, que escolheria uma dentre as possibilidades reveladas nos quadrantes da moldura da norma, estando, portanto, fora da ciência do direito e inserida na política do direito (*ibidem*, loc. cit.). Paralelo entre a interpretação autêntica de Kelsen coincide com a atividade interpretativa realizada por “atores juridicamente autorizados”, nos termos propostos por SOAMES (cf. SOAMES, Scott. *Towards a theory of legal interpretation*. *NYU Law School Journal of Law and Liberty*, v. 6, 2011, p. 231-259. Disponível em: <http://www-bcf.usc.edu/~soames/sel_pub/Toward_a_Theory.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012).

³² Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 66; ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 124.

³³ Cf. HARRIS, J. W. *Over ruling constitutional interpretations*. In: SAMPFORD, Charles; PRESTON, Kim. *Interpreting constitutions – theories, principles and institutions*. Sydney: The Federation Press, 1996. p. 231-247.

³⁴ ISAACS ocupava-se do problema relativo ao poder conferido à Suprema Corte para reformar suas próprias decisões. Sua visão defendia que um erro jurídico do passado não podia ser mantido sob o argumento da força dos precedentes. Não seria admissível manter, dizia ISAACS, uma “interpretação incorreta”, pois o juramento dos juízes pede apenas que se faça o certo conforme o direito e a Constituição, sem obrigá-los a insistir em interpretações injustas legadas pela tradição judicial. As colocações de Isaacs, feitas há mais de oitenta anos, trouxeram desdobramentos para a Suprema Corte australiana, que precisou questionar sobre os critérios da interpretação correta e os padrões que permitiram distinguir, com precisão, uma interpretação adequada de outra, imprópria

³⁵ Uma proposta alternativa ao formalismo e ao antiformalismo interpretativos, enquanto posturas tradicionais no debate hermenêutico, é trazida por VITTORIO VILLA (cf. VILLA, Vittorio. *Interpretazione giuridica e significato – una relazione dinamica*. In: *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, 1998. v. 3, p. 129-154).

Outra confirmação sobre a finalidade das teorias interpretativas, de influenciarem e definirem os rumos da prática jurídica, advém do escrito de GEORGE CHRISTIE³⁶, em que o autor desenvolve o seguinte argumento: aqueles juízes pertencentes à tradição do *common law* cultivam técnicas de interpretação dos textos normativos distintos daqueles métodos empregados pelos juízes da tradição do *civil law*. Após mostrar, sob lente histórica, os diferentes rumos daquelas tradições jurídicas, CHRISTIE evidencia que as discrepâncias interpretativas podem constituir uma ameaça à eficácia do direito internacional, o qual se explicita mediante tratados que demandam interpretação e necessitam ser confirmados pelas autoridades judiciais nacionais.

Em perspectiva crítico-histórica, PETER GOODRICH³⁷ mostra que a visão dominante da interpretação jurídica nas sociedades ocidentais é forjada pela influência das práticas religiosas de interpretação das fontes sagradas, acarretando a dominância dos elementos “autoritários”, bem como faz com que o direito seja definido como texto escrito, código, expressão unitária e unívoca da vontade soberana (o Estado está para a sociedade política o que Deus está para a religião)³⁸.

Resistindo à essa visão tradicional, que faz preponderar a escritura, a exegese, a glosa e o respeito pela tradição, GOODRICH indica contracorrentes no campo das teorias da interpretação, as quais conduzem à ruptura com a prática jurídica tradicional e tendem a permitir o enfrentamento do ranço conservador e fixista que costuma caracterizar a ação dos juristas. Instauram-se embates intelectuais, estimulando a formação de um quadro no qual prevalecem tensões e conflitos sobre o fazer interpretativo, de modo a excluir a ideia de uma visão única e indiscutida.

³⁶ Cf. CHRISTIE, George C. Some key jurisprudential issues of the twenty-first century. *Tulane Journal of International & Comparative Law*, v. 8, 2000, p. 217-232. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/246>. Acesso em: 10 set. 2012.

³⁷ Cf. GOODRICH, Peter. Historical aspects of legal interpretation. *Indiana Law Journal*, v. 61, 1986, iss. 3, article 2. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol61/iss3/2>>. Acesso em: 10 set. 2012.

³⁸ Ibidem. GOODRICH menciona, nesse sentido, que entre os juristas prevalece uma “atitude essencialmente bíblica em relação à interpretação dos textos legais” (ibidem – tradução livre).

Sob uma inclinação mais teórica, RICCARDO GUASTINI³⁹ defende o que denomina “*visão cética sobre a interpretação jurídica*”. Seu ceticismo *soft*⁴⁰ entende que os enunciados interpretativos – aqueles que atribuem determinado sentido aos enunciados a serem interpretados – não estão sujeitos à veracidade ou falsidade. Essa conclusão independe de uma teoria específica dos significados das palavras, porquanto juristas e juízes discordam sobre o significado da maior parte dos enunciados legais e constitucionais, de modo que a maioria das previsões legais é propensa a interpretações diferentes e rivais (*different and competing interpretations*)⁴¹.

Para GUASTINI, portanto, o resultado da atividade interpretativa somente é alcançado por uma decisão que filtra uma dentre as soluções possíveis⁴², sendo a mais relevante a consideração das principais causas das “controvérsias interpretativas”, especialmente (i) a variedade de métodos interpretativos e (ii) a pluralidade de doutrinas jurídicas (resultados do trabalho dos juristas dogmáticos)⁴³.

Em vista da relevância dessas questões teórico-interpretativas sobre o direito – marcadas por indiscutível importância prática –, o que se propõe no presente capítulo é estabelecer uma reconstrução histórica das mais relevantes proposições teóricas acerca da interpretação do direito, de modo a fundamentar a escolha pelo conceito de direito e

³⁹ GUASTINI, Riccardo. A sceptical view on legal interpretation. In: COMANDUCCI, P.; GUASTINI, R. (Eds.). *Analisi e diritto* 2005. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2006. p. 139-144.

⁴⁰ Oposto ao ceticismo *hard*, segundo o qual qualquer resultado é possível na interpretação do direito, ou seja, a adscrição de sentido pelo intérprete não encontra qualquer limite objetivo. Em resumo, *anything goes*.

⁴¹ GUASTINI, Riccardo. Op. Cit., loc. cit.

⁴² Ibidem, p. 139. Nas palavras do autor, “qualquer decisão interpretativa [...] supõe uma escolha entre possibilidades rivais” (ibidem, loc. cit.). Um parâmetro possível para compreender o impacto da posição de Guastini aparece no texto – tornado um clássico – de OWEN FISS, para quem a interpretação é indispensável nos julgamentos jurídicos, apesar de continuar sendo possível tratar a prática jurídica como racional porque fundada em um tipo específico de conhecimento (que poderá permitir a interpretação correta), fato que possibilita distinguir o que fazem os tribunais em relação à atividade política fundada, principalmente, em interesses e preferências (cf. FISS, Owen. Objectivity and interpretation. *Stanford Law Review*, p. 739-763, v. 34, 1982. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2204&context=fss_papers>. Acesso em: 10 set. 2012).

⁴³ Em artigo crítico às visões de RONALD DWORKIN sobre o papel da interpretação no direito – DWORKIN, entre outras falhas, não teria conseguido apreender as crenças fundamentais que informam os práticos do direito –, DENNIS PATTERSON assevera: “Apesar das muitas discussões sobre interpretação, em uma variedade de contextos teórico-jurídicos, permanece o desacordo generalizado sobre a natureza da interpretação no direito” (cf. PATTERSON, Dennis. Interpretation in law. *U. San Diego Law Review*, v. 42, p. 685-709, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=702921>>. Acesso em: 10 set. 2012 – tradução livre). No mesmo texto, PATTERSON recorre à filosofia da linguagem de WITTGENSTEIN para reforçar a diferença entre entendimento (*understanding*) e interpretação (*interpretation*) (ibidem).

delimitar o método de interpretação utilizado na análise da problemática que se vislumbra responder neste trabalho. Nos capítulos que se sucedem, serão analisadas as doutrinas jurídicas dogmáticas que tratam dos conceitos relevantes para o deslinde da tese, notadamente aqueles relativos ao federalismo e à revisão constitucional, o que dará suporte para a análise da questão central do presente estudo.

1.1 As Escolas Jurídicas e de Interpretação

No campo da interpretação jurídica, o exame retrospectivo das principais doutrinas sugere a passagem de um paradigma tradicional para uma perspectiva concretista de interpretação, surgindo a preocupação com a necessidade de se fixar um método que vincule o intérprete ao texto normativo, por razões de segurança jurídica, não sendo toleráveis quaisquer subjetivismos ou decisionismos. No entanto, não se almeja somente vinculação ao direito; espera-se, em igual medida, que a aplicação do direito considere a necessidade de adequar a decisão de casos à realidade social, a fim de superar o legalismo e o formalismo do positivismo jurídico clássico, os quais se concentravam na demanda por certeza e adstrição do intérprete.

Com efeito, a partir da segunda metade do século XX, iniciou-se o estudo da hermenêutica no âmbito do direito constitucional⁴⁴, desenvolvendo-se métodos específicos para interpretar a Constituição. Os subsídios da metodologia clássica não são completamente abandonados, mas se constroem novos conceitos, em face das peculiaridades das normas constitucionais.

Uma nota faz-se necessária sobre a relação entre as teorias jurídicas (constroem proposições que intentam conformar uma concepção específica do direito) e as teorias

⁴⁴ Em verdade, a segunda metade do século XX marca o adensamento das reflexões hermenêuticas menos em relação aos textos constitucionais – pois já havia antes a preocupação com a interpretação dos textos jurídicos referentes às questões políticas em geral – que no tocante às cartas de direitos fundamentais, introduzidas largamente nas Constituições de várias nações ocidentais.

interpretativas (postulam métodos e parâmetros de racionalidade para a atividade dos intérpretes do direito). À diferença do que se passava com a filosofia do direito anterior ao século XX, não mais se cogita uma teoria do direito, restrita à definição do direito e à indicação da especificidade do campo jurídico em face das demais esferas sociais, restando à teoria da interpretação um papel secundário e dependente de haver uma conceituação prévia e clara do direito. Note-se que havia uma ordenação entre dois momentos hierarquizados (o primeiro é o mais relevante): de início, fixa-se o que é o direito e quais são os “objetos jurídicos”; depois, cogitam-se os problemas interpretativos que o direito – já definido – acarreta para os práticos.

Ao contrário, a filosofia jurídica do século XX é marcada pela progressiva consideração da interpretação jurídica como elemento primordial, a ponto de o próprio conceito de direito depender do que se entende acerca da tarefa interpretativa. Os primeiros passos nessa direção foram marcados pelos três grandes positivistas do século XX – HANS KELSEN, ALF ROSS e HERBERT HART –, enquanto os desenvolvimentos couberam a figuras como RONALD DWORKIN, ROBERT ALEXY, FRIEDRICH MÜLLER e PETER HÄBERLE. Em síntese, o tema da interpretação tornou-se pervasivo no universo das reflexões teórico-jurídicas, tal como confirma VITTORIO VILLA: “*existe uma relação conceitual entre teoria do direito e teoria da interpretação jurídica, uma relação tal que produzir uma teoria da interpretação significa fornecer necessariamente uma – ou ao menos uma parte dela – teoria do direito*”⁴⁵.

Coincide com a percepção de VILLA a proposta de HELENO TAVEIRA TORRES, que diz ser “*intuitivo que os modelos metodológicos influem sobre os ‘métodos hermenêuticos*”⁴⁶. Nesse sentido, de acordo com HELENO TAVEIRA TORRES, nas palavras de GUSTAVO

⁴⁵ Cf. VILLA, Vittorio. Interpretazione giuridica e significato – una relazione dinamica. *Ars Interpretandi*, v. 3, p. 131. A percepção de VILLA, distante de ignorar, reconhece e trabalha a partir da superação do que MAURO BARBERIS (citado por VILLA) denomina “paradigma objetual” da teoria jurídica, que primeiro se dedicava a definir o direito como objeto para, somente depois desse passo, pensar na interpretação que os elementos daquele objeto precisariam receber. Para discussão aprofundada sobre as teorias do direito que abandonam o modelo do “direito como objeto dado” e preferem perceber as próprias normas jurídicas como *construções* dependentes da interpretação de textos e da argumentação que justifica escolhas interpretativas, ver BERTEA, Stefano. *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2002. p. 13-26.

⁴⁶ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 44.

ZAGREBELSKY, “*todo método, de per si, remete a uma certa concepção ontológica do direito*”⁴⁷.

De acordo com a imperiosa recuperação das ideias mais difundidas e influentes sobre o conceito de direito e os métodos de interpretação jurídica, passa-se a abordar as raízes históricas e filosóficas das visões que, entre permanências e rupturas, marcaram o pensamento jurídico moderno.

1.1.1 O Pensamento Jurídico “Clássico”

1.1.1.1 Panorama Filosófico: do Jusnaturalismo ao Positivismo Jurídico

O jusnaturalismo é uma das principais correntes filosóficas do direito, tendo prevalecido por mais de dois milênios, desde a antiguidade clássica, passando pela Idade Média, até o século XVII. Sua concepção básica cinge-se ao reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e pretensões legítimas que independeriam do direito positivo, isto é, “*de uma norma jurídica emanada do Estado*”⁴⁸.

Trata-se do direito natural, aquele que não seria feito pelo homem, nem seria verificável pelos sentidos, mas ainda assim teria validade e legitimidade decorrentes de uma ética superior. Referido direito natural fixaria os limites ao poder normativo estatal e preponderaria sobre a ordem jurídica positiva em caso de conflito, por ser um critério de aferição do direito positivo⁴⁹.

⁴⁷ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 135. In: TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 44, nota n. 66 (tradução livre).

⁴⁸ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 320.

⁴⁹ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 124.

Até o século XVI, o direito natural fundamentava-se, basicamente, na vontade de Deus, inexistindo separação nítida entre direito, religião, moral e política⁵⁰. Essa fase, chamada de jusnaturalismo teológico, caracteriza-se por colocar a Igreja como elo entre o direito natural e divino e o empírico, já que só essa Instituição religiosa poderia fazer uma interpretação genuína da vontade de Deus⁵¹.

A apoiar a ascensão do Estado como instância jurídica máxima e o fim do poder secular da Igreja, exsurge SAMUEL PUFENDORF, defensor da separação, na ética, das esferas moral, jurídica e religiosa, inaugurando o critério exterioridade-interioridade de diferenciação. O jusnaturalismo teológico é ultrapassado pelo jusnaturalismo antropológico ou racional⁵², que não nega a fonte divina do direito, mas o considera acessível à razão humana, que também passa a ser tida como fonte do direito⁵³, com o propósito de suprimir a vontade divina como base para o direito⁵⁴.

⁵⁰ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed., p. 125. Segundo ADEODATO, essa sociedade poderia ser classificada como primitiva ou indiferenciada, pois os atos imorais confundiam-se com os ilícitos, inexistindo consciência da diferença entre o direito que acontece na comunidade daquele “criado pela natureza”, algo que só se encontra nas sociedades complexas ou diferenciadas (ibidem, loc. cit.).

⁵¹ Ibidem, p. 126-127. Com a ascensão da Igreja, como herdeira da autoridade do Império Romano, seu ordenamento passa a se sobrepor sobre os demais, abrangendo, inclusive, competências jurídicas, o que formou um ambiente relativamente indiferenciado, no qual a Igreja abarca a realidade espiritual e mundana, estendendo seu poder temporal sobre toda a esfera ética. Essa fase é alcunhada de irracionalista, pois, embora se aceite que o direito dos homens e o de Deus são diversos, os homens não poderiam conhecer os desígnios superiores. SANTO AGOSTINHO, *e.g.*, esclarece que não se pode compreender por que Deus salva alguns pecadores, sustentando que o Estado não deve se imiscuir nos assuntos religiosos. Separa-se definitivamente a “cidade dos homens” da “cidade de Deus”, que será definitiva na cultura ocidental (ibidem, p. 126-127).

⁵² Ibidem, p. 112/127. No âmbito do jusnaturalismo teológico, conforme ensinava SÃO TOMÁS DE AQUINO, o direito divino por natureza (*lex aeterna*) permaneceria intangível, contudo o direito divino por participação (*lex naturalis*) seria a inspiração do direito positivo (*lex humana*), por meio daquilo que este captaria daquele (porém, essa motivação seria mediada por uma revelação dada apenas pela Igreja). A *lex humana*, por sua vez, era a explicitação em forma de regulação jurídica da *lex naturalis*, que, seria a parte apreensível pela razão humana da *lex aeterna* (incognoscível pelo homem, mas que configuraria a essência de toda regulação humana). Já no jusnaturalismo racional almeja-se uma base racional – a função imperativa do direito (cf. AQUINO, São Tomás de. *Treatise on law. The Summa Theologica. Questions 90-108. v. II. Trad. Padre Laurence Shapcote. Chicago: Enciclopédia Britânica, 1990, p. 208 e ss. (Col. Great Books of the Western World, v. 18.)*. In: ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 112/127).

⁵³ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 127-128.

⁵⁴ Ibidem, p. 112.

A imutabilidade do direito natural, um postulado até então aceito, é agora questionada por IMMANUEL KANT, dando origem ao jusnaturalismo democrático e trazendo à tona a questão de que haveria um conteúdo empírico e variável no direito que tornaria impossível uma ordem jurídica una para todo tempo e lugar, ainda que fosse único o conceito de direito⁵⁵. Desloca-se a ênfase da origem divina para a razão humana, fundando-se as bases de uma cultura laica, a qual seria consolidada a partir do século XVII.

Referida corrente parte do princípio da igualdade entre os homens, para estabelecer que, em havendo qualquer discordância entre eles a respeito de questões cruciais, a maioria deterá legitimidade para decidir sobre conflitos; por consequência, ela se confronta com o absolutismo. Nesse sentido, centrando-se no antropocentrismo e na investigação científica, aprofunda-se a separação entre a fé e a razão, esta entendida como único meio de o homem alcançar o conhecimento. Logo, o jusnaturalismo é a filosofia jurídica que se liga à revolução intelectual iluminista do século XVIII⁵⁶.

A crença de que o homem teria direitos naturais, fundamentalmente relacionados à liberdade, esteve presente nas revoluções liberais – a Revolução Francesa, em 1789, e a Revolução dos Estados Unidos, que conduziu o país à independência, em 1776 –, tendo sido defendida por autores emblemáticos como HOBBS, JOHN LOCKE e ROUSSEAU. Ela também esteve presente no movimento oitocentista de codificação e, com o advento do Estado Liberal, encontrou seu apogeu, em decorrência da consolidação de ideais em textos constitucionais e da incorporação dos chamados direitos naturais ao ordenamento positivo. Por isso, também representou o declínio do jusnaturalismo diante do positivismo jurídico⁵⁷.

De fato, o jusnaturalismo democrático, que acabou prevalecendo em face das demais variantes jusnaturalistas, já possuía uma característica positivista, pois se fundava em um dado empírico, qual seja, “a maioria”. Por isso, representa a passagem ao positivismo, porque não sustenta, em rigor, um conteúdo jurídico prévio, mas tão somente que a decisão seja tomada pela maioria, de sorte que o produto da decisão dessa maioria já seria legítimo

⁵⁵ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed., p. 128.

⁵⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 321.

⁵⁷ Ibidem, p. 322-323.

em razão do amparo na capacidade política dos cidadãos. Isso pressupõe que a lei, sendo expressão da vontade coletiva, também é a vontade autêntica de cada indivíduo⁵⁸; portanto, a democracia e o princípio da maioria fazem a ponte entre o jusnaturalismo e o positivismo⁵⁹.

Anterior ao positivismo jurídico, o positivismo filosófico, cujas referências teóricas eram IMMANUEL KANT e AUGUSTE COMTE, possuía uma elevada consideração pela razão e se expressava em três postulados: (i) a ciência como único conhecimento verdadeiro, livre de especulações teleológicas ou metafísicas; (ii) o conhecimento científico como objetivo, fundado no método descritivo e na distinção entre sujeito e objeto; e (iii) a extensão do método científico experimentalista desenvolvido nas ciências naturais a todos os campos do conhecimento, incluindo as ciências sociais⁶⁰.

Os juristas positivistas, por sua vez, vislumbravam criar uma ciência jurídica, isto é, apresentar o direito como ciência, buscando objetividade científica e enfatizando seus aspectos técnicos. Para isso, foram fixadas quatro premissas fundamentais⁶¹: (i) a identificação plena entre direito e norma; (ii) a afirmação da estatalidade do direito (a norma é estatal e dotada de força imperativa e coativa); (iii) o reconhecimento da completude do ordenamento jurídico, negando-se lacunas; e (iv) o formalismo (a validade da norma estaria vinculada à observância de um procedimento prévio, independendo do seu conteúdo). Em decorrência do último postulado – o formalismo –, o positivismo aceita que o direito é produto de um ato de poder, sendo-lhe possível ter qualquer conteúdo; por isso, o positivismo é autorreferente, já que recusa um paradigma externo que poderia trazer uma “ética necessária”⁶².

⁵⁸ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 415.

⁵⁹ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 3. ed., p. 129.

⁶⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 324.

⁶¹ Ibidem, p. 325.

⁶² Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 131. A distinção entre técnica e ética e a separação entre direito e moral, direito e religião e direito e usos sociais contribuíram para a solidificação do processo de positivação, culminando na sua dogmatização, em decorrência do esvaziamento do direito de qualquer conteúdo axiológico – algo muito distante do jusnaturalismo cristão. Daí concluir ADEODATO que o sucesso pragmático do positivismo está ligado a uma adequação ao poder jurídico-político leigo, tendo em vista sua

O auge desse pensamento se deve a HANS KELSEN, criador da clássica *Teoria pura do direito*, publicada pela primeira vez em 1934, reafirmando os aludidos dogmas e a distanciação do direito de discussões sobre legitimidade e justiça. De acordo com JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, concentrando-se em aspectos gnoseológicos e afastando-se de qualquer ontologia sobre a natureza do objeto jurídico KELSEN foi capaz de identificar o conceito de direito com o de norma jurídica⁶³. No que se refere à interpretação jurídica, a doutrina prevalecente nos primórdios da dominância do positivismo jurídico é a difundida pela Escola da Exegese.

1.1.1.2 A Escola da Exegese (*L'École de L'Exégèse*)

O Código Civil francês, também conhecido como “Code Napoléon”, promulgado em 1804, coroou a Revolução Francesa e o triunfo das aspirações da sociedade burguesa, atinentes à defesa do indivíduo, da liberdade, da segurança das relações jurídicas e da proteção da propriedade privada, pois garantia a igualdade de todos perante a lei e os princípios fundamentais da liberdade de contratar, de segurança e certeza para os atos da vida civil⁶⁴.

Desde a promulgação do Código Civil Napoleônico, os juristas passaram a entender que sua tarefa fundamental era interpretar os textos da lei, extraíndo deles os resultados necessários segundo um trabalho de sistematização. Era inadmissível serem encontradas lacunas no direito positivo, já que o trabalho de interpretação seria pautado por regras

imensa disponibilidade de conteúdos éticos, o que resultou em uma “tecnologia de controle social” (ibidem, p. 134).

⁶³ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 3. ed., p. 113.

⁶⁴ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 412-414.

determinadas, dentre elas a analogia e os princípios gerais do direito, conduzindo a respostas para todos os problemas jurídicos⁶⁵.

Essas constituíam as premissas fundamentais da Escola da Exegese, cuja característica era conceber o direito como o conjunto de textos legais sistematizados nos códigos, submetidos a uma hermenêutica estritamente lógico-analítica e dedutiva⁶⁶.

Essa Escola tem origem no pensamento jurídico francês do início do século XIX, que reuniu os maiores civilistas europeus da época, e teve influência durante todo o período na França, na Alemanha e nas nações latinas da Europa e da América. Seus fundamentos políticos baseavam-se no legalismo liberal das grandes revoluções e nos princípios democráticos e da separação de poderes. Nesse sentido, a lei é alçada à condição de fonte única do direito, porquanto contém a legitimidade da vontade popular, substituindo outras fontes (como a tradição e o direito divino) e servindo de fundamento para a proteção das garantias liberais (liberdade e propriedade). Com isso, chega-se à separação dos poderes, vista como forma de se evitarem abusos no exercício da função política.

O primado da lei foi enfático, competindo a produção normativa ao Poder Legislativo, enquanto ao Poder Judiciário caberia somente aplicar a literalidade daquela produção normativa. O *“legislador aparecia como o único protagonista da juridicidade”*⁶⁷, em detrimento do intérprete ou do juiz, admitindo-se o elemento político da decisão jurídica apenas no processo de criar o ordenamento jurídico, ou seja, no processo legislativo, e não em sua aplicação, que seria neutra.

Portanto, havia verdadeiro culto à lei, confundindo esta com o próprio direito, e o legalismo revelava-se na pura exegese do código⁶⁸. Entendia-se, por consequência, que a interpretação se voltava para a recriação da vontade do legislador (subjetivismo histórico),

⁶⁵ Daí decorreu a força dos postulados de que ninguém se escusa de cumprir a lei alegando ignorá-la e de que o juiz não se exime de sentenciar sob o argumento de lacuna ou obscuridade na lei, que é a vedação do *non liquet* (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 414-415).

⁶⁶ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 181.

⁶⁷ Ibidem, p. 186.

⁶⁸ Com isso, o jusnaturalismo, que, outrora havia sido utilizado como inspiração para a elaboração do corpo jurídico, passa a ser apenas uma concepção filosófica do direito (ibidem, p. 183).

de acordo com uma hermenêutica lógico-dedutiva⁶⁹. Desse modo, o trabalho do intérprete era apenas declaratório, pois nada lhe competia além de declarar o sentido ínsito da lei, fosse pelo método literal ou gramatical, fosse pelo método lógico, buscando somente esclarecer a *intentio legislatoris* ou explicar as palavras do legislador⁷⁰.

O jurista era tido como um instrumento passivo da vontade legislativa, não lhe sendo reconhecida nenhuma contribuição integradora ou supletiva. Ele apenas obedecia a um esquema de aplicação da lei lógico-dedutivo, no qual a norma legal constituía a premissa maior de um silogismo em que os fatos (*casu decidendo*) seriam a premissa menor, para obter, como conclusão, o *decisum*⁷¹.

Considerava-se que o conteúdo normativo da lei contemplaria todos os critérios decisórios, rejeitando-se o recurso a outros critérios supostamente complementares⁷². Não se admitia a existência de casos omissos na lei, mas só de “aparentes lacunas”, que seriam solucionadas com uma “autointegração da lei”, pelo uso de expedientes hermenêuticos específicos – como a analogia e a pesquisa das intenções do legislador –, sendo vedado o *non liquet*⁷³.

Logo, afirmava-se ser a lei a única fonte do direito e, conseqüentemente, como critério normativo-jurídico exclusivo, era pressuposta como forma de solução para todos os casos jurídicos⁷⁴. Da mesma forma, acreditava-se no direito como um sistema lógico e coerente, fundado na racionalidade jurídica do corpo legislativo, bem como no sistema jurídico-legal como um sistema fechado e completo⁷⁵.

A Escola Exegética dominou a cultura jurídica francesa e os sistemas jurídicos que a tomaram por base durante o século XIX, tendo influenciado os ramos do direito público

⁶⁹ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 188. Como ensina CASTANHEIRA NEVES, para além da letra, haveria de se atentar ao espírito da lei (chamado a restringir, estender ou a completar o sentido daquela) – distinguindo-se a interpretação gramatical da interpretação lógica, que visaria à vontade racional do legislador e culminaria na explicitação dos princípios gerais da lei ou do código (ibidem, loc. cit.).

⁷⁰ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 417.

⁷¹ Cf. NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 189.

⁷² Ibidem, p. 184.

⁷³ Ibidem, p. 189.

⁷⁴ Ibidem, p. 185.

⁷⁵ Ibidem, p. 185-186.

que se desenvolveram na época das codificações, como o direito administrativo. Embora o direito tributário brasileiro tenha sido influenciado por escolas italianas e alemãs, JOSÉ MARIA ARRUDA DE ANDRADE ressalta que são as “*pautas demo-liberais que impulsionam ainda hoje as grandes discussões fiscais*”⁷⁶.

No entanto, o pensamento da Escola se contentava com a consistência lógico-sintática e com a objetividade dogmática, não tendo uma perspectiva axiológica ou preocupação com fundamentos práticos, teleológicos ou materiais na interpretação. O método hermenêutico aparentemente poderia ser capaz de preservar a segurança jurídica, mas era indiferente ao conteúdo de justiça das normas e à adequação material aos casos⁷⁷.

Por isso, seus postulados foram superados com o surgimento do Estado Social, quando o legalismo deixou de proporcionar solução adequada aos problemas da sociedade industrial, colidindo com as exigências sociopolíticas de novos tempos. A metodologia jurídica passava a ser fundamentalmente problemático-normativa e teleológico-material, pois o direito não mais era concebido como um estatuto dogmático-formal de uma racionalidade axiomática, para ser visto na perspectiva de uma racionalidade prático-normativa em meio a coordenadas axiológicas, políticas e sociológicas. Nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, “*era este direito, não outro, que os juristas haviam de compreender e assumir e as Faculdades de Direito eram chamadas a investigar e a ensinar*”⁷⁸.

1.1.1.3 A Escola Histórica do Direito

Trata-se da versão jurídica de um vasto movimento alemão que se estendeu em vários domínios – tais como arte, ciências, economia, filologia, filosofia e história –, da última parte do século XVIII ao começo do século XIX, no contexto cultural do romantismo, e

⁷⁶ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 36/39.

⁷⁷ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 188.

⁷⁸ Ibidem, p. 191.

que tinha por objetivo combater “o racionalismo moderno-iluminista e sua abstracta e a histórica autonomia construtiva”⁷⁹.

Fundamentalmente, o direito era entendido como uma realidade normativa histórico-cultural que se manifestava na vida de um povo (uma comunidade nacional concreta), como expressão cultural e social da sua espiritual consciência comunitária (*Volkgeist*), e.g., o idioma ou os costumes⁸⁰. No pensamento do maior representante da Escola – SAVIGNY –, o direito vive, tal como a língua, na consciência comum do povo, radicando-se no próprio espírito comunitário⁸¹. Esse teórico distingue dois elementos do seu conteúdo, quais sejam, um elemento individual, próprio de cada povo em especial, e um elemento geral, fundado sobre o comum da natureza humana⁸².

Dessa forma, deixava-se de conceber o direito como norma axiomática-racional suscetível de ser meramente deduzida, para tornar-se uma entidade cultural de raiz histórica de certa comunidade, já que o direito, como acreditava SAVIGNY, deveria ser a expressão do “espírito do povo”, o qual se manifestaria em regras de caráter consuetudinário a serem interpretadas⁸³. Paralelamente, rejeitava-se o jusnaturalismo iluminista, o qual permitia, indiretamente, a plena titularidade do direito no legislador, culminando na codificação,

⁷⁹ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 203.

⁸⁰ Ibidem, p. 205-206. Percebe-se que a corrente foi desenvolvida sob a influência filosófica de IMMANUEL KANT, mas também é possível reconhecer a influência de GEORG HEGEL tanto na concepção da história como manifestação do espírito (*Volkgeist*), o qual também seria o fundamento decisivo do direito, que, por sua vez, seria revelado na história de cada povo, quanto na concepção do sistema de realismo conceitual, que se aproximava do sistema ôntico-racional hegeliano, na medida em que “em ambos a inteligibilidade sistemática seria o decisivo princípio constitutivo que se haveria de explicitar” (ibidem, loc. cit.).

⁸¹ Ibidem, p. 208.

⁸² Cf. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen römischen rechts*, I, §3, ss., §3, 1, s. In: NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 205.

⁸³ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 423.

para enfatizar em uma perspectiva espiritual e cultural, e não política, do direito, firmada na tese da sua natureza histórica⁸⁴, e não volitivo-racionalista⁸⁵.

Portanto, o esforço metodológico empreendido destinou-se a orientar a explicitação do direito dado. A Escola Histórica combinava uma intenção histórica com uma intenção científica, buscando descobrir o direito na cultura do povo (*Volksgeist*) em vez de criá-lo. Para isso, o objeto da interpretação era a “*reconstrução do pensamento insito da lei*”⁸⁶.

Nesse cenário, ao jurista atribuía-se a função de representante da consciência jurídica da comunidade⁸⁷, acreditando-se que, por meio dos elementos de interpretação identificados por SAVIGNY – gramatical, lógico, histórico e sistemático –, ele poderia recriar artificialmente o sentido que motivou o legislador a criar a norma⁸⁸.

Com efeito, SAVIGNY elaborou uma metodologia própria de interpretação jurídica, fixando quatro elementos dessa atividade até hoje citados, os quais pertencem, na opinião de KARL ENGISCH, ao “*patrimônio adquirido da hermenêutica jurídica*”⁸⁹. São eles: “a) o elemento gramatical, corresponde ao uso das regras gramaticais e à análise tanto do sentido ordinário quanto do técnico, para formular as hipóteses de interpretação; b) o lógico, à análise das conexões entre os diversos dispositivos correlatos; c) o histórico, refere-se à situação histórica do momento de formação de cada lei; e d) o sistemático aborda o nexo

⁸⁴ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 207. Note-se, nesse ponto, que se tratava não de afirmar uma natureza histórica por uma inclusão na história, como realidade de fato, mas, sim, de reconhecer a historicidade como princípio constitutivo do ser, determinado por ela, cujo passado tinha um autêntico valor ontológico (ibidem, loc. cit.). Ou seja, o elemento histórico não era o que se entende nos dias de hoje por história: cuidava-se antes de um complemento de natureza empírica e positiva no tratamento filosófico e sistemático a fim de que o direito pudesse se desenvolver como uma ciência. Portanto, “o direito seria um produto cultural global, uma tradição espiritual, e não um fruto histórico em seu sentido de força social material” (cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 44).

⁸⁵ Cf. NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 206-207.

⁸⁶ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 15.

⁸⁷ Cf. NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 210.

⁸⁸ Cf. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 10-12. EROS ROBERTO GRAU é enfático: “Muito quero dizer com isso, mas desde logo negar a concepção tradicional, à moda de SAVIGNY, para quem a interpretação não é mais do que a reconstrução do pensamento do legislador” (cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 65).

⁸⁹ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 137.

interno que une institutos e regras jurídicas em uma unidade”⁹⁰. A eles, posteriormente, conforme comenta CASTANHEIRA NEVES, RUDOLF VON JHERING acrescentaria o elemento teleológico⁹¹.

Para SAVIGNY, os elementos não constituíam “*quatro espécies de interpretação de entre as quais podemos escolher conforme o nosso gosto e arbítrio, mas diversas actividades que devem intervir conjuntamente para que se possa chegar a uma interpretação bem lograda*”⁹². O teórico não menciona uma hierarquia ou sequência entre eles no processo de aplicação do direito, motivo pelo qual a utilização dessa teoria tradicional de interpretação jurídica enfrenta sérias dificuldades.

Nesta etapa, ressalte-se que, embora a Escola Histórica tivesse por foco a construção de um sistema científico, com sentido orgânico – decorrente do “espírito do povo” –, mesmo sendo contrária à codificação e ao legalismo⁹³, à medida que as pesquisas por fontes jurídicas avançavam, tornou-se maior a preocupação com o aspecto dogmático e sistemático no lugar do histórico. A ênfase se deslocou do sentido orgânico das fontes do direito para a busca dos nexos lógicos das fontes descobertas e daquelas que ainda viriam a ser descobertas⁹⁴.

Com o passar do tempo, seus signatários deixaram de se manter fiéis às exigências do espírito do povo⁹⁵, contra o direito racional e logicamente formulado, e, por influência da

⁹⁰ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: Malheiros, 2006.p. 45.

⁹¹ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 213.

⁹² Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 145.

⁹³ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 423-424. Veja-se, a propósito, a polêmica comentada por MIGUEL REALE, travada entre THIBAUT e SAVIGNY, o qual se mostra contrário à causa do primeiro – pela elaboração de um Código Civil único para a Alemanha –, ao asseverar que a codificação não era apropriada ao momento, só sendo admissível no ponto culminante de um processo jurídico, e não no início da formação política de uma nacionalidade. Nessa linha, invocava contra a lei abstrata e racional a força dos costumes, que, a seu ver, traduziriam genuinamente o “espírito do povo”, temendo que uma codificação precipitada gerasse leis dotadas de validade técnico-formal, mas destituídas de eficácia ou efetiva existência como conduta. O pensamento de SAVIGNY não prevaleceu, de sorte que na Alemanha, mesmo antes da promulgação do Código Civil, a obra de sistematização do direito estava em vigor, como resultado da atitude científica da Escola Histórica no trato dos problemas sociais e na consideração do direito costumeiro (ibidem, p. 423-424).

⁹⁴ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. Op. cit., p. 46-48.

⁹⁵ Cf. NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 211-213. Como assevera CASTANHEIRA NEVES, o próprio SAVIGNY deixou-se conduzir do sistema para a história, e não o inverso, já que, na verdade, não pensava

Escola da Exegese, o historicismo se formalizou. A apreciação da vida social como conteúdo e condicionante das regras jurídicas enfraqueceu-se, e a interpretação se voltou mais à história dos textos legais, aos antecedentes dogmáticos de uma regra e à interpretação histórica⁹⁶.

Em decorrência disso, o historicismo de conteúdo social cedeu lugar ao historicismo meramente lógico-dogmático, pois a Escola, ainda que tivesse alguma preocupação com a dimensão histórica da interpretação do direito, não desprezou o aspecto sistemático-filosófico. Diante desse cenário, optou pelo sistemático, sacrificando o histórico, o qual “desapareceu sob a exigência do científico”⁹⁷. Isso permite concluir, de acordo com CASTANHEIRA NEVES, que “o legado científico-jurídico da escola histórica se traduziu numa hermenêutica que culminou numa dogmática”⁹⁸, originando a pandectística alemã.

1.1.1.4 A Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffjurisprudenz*) ou Pandectística (*Pandektenwissenschaft*)

Na obra *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, de 1814, SAVIGNY considerou como fonte originária do direito não a lei, mas a convicção jurídica do povo, o “espírito do povo”⁹⁹. Paralelamente, sempre ressaltou o caráter histórico, tendo a mesma importância o caráter filosófico ou sistemático da ciência jurídica, dando ênfase ao sistema científico, no que foi seguido pelos juristas alemães do século XIX¹⁰⁰.

historicamente, e sim no plano hermenêutico-cultural, pelo que não se firmou uma autêntica investigação histórica do *Volksrecht*, mas apenas se justificou a utilização de materiais históricos sobre o direito, algo que não conduzia à busca do direito histórico-social (Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 211-213).

⁹⁶ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 425.

⁹⁷ Cf. NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 212.

⁹⁸ Ibidem, p. 213.

⁹⁹ Cf. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. 1814. In: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 13.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 21.

Sob influência kantiana, de acordo com CASTANHEIRA NEVES, SAVIGNY entendia por sistema uma racional unidade de caráter formal-estrutural, não teleológico-material, dotado de racionalidade formal. Para ele, os institutos jurídicos e as relações jurídicas seriam, por sua natureza, alheias a um fim (*Zweckfrei*)¹⁰¹, tendo uma existência em si, independente dos fins. A partir daí, o teórico, como observa KARL LARENZ, desenvolveu a ideia de sistema como sistema científico construído com fundamento em conceitos jurídicos, que “serviu de ponto de arranque para a *Jurisprudência dos Conceitos*”¹⁰².

Isso porque, como ressalta KARL LARENZ, SAVIGNY caracterizou a ciência jurídica como histórica e filosófica, equiparando o elemento filosófico ao sistemático. Ele partia do pressuposto de que o direito positivo teria uma racionalidade intrínseca, uma unidade e conexão a ser descoberta pela ciência do direito caso ela procedesse sistematicamente. O sistema formulado por esse teórico confirmaria que o material extraído do direito positivo, quando suscetível de sistematização, seria portador de unidade. Na mesma linha seguiu GEORG FRIEDRICH PUCHTA, discípulo direto de SAVIGNY, que entendeu o sistema como lógico-formal e conceitual-abstrato, caminhando em direção à *Jurisprudência dos Conceitos*¹⁰³.

Ao teorizar a pirâmide de conceitos, construída segundo regras da lógica formal e fundada na genealogia dos conceitos, LARENZ contextualiza que, segundo PUCHTA, tomando-se por base um conceito supremo, será possível deduzir outros, os quais serão determinados pelo conteúdo do primeiro¹⁰⁴. Nesse sentido, desenvolve-se a noção de sistema pautada em princípios deduzidos do material histórico ou de outros princípios, acima ou abaixo do nível em que se encontra o princípio deduzido¹⁰⁵.

Difunde-se, com isso, a ideia de que cada conceito superior autoriza certas afirmações, sendo o ponto de partida do qual se poderia construir dedutivamente todo o sistema e

¹⁰¹ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 211.

¹⁰² Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 19.

¹⁰³ Ibidem, p. 240.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 23-25.

¹⁰⁵ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 47.

inferir novas proposições jurídicas¹⁰⁶. Na linha desse raciocínio, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão todas as afirmações acerca do conceito superior. Surge paralelamente à fonte histórica do “espírito do povo” e à da criação do legislador, aquela gerada pelo jurista ou pela ciência por meio de lógica formal¹⁰⁷.

Portanto, a lei é reconhecida como fonte do direito e se admite a sua estatalidade ao invés da socialidade do direito, defendendo-se uma orientação essencialmente normativista à semelhança da Escola da Exegese – no entanto, a Pandectística adaptou o historicismo a um viés estritamente dogmático-sistemático¹⁰⁸.

Com base nessas premissas, o método jurídico da Jurisprudência dos Conceitos se fundava em dois dogmas já conhecidos. Um deles é a teoria da subsunção, a qual sustentava um raciocínio silogístico entre o princípio a ser aplicado (premissa maior) e o fato a ser decidido (premissa menor), colocando o intérprete como mero declarador do conteúdo preexistente da norma. O outro é a plenitude do ordenamento e seu caráter fechado e coerente, em face da possibilidade de dedução de princípios por operações lógicas sobre os princípios já positivados¹⁰⁹.

Diante disso, ARRUDA DE ANDRADE observa que, como se objetivava “*buscar as fontes do direito na história do povo, na legislação e na dedução rigorosa do formalismo*”, o jurista “*não estaria criando conceitos arbitrariamente*”, mas vinculados “*a um método jurídico*”, sendo desnecessário, portanto, “*contaminar-se*” com contingências políticas ou considerações éticas¹¹⁰. Logo, o processo lógico-dedutivo da Jurisprudência dos Conceitos abriu espaço ao formalismo jurídico, prevalecendo durante mais de um século, período em que alienava a ciência jurídica da realidade social, política e moral, até ser ultrapassado pela contracorrente liderada por JHERING¹¹¹.

¹⁰⁶ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 25.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 24.

¹⁰⁸ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 418.

¹⁰⁹ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 50-51.

¹¹⁰ Ibidem, p. 48.

¹¹¹ Cf. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 29.

É pertinente ressaltar que a contribuição inquestionável da Jurisprudência dos Conceitos foi a elaboração de um sistema conceitual abstrato, construído de acordo com o princípio da subordinação de conceitos mais especiais aos de maior abrangência de aplicação, o que permitia colocar cada conceito no seu lugar no sistema e também subsumir situações de fato às previsões legais. Porém, o sistema conceitual formado apenas segundo critérios lógico-formais se distanciou das relações valorativas subjacentes às normas, falhando, na opinião de LARENZ, por não ter abarcado a natureza teleológica – e não lógico-formal – das conexões de sentido próprias do direito¹¹².

1.2 A Crise do Positivismo Jurídico Clássico

1.2.1 A crise da Metodologia Jurídica Clássica de Interpretação

A concepção positivista considerava o direito um fato e não um valor, pois não admitia que a ciência jurídica trabalhasse com considerações senão estritamente jurídicas. Nas suas formulações originais, o positivismo era autorreferente, pois aceitava que o direito resultava de um ato de poder¹¹³, de modo que o topo da pirâmide jurídica seria livre de conteúdos éticos, já que ao poder constituinte tudo era permitido¹¹⁴. Prevalecia, então, o formalismo fundado nas estruturas gnoseológicas kantianas, com base na segregação entre

¹¹² Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 240. Como ressalta o autor, ainda hoje referida metodologia serve de orientação aos juristas, já que esse sistema conceitual se encontra nas leis e nas divisões como direito público e privado, eficácia *inter partes* e *erga omnes*, nulidade e anulabilidade, mas nem por isso se espera dele, sistema, uma contribuição para a solução de problemas jurídicos em aberto, e sim apenas um meio de achar as normas legais decisivas ao caso. Além disso, a teoria também criticável sob o ângulo metodológico, haja vista que o conteúdo do conceito superior, que, para PUCHTA, procederia da filosofia do direito, sendo identificado por LARENZ como “o conceito kantiano de liberdade”, seria um fundamento suprapositivo e sua essência se perderia paulatinamente ao longo do caminho entre o vértice da pirâmide e os subconceitos jurídicos últimos, a ponto de o conceito-chave tornar-se irreconhecível (ibidem, p. 25-26).

¹¹³ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 3. ed., p. 131.

¹¹⁴ Ibidem, p. 135.

ser e dever-ser, e direito e moral, ignorando as consequências fáticas e, muitas vezes, o plano teleológico das normas¹¹⁵.

Registre-se que o método formalista-positivista trouxe vasto impacto na metodologia desenvolvida no âmbito do direito público, especialmente no direito financeiro, tendo sido incorporado também na hermenêutica tributária brasileira¹¹⁶, sobretudo em virtude do *status* científico obtido¹¹⁷; entretanto, essa doutrina continha sérias deficiências¹¹⁸.

A esse propósito, ignorava-se a natureza histórico-cultural do direito, a qual não se compatibiliza com a afirmação da completude do ordenamento jurídico, em face da natureza complexa e contingente dos casos concretos. Isso revela a incapacidade do positivismo clássico de responder ao choque entre o estático e o dinâmico¹¹⁹.

Também havia dificuldade de sistematizar o uso das fontes do direito – princípios gerais de direito, analogia e considerações não estritamente jurídicas – que garantiriam a completude do ordenamento jurídico, ou seja, a inexistência de lacunas. Da mesma forma, era inviável dar soluções diferenciadas para casos concretos complexos, dos quais o ordenamento não tratasse de maneira explícita ou clara. Em razão do rigor científico do formalismo, o trato

¹¹⁵ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 94-95.

¹¹⁶ Ibidem, p. 101.

¹¹⁷ Ibidem, p. 96-98. Tanto assim que, de acordo com ARRUDA DE ANDRADE, em que pese a vasta produção literária sobre os desgastes das escolas mencionadas, no âmbito tributário há forte identificação com as pautas liberais (liberdade e propriedade) e grande ênfase à ideia de legalidade estrita e a uma noção de segurança jurídica, a seu ver, de cunho unilateral exageradamente individualista, além da defesa de pautas essencialmente positivistas ou formais ou uma interpretação conservadora (apenas mecanicista e declaratória) quando se pretende a declaração de invalidade de uma norma, orientação que relativizaria as críticas aos pressupostos metodológicos das escolas positivistas-formalistas (ibidem, loc. cit.).

¹¹⁸ Ibidem, p. 100. Ressalta ARRUDA DE ANDRADE, em especial, o pensamento de PAUL LABAND, considerado “o chefe da dogmática do direito público do Segundo Reich”, que defendia quatro pontos principais: “(i) o direito se esgota nas normas jurídicas vigentes, postas pelo Estado; (ii) o jurista deve se ocupar somente com as formas jurídicas; (iii) o fim do direito, o elemento teleológico, é metajurídico e, como tal, deve ser afastado; (iv) o direito é um sistema articulado logicamente em conceitos jurídicos gerais e constitui um ordenamento cerrado, carente de lacunas, como a ordem da natureza”, entendimento que conduz à ideia de “construção na Jurisprudência dos Conceitos”, consistente na subsunção, pelo jurista, “de um fato, uma relação, um ato ou um instituto de modo a inseri-lo no ordenamento jurídico (pirâmide conceitual). Esse trato com os conceitos, de forma a subsumir os dados com eles e completar ou aumentar a pirâmide conceitual, era considerado a alta jurisprudência acima aludida.” (ibidem, p. 100).

¹¹⁹ Ibidem, p. 94-95.

dos problemas práticos concretos foi ofuscado porque eles eram entendidos como metafísicos, ou seja, não jurídicos¹²⁰.

A sociedade correspondeu às regras contidas nos códigos, ao passo que os juristas se contentaram com o problema da vigência das normas jurídicas¹²¹, mas, a partir do momento em que novas demandas sociais na realidade ocidental emergiram, houve a quebra entre a lei e o fato social, dando ensejo à discussão sobre a justiça das normas legalmente produzidas e o desconforto entre legalidade e legitimidade¹²². De fato, essa nova conjuntura exigiu uma renovação na concepção de direito e, por consequência, novas soluções interpretativas¹²³.

A certa altura, a metodologia tradicional de interpretação, centrada nos processos lógico-sistemático ou histórico-dogmático, não respondia adequadamente às demandas sociais, pois a realidade das lacunas ou de casos omissos nas leis tornou-se inegável¹²⁴. Era cada vez mais evidente a necessidade de se recorrer ao expediente da intenção presumida do legislador, construído pelas Escolas Exegética e Histórica, ao lado da técnica de busca da intenção do legislador, que seria extraída do estudo dos precedentes legislativos¹²⁵.

O recurso ao expediente de buscar a intenção presumida do legislador quando se verificasse um conflito entre a lei formal e um acontecimento imprevisto era uma ficção

¹²⁰ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 101.

¹²¹ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 417. Quando se quebrou o equilíbrio entre os códigos e a realidade econômico-social, as ideias da Escola da Exegese entraram em colapso. Apesar de não ter sido uma escola estática ou imutável, e sim uma corrente que tentou se adaptar às exigências de novos tempos, resistindo durante cinco décadas às críticas dirigidas aos seus postulados fundamentais – tanto assim que ainda exerce notória influência sobre os juristas contemporâneos –, só conseguiu prevalecer enquanto o mundo das normas era expressão técnica da realidade histórico-social implícita no seu conteúdo (ibidem, loc. cit.).

¹²² Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. Op. cit., p. 95-96.

¹²³ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 426-427. Salienta MIGUEL REALE que: “*Enquanto a sociedade correspondeu, em sua realidade viva, às regras contidas nos Códigos, foi natural que o jurista se satisfizesse com o problema da vigência das normas de Direito. Quando, porém, o mundo ocidental passou a ser atormentado por novas exigências – resultantes do crescimento da população, das conquistas de natureza geográfica, do quase repentino impacto de poderosas forças técnicas e econômicas –, estabeleceu-se uma ruptura entre a lei e o fato social, impondo soluções interpretativas, já anunciadas pelo gênio de Rudolf von Jhering, reclamando atenção para o problema do fim, como criador de todo o Direito, e o valor da luta, das energias vitais no desenrolar da experiência jurídica.*” (ibidem, p. 426-427).

¹²⁴ Ibidem, p. 427.

¹²⁵ Ibidem, p. 417.

que permitia ao intérprete recorrer a um fator extralegal – a suposta intenção existente no momento da elaboração da lei –, a fim de que o intérprete pudesse atender às exigências do caso. Abandonava-se a visão puramente lógico-analítica do problema com o uso de um elemento empírico – meta-normativo ou meta-legal¹²⁶ –, flexibilizando-se as premissas iniciais das escolas¹²⁷.

A partir do momento em que a intenção do legislador tornou-se difícil de ser subtraída, em face do extenso lapso temporal existente entre o início da vigência da lei e a data da sua aplicação, criou-se a interpretação conforme o propósito que o legislador teria se tivesse vivendo nos tempos atuais, o que se caracterizou como ficcionalismo pragmático¹²⁸. Passa-se da visão da Escola da Exegese da vinculação do intérprete à força lógica da lei para a visão da lei acomodada ao fato.

Baseado nessa nova concepção, o intérprete poderia completar o conteúdo da regra segundo uma interpretação histórico-evolutiva, que seria um passo adiante à interpretação histórico-formal – focada nos precedentes preparatórios da regra. Com o reconhecimento da função criadora do intérprete, as premissas da Escola Exegética e Histórica eram derrubadas, dando início a uma fase de transição¹²⁹.

A fragilidade das teorias positivistas clássicas e a inadequação do formalismo silogístico ao regime democrático moderno tornaram-se nítidas, pois sem o reconhecimento da atividade judicial criadora do direito inexistiam respostas às demandas sociais pela efetiva realização do direito¹³⁰.

¹²⁶ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 427.

¹²⁷ Ibidem, p. 417. Como observa MIGUEL REALE, a Escola Exegética tinha em si o “*princípio de sua negação*”, por permitir que as forças econômicas e morais irrompessem no plano da cogitação do jurista, que procurava dar conteúdo a uma regra insuficiente na sua abstração (ibidem, loc. cit.).

¹²⁸ Ibidem, p. 428.

¹²⁹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 428. Nesse ponto, o desajustamento entre o sistema legal e os fatos sociais era tão profundo que até o processo de interpretação histórico-evolutiva tornou-se insuficiente, por ser um artifício que não dava suporte para muitos dos casos imprevisos, em que era impossível ajustar uma lei a determinadas circunstâncias econômicas e morais (ibidem, loc. cit.).

¹³⁰ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 3. ed., p. 213.

Como salienta ENGISCH, é indubitável que a prática jurisprudencial empregou os elementos interpretativos elencados por SAVIGNY: (i) a interpretação gramatical, feita segundo o teor verbal; (ii) a interpretação lógica, com foco na coerência e conexidade; (iii) a interpretação sistemática, destinada à conexão de um preceito legal com outros; (iv) a interpretação histórica, fundada na gênese da regra; e (v) a interpretação teleológica, que busca a *ratio*, o fim ou o fundamento do preceito, acrescida por JHERING¹³¹, completando a metodologia tradicional de interpretação jurídica¹³².

Entretanto, os cânones tradicionais da interpretação têm certas limitações – a começar pela interpretação gramatical, a qual pressupõe a existência de uma interpretação verbal ou terminológica pura, distinta de uma investigação do sentido do preceito. Essa técnica pretendia fixar os elementos sintáticos que revelariam a letra (o corpo hermenêutico), enquanto as demais permitiriam o acesso ao espírito (*“sentido decisivo que devia ser visado pelo objetivo da interpretação”*¹³³).

Referida interpretação seria a primeira instância para a compreensão do conteúdo normativo do texto a ser interpretado; além disso, serviria de limite para os trabalhos de interpretação, já que não se deveria gerar como resultado algo alheio ao sentido possível do objeto da aplicação¹³⁴.

O elemento gramatical seria a primeira instância para a compreensão do conteúdo normativo do texto a ser interpretado; além disso, serviria de limite para os trabalhos de interpretação baseados nos demais elementos, já que não se deveria gerar como resultado

¹³¹ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 136-137.

¹³² Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 108. ROBERT ALEXY, acerca do tema, relata a doutrina de H. J. WOLFF, que fala de interpretações filológicas, comparativa e genética ao lado das conhecidas interpretações histórica, teleológica lógica e sistemática, enquanto KARL LARENZ reorganiza os elementos tradicionais, mencionando cinco critérios de interpretação: (i) o sentido literal; (ii) o significado da lei segundo o contexto; (iii) as intenções normativas do legislador histórico; (iv) os critérios objetivo-teleológicos; e (v) o mandamento de interpretação conforme a Constituição (cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 20-21). Também foi proposta a combinação dos elementos lógico e sistemático, surgindo a interpretação lógico-sistemática, em busca da coerência interna do preceito, à luz da sua localização topográfica e das suas relações com os demais, e também se ressaltou a importância do resultado interpretativo, tendo em conta que, por ser o direito uma parte da cultura, deve-se perseguir o ajuste da lei com as exigências da vida em sociedade (cf. ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 137).

¹³³ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 362.

¹³⁴ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 62.

algo alheio ao sentido linguístico possível do objeto da aplicação¹³⁵. São, portanto, óbices à análise do elemento gramatical: “*a variação do sentido das palavras em diversas regiões de um Estado; a variação no entendimento acerca de um vocábulo conforme o tempo; e, uma das mais polêmicas, que pode ser resumida na questão ‘quando um texto deve ser interpretado com base em seu sentido ordinário e quando, ao contrário, com base em seu sentido técnico?’*”, a qual, no direito tributário, aprofunda-se em decorrência da dúvida entre a escolha de um sentido técnico estritamente jurídico ou de um sentido econômico da norma tributária¹³⁶.

A interpretação sistemática diz respeito ao exame de dispositivo interpretando nas suas conexões com os outros, permitindo a busca de “*unidade e coerência do ordenamento jurídico*” e, por consequência, acaba absorvendo o elemento lógico. Note-se que essa coerência lógico-sistemática só será obtida se uma norma for cotejada com a multiplicidade das suas referências no sistema jurídico global¹³⁷, o que revela que implementar essa interpretação não é tarefa tão simples quanto possa parecer inicialmente¹³⁸.

Ressalte-se que a realização de conexões de sentido entre diferentes regras se faz em boa parte segundo critérios teleológicos, uma vez que as regras se complementam com outras para preencher certos fins. Isso explica por que a interpretação sistemática não poderia ser nitidamente separada, na prática, da teleológica¹³⁹.

Da mesma forma, a interpretação teleológica relaciona-se à pesquisa dos fins e da *ratio legis* do texto interpretando, “*em função da própria razão-de-ser ou do seu objectivo prático*”¹⁴⁰. Ela também constitui não um método simples, mas pluridimensional, já que “o

¹³⁵ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 138-139.

¹³⁶ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 63.

¹³⁷ Ibidem, p. 69. Nesse ponto, ARRUDA DE ANDRADE adverte ser somente após a conjugação de diversos dispositivos, que permitam formular uma previsão e sua consequência, possível identificarem-se os traços para a construção de um modelo abstrato de imputação deôntica (ibidem, loc. cit.).

¹³⁸ Cf. ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 139-140.

¹³⁹ Ibidem, p. 140-141.

¹⁴⁰ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 364.

conceito de fim é elástico e plurissignificativo”¹⁴¹. Trata-se de uma técnica que não prescinde de complementação, mesmo porque, como ensina TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., ela parte da premissa de que “*sempre é possível atribuir-se um propósito às normas*”, mas “*isto nem sempre é claro e muitas vezes nos levaria a perplexidades*”¹⁴².

Por sua vez, a interpretação histórica justifica analisar trabalhos preparatórios de um diploma normativo, da circunstância social em que ele surgiu, da história do direito, dos antecedentes normativos e da história do instituto jurídico envolvido¹⁴³; contudo, não poderia ater-se a investigar o aparecimento do preceito fundada em considerações acerca de modelos contidos em outras leis ou no direito consuetudinário, nem só investigar as causas políticas, econômicas e ideológicas das disposições legais.

Segundo ENGISCH, a interpretação histórica deveria consistir em um mergulho profundo no “espírito do legislador” e na situação jurídica existente no momento da promulgação da lei, a fim de descobrir os fundamentos histórico-culturais do preceito, o significado da tradição e o próprio objetivo pretendido pelo legislador; por isso, ela também se relaciona com a interpretação teleológica¹⁴⁴.

Logo, o formalismo silogístico é inadequado à resolução dos entraves das sociedades complexas e democráticas atuais, pois limita intelectualmente a aplicação judicial do direito, sendo incapaz de responder às exigências sociais¹⁴⁵. LARENZ é enfático ao dizer que ninguém mais pode afirmar com seriedade que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas¹⁴⁶. Também

¹⁴¹ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico* p. 141-142. No que tange ao pluralismo significativo, veja-se que, por fim, pode-se entender desde o efeito concreto e real da norma no plano da realidade até escopos ideais, com carga valorativa, como princípios éticos, postulados de justiça, igualdade, políticos ou ideológicos; desde interesses isolados ou bens jurídicos singulares à opção valorativa por um dos interesses opostos em conflitos complexos; desde o fim histórico visado pelo legislador, à intenção normativa que pressupõe um legislador razoável (cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 365).

¹⁴² Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 292.

¹⁴³ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 138/140-147; NEVES, A. Castanheira. *Interpretação jurídica*. In: NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 363.

¹⁴⁴ Cf. ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 143-144.

¹⁴⁵ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 3. ed., p. 213.

¹⁴⁶ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 138-161.

ROBERT ALEXY mostra que essa conclusão é um dos poucos assuntos em que há consenso entre os juristas no que se refere à metodologia hermenêutica contemporânea¹⁴⁷.

Saliente-se, todavia, que não restou segura a hierarquização dos critérios de interpretação pela teoria jurídica interpretativa¹⁴⁸. Para ENGISCH, SAVIGNY se omitiu dessa formulação¹⁴⁹, pois anunciou não ser possível que os elementos de interpretação não fossem escolhidos ao arbítrio do intérprete, por se tratar de atividades que deveriam ser realizadas conjuntamente. A falta de hierarquia enseja o seguinte questionamento – ainda não respondido – sobre como os elementos interpretativos se relacionariam¹⁵⁰ em face da possibilidade de os diferentes métodos conduzirem a resultados distintos, contraditórios ou ambíguos¹⁵¹.

A ausência de uma “*meta-regra ordenadora da aplicação, em cada caso, de cada um deles*”¹⁵² permite afirmar que o intérprete simplesmente prefere uma espécie de interpretação no caso concreto, de maneira arbitrária, a fim de alcançar os resultados pretendidos satisfatórios¹⁵³. Destarte, os métodos funcionariam como recursos argumentativos disponíveis aos intérpretes – que nem sequer seriam obrigados a utilizá-los – para justificar uma decisão preconcebida¹⁵⁴.

¹⁴⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, p. 19.

¹⁴⁸ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 145-148; ALEXY, Robert. Op. cit., p. 21-23.

¹⁴⁹ Cf. ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 145. Já FRIEDRICH MÜLLER destaca: “*O tradicional pensamento sobre o método não logrou estabelecer uma seqüência hierárquica ou qualquer outra relação uniforme reconhecível entre os cânones. Esse fracasso foi necessário. A obrigatoriedade normativa não cabe a recursos metódicos auxiliares. Diante desse estado de coisas, todas as tentativas de estabelecer a partir da ‘natureza da coisa’ pontos de apoio sólidos na práxis, com vistas ao caso de resultados parciais contraditórios, se viram obrigados a capitular. Nesse sentido, a determinação por Savigny dos por ele desenvolvidos aspectos gramatical, lógico, histórico e sistemático enquanto meros ‘elementos’ da interpretação acerta hoje como no passado no cerne do problema*” (cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Renovar, 2005. p. 90-91).

¹⁵⁰ Cf. NEVES, Antonio Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 366.

¹⁵¹ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 21; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 113.

¹⁵² Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 109.

¹⁵³ Isso não é negado pela história dos métodos de interpretação, pois a Escola Histórica preferiu o elemento histórico; a Jurisprudência dos Interesses, como será visto, focou-se no elemento teleológico, ao passo que na atualidade os operadores do direito penal são chamados mais a uma interpretação literal da lei (cf. ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 146-147).

¹⁵⁴ Cf. GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 108-109.

Notável parcela da doutrina hodierna conclui que a prevalência de um ou outro elemento depende mais da sua força argumentativa à luz do caso concreto por decidir do que de uma função da definição abstrata de critérios hierárquicos¹⁵⁵. A levar às últimas consequências o ceticismo no tocante à metodologia de interpretação, os adeptos da chamada “Escola do Direito Livre” entenderam ser a fundamentação das decisões arbitrariamente elaborada¹⁵⁶, concepção que transportaria a discussão para o campo da Tópica – técnica de pensar por problemas e não por sistema – e da teoria da argumentação, como será visto adiante.

1.2.2 A Crise da Concepção Clássica de Constituição

As Constituições elaboradas sob a égide do positivismo clássico, liberalismo, constitucionalismo e das revoluções burguesas, entre o final do século XVIII e o início do século XIX, também não resistiram às transformações sociais. Na época, a Constituição era tida como uma carta de liberdade ou pacto de poder, ligando-se a um sistema de garantia de liberdades, à divisão de poderes e à forma escrita. Correspondia, em síntese, ao ideal de Estado de Direito da burguesia¹⁵⁷.

Diante da realidade do Estado Social, a visão liberal começa a ceder perante a concepção democrática do Estado Constitucional, embora as noções de núcleo de garantias – os direitos fundamentais – e de limitação jurídica do poder estatal sejam preservadas. A partir do século XX, as Constituições elaboradas sob a visão liberal tornam-se diplomas formais e obsoletos. A metodologia formalista-positivista de interpretação, aplicada sem qualquer reserva até então no âmbito do direito constitucional, começou a ser questionada, em face de sua insuficiência para atender às exigências sociais dos novos tempos¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 488; NEVES, Antonio Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 366.

¹⁵⁶ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 145.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 61.

¹⁵⁸ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 172.

Com efeito, a crise começa diante do desencontro entre o texto escrito e o plano dos fatos. Assim, emerge o problema da mutação constitucional¹⁵⁹, inexplicável para o positivismo tradicional. Isso porque ele limitava-se a considerar as variações constitucionais introduzidas pela alteração formal do texto, concebendo a sociedade em oposição ao Estado e separando as duas realidades.

Desse ponto de vista, a Constituição é reduzida a uma classificação legalista, sendo definida como lei técnica da organização do poder e de exteriorização formal de direitos. Sob a inspiração liberal, o foco permanece no sentido formal e na rigidez da Constituição, que adquire caráter formalista, fechado e indiferente à realidade que ela própria organiza juridicamente. Por consequência, os preceitos constitucionais só versariam sobre os órgãos superiores do Estado, sua formação, suas competências e relações recíprocas, bem como o seu sentido formal coincidiria com seu sentido material, em face da crença de que a sociedade ou a realidade do Estado Constitucional poderiam ser regidos inteiramente por normas jurídicas.

Pelas razões apontadas, prevalece uma espécie de metodologia interpretativa fundada no construtivismo positivista, de cunho neutro e apolítico, consistente em conferir um poder ilimitado ao legislador para dispor sobre o direito. Dada a ênfase somente no aspecto rígido e estático da Constituição, só se admitia a sua mudança no seu sentido formal, enquanto ato que modifica o texto desse ordenamento conforme um rito predeterminado, negando-se a atuação do seu espírito, de natureza “dinâmica e flexível”¹⁶⁰.

Em síntese, defendia-se que somente o legislador constituinte poderia modificar a Constituição, sendo limitado ao intérprete aplicar o direito de forma lógica e silogística, pois era inaceitável ato interpretativo criador ou interpretação capaz de alterar a Constituição.

¹⁵⁹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 8. reimpr. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1.228-1.229. Segundo CANOTILHO, mutação constitucional designa as alterações constitucionais operadas pela via interpretativa, e não pela via formal de revisão do texto constitucional (ibidem).

¹⁶⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 173.

Para Kelsen, o maior ícone do formalismo normológico, o Estado, na sua essência, era uma ordem jurídica e, nessa qualidade, funda sua validade na Norma Fundamental (*Grundnorm*), a qual produziria e legitimaria todo o sistema jurídico, sendo ponto de referência e legitimidade de todo o sistema hierarquizado abaixo dela¹⁶¹.

Ao se entender válido qualquer conteúdo constitucional, desde que observado o procedimento cabível, os conceitos de legalidade e legitimidade coincidem. Desse modo, tornava-se legítimo qualquer ordenamento jurídico soberano, independentemente do seu conteúdo, pois o poder constituinte (originário e derivado) e a modificação constitucional formal não sofriam nenhum tipo de limitação material¹⁶².

Esse posicionamento conduziu o Estado de Direito clássico ao colapso, uma vez que suas premissas não puderam deter as atrocidades cometidas por ADOLF HITLER. A falta de preocupação valorativa com a Constituição e a tarefa interpretativa torna-se, então, motivo de pesadas críticas pelos antiformalistas.

Nesse sentido, CARL SCHMITT propõe demonstrar a substância da Constituição. Para tanto, parte da afirmação de que, antes de toda normatividade, há a decisão política fundamental do titular do poder constituinte¹⁶³. Para o autor, a Constituição é uma decisão fundamental sobre formas políticas que traduzem a substância constitucional – como o regime, a forma de governo ou a forma de Estado. Com isso, ela assume sentido político absoluto, pelo que sua existência não poderia ficar limitada a uma lei ou norma¹⁶⁴. A partir daí o teórico distingue a Constituição da lei constitucional, que serviu para que ele fixasse o sentido de Constituição¹⁶⁵.

Na acepção positiva, Constituição é produto do ato do poder constituinte, representando a capacidade do Estado de introduzir novas formas fundamentais de organização. Já a leis

¹⁶¹ Cf. Kelsen, Hans. *Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1920, p. 45, 93 e ss. In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 174.

¹⁶² Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 175.

¹⁶³ Ibidem, p. 176.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 104.

¹⁶⁵ Cf. SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Reimp. Berlin: Neukoeln, 1954. p. 20. In: BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 104-105.

constitucionais pressuporiam a Constituição e passariam a ter validade em razão dela, mas antes e acima dessas leis estariam os valores existenciais da Constituição, que exprimiriam uma unidade essencial de existência, integridade e segurança conformada pela decisão política fundamental.

Nesse diapasão, SCHMITT mostra ser a Constituição uma decisão conjunta e fundamental sobre a forma de unidade do povo, impassível de redução a um feixe de leis constitucionais isoladas. Assim, a Constituição seria intangível, ao passo que as leis da Constituição poderiam ser suspensas ou invalidadas em regimes excepcionais, como no estado de exceção¹⁶⁶. Fundam-se, assim, as bases para a formulação da teoria constitucional de índole material.

Como assevera BONAVIDES, no pensamento apresentado, a Constituição é tomada como unidade política, caracterizando-se pelo seu valor existencial, de modo que a decisão política prévia é a base de toda regulamentação ordinária e constitucional¹⁶⁷. Já o poder constituinte é concebido como vontade política dotada de poder para tomar decisão concreta geral sobre o modo e a forma da própria existência política, sendo unitário e indivisível, e fundamenta os demais poderes¹⁶⁸. Alcança-se, com isso, uma liberdade total da nação de autodeterminar sua existência, estando o poder constituinte insubordinado a qualquer limitação prévia de procedimento, já que encarta a vontade onipotente, anterior e superior a toda normatização.

Com essas considerações, SCHMITT contrapõe ao culto à norma de Kelsen o culto ao fato, ressaltando o político sobre o jurídico, a esfera política sobre a normativa¹⁶⁹. Apesar disso, o estudioso aceita terem as leis constitucionais um aspecto jurídico-formal em razão de formalismo ou rigidez que dificulta a mudança delas, diferentemente de Kelsen, que,

¹⁶⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 177.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 176.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 177.

¹⁶⁹ Cf. SCHMITT, Carl. SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, p. 119. In: BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 104.

como lembrou BONAVIDES, purificou o direito dos elementos materiais, estabelecendo um formalismo extremo¹⁷⁰.

Consoante destaca BONAVIDES, mesmo se situando em extremos opostos, Kelsen, com a norma e a teoria normativa, e Schmitt, com o decisionismo e a teoria material da Constituição, ambos dissolvem a Constituição como fundamento axiológico de um Estado de Direito¹⁷¹. Nessa conjuntura, Rudolf Smend contribui para a teoria material da Constituição, decorrente das suas reflexões sobre a necessidade de introduzir o método científico-espiritual em substituição à análise meramente jurídica na teoria constitucional¹⁷².

1.2.3 A Teoria Constitucional de Rudolf Smend e a Abertura da Constituição para Novas Possibilidades Interpretativas

Na obra *Verfassung und Verfassungsrecht*, datada de 1928, Smend apresenta concepção cultural-dialética de Constituição, formulando o método integrativo ou científico-espiritual de hermenêutica constitucional, que representa a tentativa de superar a oposição entre norma e fato, com foco na dualidade estática-dinâmica na teoria do Estado.

Smend rejeita o decisionismo de Schmitt, pois não teria condições de examinar o caráter dinâmico da sociedade à luz da historicidade e da integração, além de criticar Kelsen, ao reconhecer que ele, ao negar que o Estado seja um elemento da realidade ou uma realidade social, desenvolvia um modo de pensar embasado no ceticismo ético e no agnosticismo teórico que conduziria a uma adoração apolítica do poder¹⁷³. Ao pensar em uma teoria do direito e do Estado fecunda, Smend defende uma reformulação metodológica do

¹⁷⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 105.

¹⁷¹ Ibidem, p. 177.

¹⁷² Cf. SMEND, Rudolf. *Constituzione e diritto costituzionale*. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè. 1988. p. 186 e ss. No mesmo sentido, ver BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 178.

¹⁷³ Cf. SMEND, Rudolf. Op. cit., p. 60-61.

formalismo jurídico, no aspecto dos seus componentes materiais, sociológicos e teleológicos, que seriam “*pressuposto e objeto de suas normas*”¹⁷⁴. Com isso, estabelece uma teoria material do Estado¹⁷⁵.

O teórico enxerga a realidade como um sistema de interação, ou seja, como uma “*relação dialética que se passa entre os momentos da vida espiritual*”, os quais só poderiam ser compreendidos a partir do todo¹⁷⁶. Apoiado-se nessa premissa, SMEND rejeita o Estado como um todo imóvel, concebendo-o como um ente que só existe por si enquanto suas expressões – leis, sentenças, atos administrativos – ativem uma “conexão espiritual” de modo global.

Para SMEND, o Estado só existe na medida em que se integra continuamente, pois se constrói nos e a partir dos indivíduos – processo esse marcado pela renovação constante e que permitiria ao Estado desenvolver-se de modo análogo a um “*plebiscito que se renova a cada dia*”, na forma de eleições, debates parlamentares, referendos, cerimônias políticas, festas nacionais etc.¹⁷⁷.

Logo, segundo a doutrina de SMEND, o Estado seria uma forma de cultura e “*uma realidade somente enquanto realização de sentido*”, não podendo ser justificado por uma

¹⁷⁴ Cf. SMEND, Rudolf. *Constituzione e diritto costituzionale*, p. 63.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 64-65/157. Por isso, refutam-se também as antinomias entre indivíduo e comunidade, indivíduo e Estado e entre individualismo e coletivismo e o pensamento mecanicista, ou seja, a visão da Constituição como um aparato técnico que se presta a determinados escopos, e a substancialização da Constituição, isto é, sua equiparação ao Estado. Isso porque, para SMEND, as coletividades são a configuração unitária das experiências de sentido vividas pelos indivíduos (*Sinnerlebnisse*), que, em vez de serem o produto, seriam a essência necessária delas, o que caracterizaria um entrelaçamento recíproco de vida individual e superindividual (*sozialverschränkt*) (ibidem, loc. cit.). Logo, o teórico preceitua que o mundo espiritual só poderia ser compreendido em sua inteireza “*como uma configuração dialética, cuja dissolução em relações e interações foi tentada, em vão, pela sociologia dominante.*” (ibidem, p. 66).

¹⁷⁶ Ibidem, p. 69-70. Como partes da realidade, as estruturas espirituais coletivas não seriam substância de uma existência estática, mas constituiriam a unidade de sentido da vida espiritual, consistindo em uma conquista espiritual permanente e no seu desenvolvimento (ibidem, p. 75).

¹⁷⁷ Ibidem, p. 93-102. É nesse processo que SMEND identifica a essência de realidade social espiritual do Estado, cujo âmago consistiria na união soberana de vontade e na constante integração dele com a realidade (ibidem, p. 76-78).

referência teleológica para fins estranhos a ele¹⁷⁸, mas devendo ser entendido como um conjunto de valores e uma conexão permanente de experiências¹⁷⁹.

Da perspectiva de BONAVIDES, SMEND imputa-se o desafio de explicar a força normativa do fático sem se vincular a dualismos¹⁸⁰ e, com esse objetivo, propõe um método de interpretação constitucional fundado na visão da Constituição como o ordenamento jurídico do Estado e como normatização dos aspectos singulares do seu processo de integração (*gesetzliche Normierung*), porquanto, como direito positivo, a Constituição é não apenas norma, mas também realidade integrativa¹⁸¹.

Nesse sentido, a Constituição é conceituada como a ordem jurídica do Estado – assim entendido como processo de integração –, sendo vista também como uma realidade integrante¹⁸², por ser composta de diferentes fatores integrativos com distintos graus de legitimidade, consubstanciando valores supremos do ordenamento estatal, *e.g.*, os direitos humanos, o preâmbulo e a forma de Estado¹⁸³.

Ressalta BONAVIDES que, na perspectiva dialético-cultural de SMEND, a Constituição não se restringe a uma estrutura de sentido normativa ideal, mas assenta uma concepção dinâmica, em que é não apenas norma, mas realidade, e o processo de integração transcorreria no seu bojo, extraíndo-se sua força integrativa da sua totalidade espiritual¹⁸⁴.

¹⁷⁸ Cf. SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*, p. 100-101. Para SMEND, o complexo dos escopos ou das tarefas de um Estado representaria só “*um setor da totalidade da cultura ('Kulturrganzen')*” (ibidem, loc. cit.). Como comenta BONAVIDES, isso se explica na medida em que se leva em conta que SMEND vê a Constituição como uma unidade de sentido que deve ser compreendida não pela apresentação de um “catálogo de competências” ou por uma “análise jurídico-formal” das relações entre os órgãos entre si, mas “*pelas suas tarefas constitucionais de integração*” (cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 480).

¹⁷⁹ Cf. SMEND, Rudolf. Op. cit., p. 100-102.

¹⁸⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 179.

¹⁸¹ Cf. SMEND, Rudolf. Op. cit., p. 150. Nessa linha, a realidade não se esgotaria em um “momento estático”, mas seria “*constantemente reproduzida pela vida constitucional em contínua renovação*”, na base do constituir-se (*Konstituierung*) e do integrar-se (*Integrierung*) do grupo, conformando uma experiência real de vida, um processo unitário que penetraria a todos e se renovaria a cada instante juntamente com a força de integração (ibidem, p. 153-154).

¹⁸² Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 178-179.

¹⁸³ Cf. SMEND, Rudolf. Op. cit., p. 180.

¹⁸⁴ Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 477- 478.

Logo, a Constituição não seria uma regra dada e permanente, mas, sim, revestir-se-ia de forma de produção e da constante renovação da comunidade que a instituiu¹⁸⁵, assentando SMEND que as Constituições mudam ou tendem a mudar na medida em que forças extraconstitucionais introduzem novos fatores na sua vida, cujo papel seria concretizar sua função integrativa¹⁸⁶.

Assim, o dever-ser constitucional é entendido como conexão ideal de sentido condicionada pelo ser (realidade), recebendo dele o seu significado social, pois a realidade política passaria a pertencer ao direito constitucional¹⁸⁷; com isso, o sistema constitucional se completaria e transformaria na medida em que a Constituição se convertesse em vida política, exigindo uma interpretação especialmente flexível¹⁸⁸.

Na concepção de SMEND, portanto, somente uma interpretação flexível da Constituição, distinta das demais interpretações jurídicas ordinárias – menos maleáveis –, seria compatível com seu processo integrativo¹⁸⁹. Por consequência, como observa BONAVIDES, o teórico refuta a técnica interpretativa formalista, sustentando que os institutos sejam compreendidos dentro da conexidade que guardam com o universo expresso pela Constituição, não se ignorando fatores extraconstitucionais – como faziam os positivistas clássicos –, mas erigindo-os a um lugar de suma importância no contexto da “*operação integrativa da Constituição*”¹⁹⁰, que passa pela consideração de que a norma constitucional, ao ser aplicada, consubstancia-se em um momento do “*processo da totalidade funcional da integração*”¹⁹¹.

A se considerar que a Constituição regeria uma realidade de vida, com um caráter político inerente a seu objeto¹⁹², nenhum aspecto dela seria compreensível de maneira isolada, motivo pelo qual ela teria de ser interpretada globalmente, em vista dos seus aspectos

¹⁸⁵ Cf. SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*, p. 153-154.

¹⁸⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 179.

¹⁸⁷ Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, p. 64.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 63.

¹⁸⁹ Cf. SMEND, Rudolf. Op. cit., p. 151.

¹⁹⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 479-480.

¹⁹¹ Cf. SMEND, Rudolf. Op. cit., p. 217.

¹⁹² Ibidem, p. 216.

materiais e teleológicos, bem como da realidade, da concretude da existência. Há, portanto, um forte traço sistêmico e espiritualista na doutrina de SMEND¹⁹³.

Conclui-se que há uma visão mais alargada do espírito da Constituição, permitindo-se que o texto constitucional seja lido em diversos sentidos, conforme as circunstâncias históricas. Com essa flexibilidade da interpretação, a Constituição poderia adaptar-se às realidades sociais, adquirindo uma maleabilidade maior. A teoria constitucional integrativa ou científico-espiritual marca, assim, o início das pesquisas direcionadas especificamente à interpretação da Constituição, já que o direito constitucional, até meados do século XX, era “*um direito sem interpretação*”¹⁹⁴. Foi essa teoria a primeira a alargar as possibilidades interpretativas da Constituição.

Como observa, em tom crítico, BONAVIDES, SMEND afirmou, por um lado, a importância da mudança constitucional verificada fora dos processos formais explícitos e técnicos da reforma da Constituição (mutação constitucional), mas, por outro, propôs uma metodologia mais política que jurídica, motivo pelo qual sofreu censuras que indicavam a subestimação, em sua teoria, do momento propriamente normativo da realidade estatal, ao excluir o direito do círculo dos fatores de integração estatal e considerar a justiça e a legislação como corpos estranhos à Constituição¹⁹⁵.

De todo modo, SMEND, assim como SCHMITT, recusou o normativismo constitucional puro kelseniano, desenvolvendo uma teoria material da Constituição que veio a se consolidar na Alemanha com o trabalho dos constitucionalistas da Tópica, influenciados por THEODOR VIEHWEG e JOSEF ESSER¹⁹⁶.

¹⁹³ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 478.

¹⁹⁴ Cf. SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*, p. 212-222. No mesmo sentido, ver BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 479/595.

¹⁹⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 180.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 477-498.

1.3 A Superação do Positivismo Jurídico Clássico

1.3.1 A Escola do Direito Livre (*Freirechtsschule*)

O movimento do Direito Livre é uma corrente de pensamento jurídico de raízes alemãs que se insere em um “*global movimento metodológico reformador*”, chamado de “modernismo jurídico”¹⁹⁷, responsável pela crítica ao pensamento jurídico dominante à época. A Escola repercutiu no início do século XX – entre 1900 e 1930, basicamente –, tendo por objeto o reconhecimento de um direito livre, ou seja, constituído independentemente do direito imposto pelo legislador.

O direito era tido como não legal, possuindo tanto o caráter de um direito vivo, espontâneo ou consuetudinário, inerente à vida real da sociedade ou à natureza das coisas, como também a feição de um direito natural, decorrente da criação dos juristas e, principalmente, do juiz, por meio do uso de critérios normativos extralegais ou até mediante apelo à sua convicção de justiça¹⁹⁸. Portanto, ao lado do direito legislado e com a mesma importância, existiria um direito criado pela jurisprudência e pela ciência do direito.

O direito passou a ser visto como um “produto da vontade”, pois o que determinaria a interpretação – extensiva, analógica, restritiva ou literal – não seria a lei ou a lógica, mas o direito livre e a vontade de chegar a uma decisão conhecida antecipadamente¹⁹⁹. Substituíam-se o primado da lei pelo primado da vontade, motivada por uma intuição axiológica ou concreta do justo, pela consciência ou pelo sentimento do direito (*Rechtsgefühl*), a se somar com a razão prática²⁰⁰, ou seja, com as exigências de utilidade

¹⁹⁷ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 217.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 193-194.

¹⁹⁹ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 80. Essa vontade seria um motor, enquanto a lógica seria aparente, prestando-se ao serviço do interesse, de modo que a ciência jurídica se afeiçoasse às ciências do espírito, entrando na fase voluntarista (ibidem, loc. cit.).

²⁰⁰ Cf. NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 197. Entendia-se o direito como pertencente à esfera axiológico-normativa e prático-emocional ou, em suma, à razão prática, e não teórica, já que a decisão jurídica concreta implicaria avaliações práticas, atos volitivos e emissão de juízos de valor, razão por que o direito se relacionaria com a realidade social e os problemas jurídicos deveriam ser resolvidos em atenção às exigências desta (ibidem, loc. cit.).

prática da decisão, com o objetivo de obter o resultado mais razoável, justo ou equitativo²⁰¹.

Sustentava-se a criação livre do direito – ou seja, o direito criado de forma independente da lei – e a liberdade do jurista na busca do direito, defendendo-se a ideia de que a codificação mais minuciosa não eliminaria uma margem de decisão pessoal responsável. Distinguiam-se, conseqüentemente, direito e lei, e se admitia a existência de lacunas e de fontes extralegis, até como meio de justificar a necessidade do direito livre, recusando-se as premissas básicas do positivismo legalista²⁰² e os padrões hermenêuticos tradicionais. Verifica-se também uma profusão de elementos fáticos e axiológicos no raciocínio sobre o conteúdo, a validade e o sentido das normas jurídicas²⁰³.

O precursor do Movimento do Direito Livre foi OSKAR VON BÜLOW, com a obra *Gesetz und Richteramt*, de 1885, na qual defendia que a decisão judicial é não só a aplicação de uma norma pronta, mas também atividade criadora do direito. Dessa forma, cada litígio colocaria um problema jurídico particular cuja solução não decorreria com absoluta segurança ou lógica das determinações legais, pois as leis ocultariam uma pluralidade de significações dentre as quais o juiz escolheria a que lhe parecesse mais justa²⁰⁴.

Apesar de a teoria não especificar por quais critérios essa escolha seria feita, a contribuição de BÜLOW, no sentido de fixar que a decisão judicial é uma atividade criadora dirigida pelo conhecimento, é digna de reconhecimento, segundo opina LARENZ²⁰⁵.

HERMANN ISAY, por sua vez, como assenta LARENZ, caracteriza a decisão judicial como um querer que se baseia em um sentir de valores. Para ele, o valor da justiça não é apreensível pela razão e, sendo a decisão voltada à justiça, ela teria de ser irracional, ou

²⁰¹ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 199.

²⁰² Ibidem, p. 196.

²⁰³ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 432.

²⁰⁴ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 78.

²⁰⁵ Ibidem, p. 79.

seja, produzida pelo sentimento jurídico, embora a decisão esteja sujeita ao controle das normas, podendo ser retificada com base nelas²⁰⁶.

O sentimento aludido seria referente a um processo psíquico que estaria subjacente a uma valoração e se expressaria na forma de aprovação ou discordância de foro interno acerca da decisão emitida²⁰⁷. Destarte, ele anteciparia o encontro da decisão ou do resultado sustentável, a ser posteriormente comprovado por ponderações metodicamente conduzidas. Trata-se, porém, de um sentimento individual e, sendo assim, não há dúvida de que será impossível alguém afirmar que o seu sentimento é mais infalível do que o de outrem.

Nessa concepção, a lei possuía apenas o papel de conferir racionalidade normativa à decisão, funcionando como um expediente complementar, elemento de justificação ou de controle *a posteriori* sobre a intuição e a vontade, com o propósito de preencher uma exigência de objetividade²⁰⁸. Portanto, reconhecia-se a legitimidade da decisão *contra legem*, ainda que dentro de certos limites, facultando-se ao juiz prescindir da lei para, no extremo, seguir o direito livre (i) se ela não lhe oferecesse uma solução indubitável; (ii) quando a solução enunciada na lei não pudesse ter sido prevista pelo legislador ao seu tempo; (iii) em casos complexos ou muito duvidosos quantitativamente, e nos casos em que o cumprimento da norma legal significasse uma “*lesão especialmente grave do sentimento do direito*”²⁰⁹.

A Escola do Direito Livre teve como mérito evidenciar o problema das lacunas das leis, rejeitar a confusão entre direito e lei, e se importar com o momento da decisão do caso concreto, atentando para a participação de fatores não estritamente lógico-formais – axiológicos, teleológicos, emocionais etc. – no juízo jurídico. Ela assentava que o julgamento exige não só uma dedução lógica – conclusão subsuntiva –, mas trouxe a tona

²⁰⁶ Cf. ISAY, Hermann. *Rechtsnorm und Entscheidung*. 1929. p. 56. In: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 80-81.

²⁰⁷ Cf. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 169.

²⁰⁸ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 199.

²⁰⁹ Ibidem, p. 199-200.

também o elemento fático e as exigências éticas, em face das insuficiências do normativismo abstrato da jurisprudência dos conceitos²¹⁰.

Referida Escola, todavia, conduzia ao arbítrio e subjetivismo das decisões, praticado pelos juízes, por sustentar que o processo de aplicação do direito seria manifestação de vontade ou expressão do sentimento jurídico, e não um processo de conhecimento²¹¹. Em decorrência disso, ela não chega a repensar a racionalidade do pensamento jurídico, motivo pelo qual não conseguiu propor uma metodologia jurídica que considerasse a lei, mas que a colocasse no seu lugar.

1.3.2 A Jurisprudência dos Interesses (Interessenjurisprudenz)

Trata-se de uma corrente da metodologia jurídica que se estabeleceu a partir do século XX, guiando o pensamento jurídico europeu a uma intenção prático-teleológica, em razão da tentativa de superar as orientações estritamente lógico-exegéticas da Escola da Exegese e a perspectiva sistemático-conceitual da Jurisprudência dos Conceitos²¹². A Jurisprudência dos Interesses é uma das contracorrentes que surgiram diante do descontentamento de vários juristas “*com a clivagem criada entre o que se chamou de realidade (razão prática) e a teoria jurídica proposta pela escola conceitual*”²¹³, separação esta que acarretou um formalismo e um idealismo persistente por muitos anos com influência generalizada²¹⁴.

²¹⁰ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 430.

²¹¹ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 81.

²¹² Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 215.

²¹³ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 53.

²¹⁴ Cf. NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 219. Sem prejuízo da sua identidade própria, a Jurisprudência dos Interesses, o movimento do Direito Livre e outras correntes têm em comum o repúdio do intelectualismo jurídico dogmático, formalista e lógico-dedutivo que serviu a um direito voltado à preservação de um sistema geral e abstrato de legalidade, correspondente às exigências de uma sociedade liberal, e a promover a segurança jurídica pela definição das condições formais e gerais da ação, vindo a ser incompatível com uma sociedade industrial complexa, dinâmica e que passou a assumir uma preocupação social (ibidem, loc. cit.).

Assim como a Escola Livre do Direito, a Jurisprudência dos Interesses volta-se contra a Jurisprudência dos Conceitos e o construtivismo conceitual, também colocando “*a lei num campo de forças sociais, econômicas e culturais, cuja consideração é indispensável para tornar inteligível a sua função juridicamente ordenadora*”²¹⁵. Da mesma forma, reconhecia o caráter lacunoso do sistema legal e partia dessa premissa para fixar sua metodologia²¹⁶.

A Jurisprudência dos Interesses defendia a estrita objetividade na investigação do direito e se mantinha fiel ao postulado da obediência à lei²¹⁷, mas de perspectiva própria, sugerindo a transição de uma hermenêutica de intenção formalista para uma de caráter finalista²¹⁸. Logo, se a segurança jurídica era o valor primordial do direito-legalidade, assumia-se, paralelamente, uma intenção à justiça, no sentido de adequação material às necessidades da vida na concreta realização do direito, o que significava a exigência de que o valor da segurança se conciliasse com o valor da justiça²¹⁹.

Ressurgiu, assim, a preocupação com o justo e com os fundamentos constitutivos do direito, em face da reivindicação de ajustamento concreto-material das decisões jurídicas²²⁰. Desse modo, o direito deixava de ser compreendido como um sistema abstrato de normas aplicáveis apenas pela subsunção lógico-dedutiva para ser concebido como instrumento funcionalmente dirigido para a vida social²²¹.

²¹⁵ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 371. O que se passa, como relata ENGISCH, valendo-se das expressões de PHILIPP HECK, é que “*A dissensão trava-se em volta dos interesses, e não em torno da correção das determinações conceituais ou do desenvolvimento coerente de definições predeterminadas. O direito é, historicamente, produto de interesses*” (ibidem, loc. cit.).

²¹⁶ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 197.

²¹⁷ Ibidem, p. 198.

²¹⁸ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 54.

²¹⁹ Cf. NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 222.

²²⁰ Ibidem, p. 219.

²²¹ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. Op. cit., loc. cit. Há um questionamento do formalismo da escola conceitualista, em face da influência do cientifismo darwinista, que propugna o empirismo e o experimentalismo (aplicados nas ciências químicas e biológicas), em contraste com o formalismo epistemológico kantiano (próprio das ciências físicas e matemáticas e bastante influente no positivismo tradicional) e do contexto histórico de movimentos socialistas, notadamente operários, fazendo com que os postulados clássicos restem em desacordo com uma sociedade em transformação estrutural (ibidem, loc. cit.).

Nesse panorama, destacam-se RUDOLF VON JHERING e PHILIPP HECK. O primeiro abandona paulatinamente a Jurisprudência dos Conceitos para se filiar a uma jurisprudência que pode ser entendida como pragmática e teleológica; já o segundo formula o programa teórico da escola²²².

Como salienta CASTANHEIRA NEVES, JHERING, muda seu posicionamento, rompe com a jurisprudência construtivista e lógico-sistemática, resultante da evolução da Escola Histórica, e passa a rejeitar aquele “*culto do lógico que pensa converter a jurisprudência numa matemática do direito*”. A nova visão de JHERING sustenta que o direito nasceria de uma luta social de interesses – o que o levou a identificar o direito subjetivo como um interesse juridicamente protegido²²³.

Nessa linha de raciocínio, de um lado, a função do direito só poderia ser atingida em atenção aos seus fundamentos práticos, éticos, históricos e psicológicos e, de outro, sua determinante normativa residiria nos fins sociais, entendidos como necessidades e objetivos práticos a realizar. Com isso, o teórico deduziu que o fim seria o criador de todo o direito²²⁴.

Por sua vez, HECK estabeleceu seu próprio método interpretativo, sendo uma das características mais importantes da Jurisprudência dos Interesses a crítica da aplicação subsuntiva ou lógico-dedutiva do direito, que era substituída por uma compreensão prático-valorativa da decisão jurídica concreta, pois, nas palavras do teórico, “*o problema da obtenção do direito (Rechtsgewinnung) através da sentença judicial está no centro da metodologia jurídica*”²²⁵.

As preocupações metodológicas de HECK concentram-se na decisão concreta, no modo pelo qual o direito seria realizado e “*posto problematicamente em contato com a vida*

²²² Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 53-54.

²²³ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 216.

²²⁴ Cf. JHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. Trad. João Vasconcelos. 23. ed. São Paulo: Forense, 2004. No mesmo sentido, ver NEVES, A. Castanheira. Op. cit., loc. cit. Ainda segundo o autor, HECK sustenta que esse pensamento “*acentua a conexão do direito com os interesses da vida, acentua o fim no direito e põe no primeiro plano o elemento teleológico (Rechtsgewinnung)*” (ibidem, loc. cit.).

²²⁵ Cf. HECK, Philipp. *Das problem der rechtsgewinnung*. Rektoratsrede. Tubinga, 1912. p. 1. In: NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 198.

histórico-social”²²⁶. Compreendida essa dimensão prática – e não teórica – de aplicação do direito, o caso concreto surge em primeiro plano e, com isso, deixa de ser reduzido por uma abstração a categorias conceituais e ganham importância suas circunstâncias concretas. Nesse sentido, exclui-se a aplicação do “*silogismo judiciário e da subsunção e exige uma problemático-constitutiva realização normativa em concreto*”²²⁷.

Resulta que a intenção formalista cede espaço a uma intenção finalista²²⁸, deslocando-se o pensamento jurídico do plano lógico para o histórico, na medida em que se abandonava o entendimento do direito como entidade racionalmente autossustentada para compreendê-lo como uma função prático-normativa de realização histórica e, por isso, de contínua e sempre aberta renovação problemática.

Verificam-se, por consequência, uma unidade metodológica entre integração e interpretação e a convocação de critérios normativos extratextuais – interesses, fins, valores – como fatores decisivos da determinação do sentido das normas, do seu cumprimento²²⁹.

Logo, o princípio da obediência à lei não é negado, mas se compreende segundo a metodologia da “*perspectivação do direito pelos interesses*”²³⁰, ou seja, a lei não é mais vista só na ótica legalista como prescrição mandatória, tendo, ao lado da face imperativa (*Gebotsseite*), a face dos interesses (*Interessenseite*). Ela adquire, portanto, uma dimensão estrutural do jurídico e uma dimensão material, consistindo em um imperativo com conteúdo de decisão valoradora de um conflito de interesses²³¹. Para HECK, as leis resultariam de interesses materiais, nacionais, religiosos, éticos de cada comunidade, que

²²⁶ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 220.

²²⁷ Ibidem, p. 220-221.

²²⁸ Ibidem, p. 219-220. De acordo com essa metodologia, parte-se não mais – como no formalismo – da norma jurídica enunciada para se construir, por operações aparentemente lógicas, um sistema fechado de conceitos e princípios a subsidiar a decisão. O finalismo parte do sentido, da realidade, dos fins, das necessidades da vida social, espiritual e moral, modelando o direito para se ajustar a estes e para preencher suas lacunas – que não são negadas, recusando-se a pretensão de suficiência do legalismo codificado ou do direito legal e o caráter fechado do sistema positivo legal (ibidem, loc. cit.).

²²⁹ Ibidem, p. 221.

²³⁰ Ibidem, p. 224.

²³¹ Cf. HECK, Philipp. *Begriffsbildung und interessenjurisprudenz*. Tübinga, 1932. p. 72. In: NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 225-226.

se confrontariam entre si, lutando pelo reconhecimento, de modo que os interesses sociais não seriam só objeto de proteção das normas: elas próprias seriam resultantes ou produtos deles²³².

Com base nessas considerações, o direito teria por função apreender os interesses materiais e ideais dos homens e tutelá-los, na medida em que eles se apresentem como dignos de proteção. Porém, levando-se em conta que a proteção jurídica de um interesse pelo direito não raro também significa a preterição de outro interesse, todo comando jurídico dirimiria um conflito de interesses²³³, já que o legislador, ao procurar ordená-los, emitiria um juízo de valor sobre eles, indicando um ideal social a ser promovido²³⁴.

Baseado na premissa de que a Jurisprudência dos Interesses considera o direito como “tutela de interesses”, importa que os preceitos legislativos não visem somente delimitar interesses, mas sejam, eles próprios, produtos de interesses. Esse pressuposto leva à fixação, como exigência metodológica, do conhecimento com rigor histórico dos interesses reais que causaram a lei e a consideração deles em cada caso²³⁵.

Como pondera ENGISCH, os interesses preferidos ou, ao menos, também considerados na tutela jurídica, vindo a ser relevantes para o direito, “*tornam-se ‘causais’ para os imperativos jurídicos*”²³⁶. Isso significa que eles se tornam eficazes nos comandos legais propriamente, condensando o “querer jurídico” do Estado – assim, no momento da aplicação do direito legislado, na interpretação, no preenchimento das lacunas e na

²³² Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 224-225.

²³³ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 369. Segundo entendimento pretérito, o direito antepunha alguns interesses em face de outros, dirimindo conflitos de interesses por meio da ponderação dos interesses em conflito e do estabelecimento de um equilíbrio entre eles, o que conformaria a “teoria conflitual” (ibidem, loc. cit.). ENGISCH acrescenta, citando HECK, que “*‘A protecção (tutela) dos interesses [...] realiza-se [...] sempre num mundo repleto de interesses, no qual todos os bens são já pretendidos (cobiçados), pelo que essa protecção se realiza sempre (?) à custa de outros interesses’*” (ibidem, loc. cit.).

²³⁴ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 68.

²³⁵ Ibidem, p. 65-66.

²³⁶ Ibidem, p. 369-370.

correção da lei, esses interesses deverão ser investigados e efetivados exatamente de acordo com a vontade do legislador²³⁷.

Logo, a Jurisprudência dos Interesses construiu um método jurídico sobre dois postulados: a interpretação histórica e a elaboração integrante de novas normas, enquanto atos metodológicos distintos abstratamente, mas conectados.

Primeiro, tomando-se a lei interpretanda como uma decisão impositiva valoradora de um conflito de interesses, verificam-se seu conteúdo intencional e, ainda, os interesses que lhe teriam sido determinantes (interesses causais) por meio de uma investigação histórica (com uso dos trabalhos preparatórios), indo além do subjetivismo histórico, por estabelecer que a norma jurídica só seria compreendida se fosse reconhecida como o resultado de uma ponderação de interesses, tendo o legislador uma vontade normativa (e não psicológica)²³⁸. Segundo, dever-se-ia compreender o juízo de valor enunciado pelo legislador na norma a ser interpretada, pois se concebia que ela continha um juízo de valor sobre os interesses existentes na sua base²³⁹.

O juiz teria de decidir conflitos de interesses da mesma forma que o legislador, vinculado pelas valorações legislativas; estava obrigado a respeitar os juízos de valor legais, mas poderia criar novas normas para situações concretas ainda não reguladas ou então corrigir normas deficientes. Isso porque a aplicação do direito demandaria, paralelamente à investigação histórica do conteúdo das normas e à formação delas, uma elaboração

²³⁷ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 370. Essa imposição se explica em face do próprio reconhecimento do Estado legalista pela Escola, no qual o juiz não pondera os interesses da sua própria forma, estando vinculado às soluções dadas pelo legislador aos conflitos. Por força da fidelidade à lei, o juiz apenas concretizaria, no caso sob julgamento, as soluções legais fornecidas pela norma legal, resolvendo o conflito segundo o modo “intuído” pelo legislador. Igualmente, em caso de lacunas, o juiz deveria respeitar ao máximo a vontade do legislador, somente estando autorizado a proferir a decisão segundo sua própria apreciação dos interesses em situações excepcionais, a saber, diante de delegações discricionárias do legislador (quando o juiz poderia assumir o papel dele) ou diante da necessidade de correção de uma lei malformulada (quando procederia com o propósito de dar efetividade à verdadeira vontade do legislador) (ibidem, loc. cit.).

²³⁸ Ibidem, p. 66. O legislador, como pessoa, vem a ser substituído pelas forças sociais (que passam a ser denominadas “interesses”) que, pela mediação dele, prevaleceram na lei; em decorrência disso, o centro das atenções se desloca da decisão pessoal do legislador e da sua vontade entendida psicologicamente para os fatores causais motivantes. Essa é a razão pela qual HECK sustenta que a interpretação deve remontar aos interesses que foram causais para a lei, por sobre as concepções do legislador (ibidem, loc. cit.).

²³⁹ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 230-231.

valoradora complementar de normas. Desse modo, o juiz devia não uma obediência cega ao direito positivo, mas uma obediência pensante conforme os interesses²⁴⁰.

Diante da lacuna, a fim de conferir maior segurança jurídica, HECK sustenta que cabe ao intérprete renunciar às suas valorações pessoais em prol daquelas oriundas dos “*ideais e interesses vitais presentes na norma*”²⁴¹; contudo, se ele recusava a realização do direito como limitação à subsunção, também não defendia uma incondicional liberdade de juízo, sustentando antes um complementar juízo normativo vinculado ao sentido fundante das normas (*sinngemäß*)²⁴², de modo que a solução do caso concreto não ultrapassa o quadro geral da norma.

Como explica LARENZ, em face de uma lacuna na lei, HECK não defende “*uma derivação lógico-formal a partir de um conceito superior*”, mas que se proceda a uma “*formação valorativa do preceito*”, na qual o juiz leva em consideração os interesses em jogo para, sem se desviar dos princípios de valoração contidos na lei, avaliá-los autonomamente²⁴³. A atividade judicial não se restringiria a subsunções, cabendo ao juiz, igualmente, a função de ampliar as disposições legais em harmonia com os juízos de valor, sempre que essa tarefa fosse necessária para alcançar o fim almejado; porém, ele estaria vinculado aos juízos de valor do legislador, pois só quando estes não pudessem ser descobertos, o juiz poderia fazer uma “*valoração pessoal*”²⁴⁴.

²⁴⁰ HECK, consoante elucida CASTANHEIRA NEVES, não só assume que todas as leis seriam incompletas e até contraditórias quando confrontadas com a variedade dos problemas práticos, como também assenta que o legislador moderno era consciente dessa insuficiência, não esperando, por isso, que o juiz obedecesse literalmente à lei, e sim que prosseguisse “*de acordo com os interesses em causa, não meramente para subsumir factos sob imperativos legais [...] mas para dar protecção à totalidade dos interesses que o legislador julgou merecedores de protecção*” (cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 227).

²⁴¹ Cf. HECK, Philipp. *El problema de la creación del derecho*. Trad. Manuel Entenza. Granada: Comares, 1999. p. 32. In: ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 57.

²⁴² Cf. HECK, Phillip. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947. In: NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 224.

²⁴³ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 64.

²⁴⁴ Ibidem, p. 71. LARENZ também expõe a preocupação de HECK em mostrar que a Jurisprudência dos Interesses se opunha à Jurisprudência dos Conceitos. De acordo com HECK, enquanto a *Begriffjurisprudenz* limitaria o juiz à subsunção lógica da matéria de fato aos conceitos jurídicos, por conceber o ordenamento como um sistema fechado de conceitos, propagando o primado da lógica no trabalho jurídico-científico, a Jurisprudência dos Interesses tenderia, “*ao invés, para ‘o primado da indagação da vida e da valoração da vida’*”, colocando como objetivo final da atividade judicial “*‘a satisfação das necessidades da vida’*”, ou seja, a satisfação de “*apetências e tendências apetitivas*” (materiais ou ideais) presentes na comunidade

Inaugura-se, pois, uma metodologia que parte do reconhecimento da autonomia da comunidade jurídica da qual o legislador seria o legítimo representante e ao qual era devida obediência, procurando “*obter a concreta decisão jurídica valoradora por uma hemenêutico-racional mediação da norma jurídica*”²⁴⁵, já que a própria norma, ao mesmo tempo, determinaria os interesses relevantes para a decisão concreta e resguardaria um critério valorador, ou seja, um juízo de valor com o qual se haviam ponderado aqueles interesses.

Nessa linha de raciocínio, o juízo jurídico abrangeria uma valoração prático-normativa e a realização do direito não poderia se efetuar sem juízos de valor²⁴⁶, revelando-se a ciência do direito ou o pensamento jurídico uma ciência de caráter prático, pois lhe competiria concorrer para a obtenção de decisões jurídicas adequadas dos casos concretos²⁴⁷, sem prejuízo de ser qualificada igualmente como uma “investigação de valores”²⁴⁸.

Para HECK, o direito não é criado pelos conceitos, mas pelos interesses, pelos objetivos (práticos) prosseguidos²⁴⁹; por essa razão, ele considera que o erro da Jurisprudência dos Conceitos foi justamente inverter o método²⁵⁰, haja vista a pretensão de obter normas e deduzir soluções jurídicas a partir de conceitos elaborados pela apreensão prévia (aos casos concretos) de conteúdos jurídicos. Entretanto, só após a ponderação prática – que resolveria problemas normativos –, e nunca a partir dos conceitos, seria possível obter normas jurídicas²⁵¹.

jurídica, chamadas por HECK de interesses, os quais, portanto, não deveriam ser perdidos de vista na operação de formação de conceitos (cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 71). ENGISCH ilustra as diferentes soluções que uma e outra teoria dariam a um caso fictício na obra *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 371-376.

²⁴⁵ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 198.

²⁴⁶ Desse modo, admite-se que o direito pertenceria à esfera axiológico-normativa e prático-emocional, não lógico-intelectual e teórico-cognitiva. A lógica da atividade judicial pertenceria, então, à do pensamento emocional, pois seu ideal não seria a verdade, mas o valor dos resultados do pensamento para a vida ou os interesses (ibidem, p. 222-223).

²⁴⁷ Ibidem, p. 227.

²⁴⁸ Cf. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 72.

²⁴⁹ Cf. HECK, Phillip. *The jurisprudence of interests*. Col. Org. Magdalena Schoch. Massachusetts: Cambridge, 1948. p. 35. In: NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 224.

²⁵⁰ Cf. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 70. HECK, consoante salienta LARENZ, designa o método da Jurisprudência dos Conceitos como método da inversão (ibidem, loc. cit.).

²⁵¹ Cf. NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 228-229.

Assim, logra-se ultrapassar a separação entre a realidade social e o direito estabelecida pelo formalismo, por meio da construção interpretativa fundada em considerações que satisfariam os interesses envolvidos no conflito, saindo de um enfoque teórico para um eminentemente prático, a fim de viabilizar a construção de um pensamento jurídico centrado na “decisão concreta”²⁵². Em decorrência disso, houve “*uma primeira relativização da dicotomia entre interpretação e integração e a tentativa de conciliação da segurança jurídica*” por outras vias, “*não somente pela via da legalidade estrita*”²⁵³.

Na visão de CASTANHEIRA NEVES, a Jurisprudência dos Interesses superou definitivamente a Jurisprudência dos Conceitos, alcançando total sucesso na prática do direito privado, a ponto de afirmar que atualmente não se pode fazer uma reflexão metodológico-jurídica sem passar por ela, mesmo que para superá-la. E esse êxito, na sua opinião, deveu-se à forma como conciliou o princípio da obediência à lei com a exigência de uma “*juridicidade teleológica e prático-normativamente material*”²⁵⁴.

LARENZ observa que a Jurisprudência dos Interesses compreendeu que a intervenção do conhecimento na atividade interpretativa vai além da lógica, transcendendo o conceito positivista de ciência e, paralelamente, superou o Movimento do Direito Livre, pois pregou a investigação e apreciação dos interesses à luz dos critérios de valores ínsitos na lei, sem dar margem para o julgador se decidir guiado apenas pela sua vontade ou pelo seu sentimento²⁵⁵. O jurista destaca que a teoria, mesmo que não tenha ultrapassado os limites do positivismo, uma vez que convocou o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei para a resolução do *casu decidendo*, inclusive no preenchimento de lacunas, teve uma “*actuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas*”, abrindo a possibilidade de se “*desenvolver o Direito não apenas ‘na fidelidade à lei’, mas de harmonia com as exigências da vida*”²⁵⁶.

²⁵² Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 54-55.

²⁵³ Ibidem, p. 52.

²⁵⁴ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 236.

²⁵⁵ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 82.

²⁵⁶ Ibidem, p. 69-70.

Saliente-se que a Jurisprudência dos Interesses, embora reconheça a carga criativa no processo hermenêutico, não é uma teoria da criação judicial do direito ou da fundamentação do direito; ela funciona, na verdade, como uma teoria da aplicação da lei²⁵⁷, já que o juiz deveria seguir a escolha de interesses feita pelo legislador, mesmo se o interesse protegido lhe parecer menos digno de tutela que o interesse contrário, nas circunstâncias concretas, pelo que ela se aproxima do positivismo legal²⁵⁸.

Desse modo, a Jurisprudência dos Interesses consiste primordialmente em uma estratégia hermenêutica para suprir lacunas em casos específicos, uma vez que a decisão concreta é vista como o ponto principal da ciência jurídica, propósito assumido pelo próprio HECK, que considerou a questão da possibilidade de lacunas na lei e o seu preenchimento como “*centro da metodologia jurídica*”²⁵⁹.

Como ressalta LARENZ, o mérito da teoria consiste na substituição paulatina do método de subsunção fundamentado tão só em termos lógico-formais pelo juízo de ponderação ante uma situação fática complexa, preconizando a avaliação dos interesses em jogo e a harmonia da solução com os critérios de valoração da ordem jurídica²⁶⁰. Tampouco se subestima a influência de HECK no domínio da metodologia, sobretudo no direito civil, como salienta LARENZ²⁶¹. No entanto, o fato de a Jurisprudência dos Interesses ter atingido

²⁵⁷ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 238.

²⁵⁸ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 56. O autor também consigna que a *Begriffsjurisprudenz* (Jurisprudência dos Conceitos) considerou o direito como um sistema completo e enclausurado, tendo em vista a possibilidade de o intérprete formar um conceito jurídico por meio de operações lógico-dedutivas a partir de conceitos prévios, o que deu ensejo ao domínio do formalismo jurídico, já que esse “método” não se imiscuia no campo das vicissitudes políticas ou das considerações éticas (ibidem, p. 98). Porém, a Jurisprudência dos Interesses, por focar no preenchimento de lacunas por meio do estudo dos interesses em jogo no conflito decidendo, também tinha uma base construtivista e até mais legalista do que a Jurisprudência dos Conceitos (ibidem, p. 55).

²⁵⁹ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 70. Além disso, na opinião de ENGISCH, a teoria “*desenvolveu uma concepção clara e luminosa da relação da lei com os seus fundamentos de Direito*”, tornando-se “*da maior importância também sob o aspecto metodológico*”, razão pela qual dominaria a interpretação como o preenchimento de lacunas e a correção dos erros da lei (cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 366).

²⁶⁰ Cf. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 76-77.

²⁶¹ Ibidem, p. 63.

os fins práticos aos quais se propôs não significa que suas inconsistências teóricas devam ser ignoradas²⁶².

A esse respeito, veja-se que um de seus aspectos mais problemáticos é a ambivalência do termo “interesses”, que poderia remeter aos interesses adotados pelo legislador ao formular a lei ou aos interesses antagônicos presentes no conflito em análise²⁶³.

Como ensina CASTANHEIRA NEVES, os interesses, em sentido amplo, denotam todas as tendências, aspirações e necessidades, de ordem ideal ou material, manifestadas na vida social, vindo a ser um conceito neutro, referente a todas as pretensões socialmente relevantes²⁶⁴ e, ao mesmo tempo, um conceito “inutilizável”²⁶⁵, porque se volatiliza a ponto de tudo abranger.

De tal modo, o “interesse” se torna tanto objeto da valoração como fundamento ou critério de valoração ou fator causal da motivação do legislador, conferindo à teoria um caráter obscuro, no que tange não só ao aspecto terminológico como também ao metodológico²⁶⁶.

Apesar de HECK salientar, na sua exposição *Vortrag über Interessenjurisprudenz*, datada de 1933, ser a Jurisprudência dos Interesses uma “metodologia para a Jurisprudência prática”, e não uma filosofia do direito, sua teoria se assenta em concepções fundamentais sobre a essência e a função do direito que podem ser classificadas de filosófico-jurídicas, como aduz ENGISCH²⁶⁷.

²⁶² Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 77. LARENZ assinala que “a Jurisprudência dos interesses, apesar dos graves defeitos que tem na sua fundamentação teórica, atingiu amplamente os fins práticos, que era o que propriamente lhe importava” (ibidem, loc. cit.). Já CASTANHEIRA NEVES aduz que a Jurisprudência dos Interesses “não ultrapassou efectivamente o nível da casuística e o seu horizonte se manteve sempre tão-só o das pontualizadas decisões concretas” (cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 239).

²⁶³ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 56-57.

²⁶⁴ Cf. NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 225.

²⁶⁵ Ibidem, p. 241.

²⁶⁶ Cf. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 69/163; NEVES, A. Castanheira. Op. cit., p. 237.

²⁶⁷ Cf. HECK, Phillip. *Vortrag über Interessenjurisprudenz*. Tübingen: Mohr, 1993. In: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 368.

A concepção de direito da Escola, ou a sua filosofia – ainda que o compromisso filosófico não tenha sido assumido explicitamente – envolve “*uma estrita funcionalização social do direito*”²⁶⁸. Isso porque os interesses materiais e os ideais – éticos, religiosos, morais, interesses da justiça ou da equidade e, em suma, os mais altos interesses da humanidade – concorriam em uma causalidade sociológica para a determinação do direito. Ambos eram nivelados e reduzidos ao plano sociológico factual onde se conflitariam, de modo que os valores não eram assumidos como tais, na sua existência própria²⁶⁹.

Os corolários metodológicos se fundam, pois, na visão do direito como produto exclusivamente determinado por fatores sociais e, portanto, como instrumento do poder político para a afirmação e tutela de interesses sociais – isto é, fatores dotados de prévia importância social. Com isso, os fatores do direito tornam-se empiricamente sociais ou sociológicos. O legislador apenas contribuiria para a formalização jurídica de fatores sociais, que determinariam materialmente o direito por meio do legislador, causando, por assim dizer, a sua vontade. Aceita-se a plena autonomia “*volitivo-imperativa do legislador*”²⁷⁰, ficando a salvo do controle metodológico “*o momento propriamente normativo do jurídico*”²⁷¹.

Entretanto, se a Jurisprudência dos Interesses pretendia transportar o intérprete para além da vontade imediata do legislador, conduzindo-o a cogitar dos pensamentos ou das ideias subjacentes à lei, não poderia, após a descoberta dos interesses e dos outros fatores jurídico-causais, satisfazer-se com a constatação de que o legislador escolheria os interesses a serem protegidos ou preferidos em face de outros segundo os pontos de vista que lhe pareceram determinantes. Leciona ENGISCH que “*As valorações do legislador não podem ser isoladas*”²⁷². Desse modo, a decisão do legislador não deve ser menosprezada,

²⁶⁸ Cf. NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, v. 2, p. 242.

²⁶⁹ Ibidem, p. 242-244. Segundo CASTANHEIRA NEVES, a idealidade era desconsiderada, optando-se pelos interesses em detrimento do ideal; portanto, sendo a determinação do jurídico uma determinação sociológica, a valoração jurídica do processo de Constituição do direito, embora seja reconhecida, só é levada em conta metodologicamente na medida em que puder ser reduzida em termos sociológicos. Com isso, o juízo jurídico valorativo sobre os interesses ou fatores sociais e a opção normativa correspondente ficariam à margem do alcance da determinação, já que a valoração seria dependente dos fatores sociais, que, por sua vez, determinariam o conteúdo jurídico normativo (ibidem, loc. cit.).

²⁷⁰ Ibidem, p. 243.

²⁷¹ Ibidem, p. 244.

²⁷² Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 379.

porém, suas valorações estão relacionadas a outras, subjacentes às leis, e mesmo assim dão cunho ao direito.

Chega-se, assim, a uma aplicação das leis fundada em valorações pertencentes “*ao cosmos mais amplo do Direito no qual as leis se inserem*”²⁷³, pois elas, como se reconheceu nas últimas décadas, não resolvem claramente muitos casos-limites. Essa relação entre lei, direito e valores torna-se o ponto fulcral da metodologia jurídica, que, sem desconsiderar a dimensão filosófica do problema, busca tratá-lo com métodos jurídicos.

De fato, o elemento valorativo insere-se nas discussões jurídicas, abrindo uma cisão com o positivismo jurídico clássico e amparando o reconhecimento de princípios no direito, como vetores da atividade interpretativa ou como normas jurídicas que reclamam uma interpretação peculiar, isto é, distinta da metodologia formalista e silogística tradicional, orientada para a aplicação do direito privado.

Nessa conjuntura de percepção do papel central dos elementos axiológicos no raciocínio jurídico, surge a Jurisprudência dos Valores ou Jurisprudência dos Princípios, reunindo diversas frentes do pensamento atual sobre metodologia jurídica, que, embora apresentem divergências entre si, convergem para a elaboração de métodos de aplicação racional do direito, sem ignorar a carga valorativa envolvida na interpretação.

1.3.3 A Jurisprudência dos Valores ou Jurisprudência dos Princípios

Como se ressaltou, a Jurisprudência dos Interesses obteve muito êxito, porém, não estabeleceu uma aplicação inequívoca do termo “interesse”²⁷⁴, razão pela qual seu declínio

²⁷³ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 380.

²⁷⁴ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 163-165. Essa deficiência da teoria foi reconhecida pelos próprios signatários da corrente, dentre eles HARRY WESTERMANN, defensor da ideia necessidade de que o conceito de interesse fosse delimitado às representações da pretensão das partes em um litígio, distinguindo-o dos critérios legais de valoração, corolários da ideia de justiça inferidos pelo

com a superação do psicologismo inerente à noção de interesse e a tomada de consciência de que “*este não é senão a vivência pragmática do valor, ou seja, um dos momentos da experiência axiológica*”, serviram de esteio para a construção, nos últimos tempos, da Jurisprudência dos Valores ou Jurisprudência dos Princípios²⁷⁵.

A Jurisprudência de Valores reconhece que a própria subsunção da situação de fato à norma legal, além de ser um método que não abrange a complexidade da atividade interpretativa, pressupõe um juízo de valor para a qualificação da situação fática de acordo com a previsão abstrata. Ela parte da premissa de que a interpretação da lei engloba a observância das regras de lógica e também o uso de expedientes subjetivos na constatação de todas as circunstâncias empíricas que possam ser relevantes para a decisão. Como consequência, põe-se a exigência de referidas ponderações serem controláveis juridicamente para que haja objetivação e racionalidade no processo de interpretação e conformidade da decisão com a lei²⁷⁶.

Na sua concepção, diante de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, o juiz retira não somente da lei ou das valorações do legislador as bases para sua decisão, mas deve também preencher um quadro geral com uma valoração adicional. A questão é saber se, para tanto, o julgador recorrerá à sua própria intuição valorativa e à sua capacidade de julgar ou, então, apelará para valores e critérios de valoração extra ou supralegais²⁷⁷; por isso, torna-

legislador. Para ele, as leis seriam instrumentos de regulação de conflitos de interesses entre particulares e a prevalência de um interesse em face de outro consubstanciaria uma valoração para a qual o legislador poderia ser determinado pelos mais diversos motivos. Porém, a forma como o legislador valoraria os diferentes interesses viria plasmada na regulação por ele encontrada e decorreria desta, de modo que, identificadas as valorações do legislador, seria possível extrair resultados para a interpretação da lei e para a resolução de casos não tratados diretamente por ela, segundo uma analogia feita à luz dos critérios de valoração. Contudo, essa concepção, segundo LARENZ, já corresponderia à de uma Jurisprudência de Valoração, reconhecida atualmente, sobretudo no domínio da atividade jurisprudencial (cf. WESTERMANN, Harry. *Wesen und grensen der richterlichen streitentscheidung im zivilrecht*. 1995. p. 14 e ss. In: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 163-165).

²⁷⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 284; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 194. O teórico ainda ressalta que JHERING, embora não tivesse formação axiológica, percebeu, “*como nenhum outro jurista de seu tempo*”, a importância dos fins no mundo jurídico, notadamente na sua última obra inconclusa, *Der Zweck im Recht*. Segundo ele, JHERING atentou para o problema do fim, enquanto ente criador do direito, e para o valor da luta e das energias vitais na experiência jurídica, demonstrando o interesse como “*mola propulsora dos indivíduos e dos grupos e como conteúdo das normas jurídicas*” e anunciando novas soluções interpretativas para o direito, com o que abriu a perspectiva da Jurisprudência dos Interesses, que contrasta com a Jurisprudência dos Conceitos (cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 194/427).

²⁷⁶ Cf. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 165-166.

²⁷⁷ Ibidem, p. 164-165.

se necessário saber se os valores são preferidos por um ato de opção insuscetível de fundamentação racional²⁷⁸ ou se a decisão valorativa pode ser orientada ou fundamentada em uma ordem normativa objetiva. E não se pode deixar de observar se existe um espaço para a decisão ser tomada somente com base na percepção axiológica do próprio intérprete²⁷⁹.

A Jurisprudência de Valoração enfrenta o problema de fundamentação das decisões, buscando maior transparência na aplicação do direito e segurança jurídica²⁸⁰. Ela avança em questões ignoradas pelo positivismo tradicional, relacionando a interpretação a um complexo axiológico tratado como extradogmático²⁸¹ e equacionava o problema da legitimidade em termos de legalidade e validade intrassistêmica. Na atualidade, a fundamentação das decisões envolve, além do problema da legalidade na argumentação e no processo decisório, o da legitimidade, justiça e racionalidade da decisão, existindo situações nas quais o sistema precisa explicitar os fundamentos axiológicos na fundamentação das decisões, assuntos dos quais a Jurisprudência de Valoração tratou²⁸².

²⁷⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 165. Como consequência desse entendimento, em casos fronteiriços, a valoração pessoal do juiz se sobreporia à valoração do legislador, levando à conclusão de que a fundamentação de decisões segundo métodos científicos só seria possível de forma limitada e não prestaria auxílio ao juiz na elaboração dos juízos de valor que lhe são exigidos (ibidem, loc. cit.).

²⁷⁹ Ibidem, p. 172-173.

²⁸⁰ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 427. Nessa medida, ela supera o formalismo jurídico do positivismo tradicional, que vedava o *non liquet* (um postulado admitido ainda hoje) e, paralelamente, afirmava a completude ou plenitude do sistema jurídico, preconizando que tarefa interpretativa se submetia ao dever de descobrir, por artifícios lógicos, preceitos que figurariam no sistema legal (ibidem, loc. cit.). Com isso, por força do dogma de que o instrumental formal seria suficiente para a tomada de decisão, o julgador era impelido a procurar em elementos extrapositivos as bases de sua decisão diante de lacuna, conceito indeterminado, antinomia ou injustiça grave. No entanto, esses fatores não seriam explicitados nas razões de decidir, inviabilizando o controle da atividade judicial, o que comprometeria a previsibilidade, a seriedade e a própria justiça da decisão (cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 96).

²⁸¹ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 3. ed., p. 216.

²⁸² Ibidem, p. 213-215. A corrente aceita a premissa de que a validade do argumento jurídico não está condicionada a critérios externos (como justiça ou verdade científica), em razão da independência entre verdade jurídica e realidade, que conduz à autonomia do sistema jurídico, o que traz duas consequências. Por um lado, ao perder as bases éticas comuns ao ambiente social, as normas precisam de um alto grau de maleabilidade interpretativa; por outro, em face da vedação do *non liquet*, os textos normativos precisariam responder (*dokein*) decisivamente aos problemas, ou seja, todo fato relevante precisaria de um tratamento dogmático, o que motiva a busca da solução dentro do direito, razão pela qual o sistema se vê às voltas com o problema de legitimação, característico das sociedades diferenciadas, isto é, que apartam as convicções religiosas e morais do sistema jurídico (ibidem, loc. cit.).

Logo, a transmutação para uma Jurisprudência de Valoração relaciona-se ao “*reconhecimento de valores ou critérios de valoração supralegais ou pré-positivos que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão*” – como os valores positivados nos direitos fundamentais, a longa tradição jusfilosófica, os argumentos linguísticos. Ela pretende fixar uma metodologia que esclareça a especificidade desses modos de pensamento e sua relação com os instrumentos tradicionais – como a construção jurídica, a subsunção e a elaboração de conceitos²⁸³. A esse respeito, foram elaboradas várias propostas doutrinárias.

HELMUT COING, um autêntico representante da Jurisprudência de Valoração, considera que o processo de subsunção é insuficiente, pois a previsão legal seria conformada em obediência a pontos de vista valorativos. Para ele, a aplicação da lei exigiria que o juiz evocasse a valoração da lei e decidisse em conformidade com essa valoração²⁸⁴. Para isso, defende a elaboração racional dos valores subjacentes à lei, a fim de que o juiz pudesse fazer um controle da valoração do legislador ao caso concreto. Nessa concepção, a valoração não se restringiria a um processo irracional²⁸⁵.

O ponto duvidoso é de onde provêm os critérios de valoração que se empregam. Como alerta FRANZ BYDLINSKI, ao comentário de LARENZ, o desafio fundamental da Jurisprudência de Valoração é identificar de onde eles provêm quando o direito legislado não os oferece com suficiente clareza. O teórico vislumbra esses critérios nos princípios jurídicos²⁸⁶, almejando desenvolver métodos racionais de conhecimento e transposição de valores com o objetivo de reduzir ao máximo o espaço decisionista do juiz.

Assevera LARENZ que BYDLINSKI atribui valor decisivo à técnica de subsunção e ao seu mecanismo lógico, aos passos da interpretação e à complementação da lei, bem como à

²⁸³ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 167.

²⁸⁴ Para esse teórico, seria preciso desenvolver os interesses em jogo no caso e, em seguida, encontrar os pontos de vista possíveis de regulação, compará-los e ponderá-los. Se comprovado que a lei não contém pontos de vista passíveis de aplicação para solucionar o problema de forma materialmente adequada, seria necessário recorrer aos princípios da justiça para o preenchimento das lacunas (cf. COING, Helmut. *Grundzüge der rechtsphilosophie*. 4. ed. 1985. p. 214 e ss. In: LARENZ, Karl. Op. cit., p. 176).

²⁸⁵ Cf. COING, Helmut. Op. cit., p. 112 e ss. In: LARENZ, Karl. Op. cit., p. 177.

²⁸⁶ Cf. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 177. Os princípios jurídicos são considerados por LARENZ diretrizes que operam a mediação entre a ideia de direito (ou os valores jurídicos de escalão superior) e as regulações de um direito positivo (ibidem, loc. cit.).

busca da concretização dos princípios jurídicos²⁸⁷, adquirindo importância central a ordenação hierárquica dessas formas de pensamento. Para ele, quando os primeiros passos do procedimento – a interpretação literal e sistemática da lei – conduzirem a um resultado unívoco, o juiz poderia renunciar às demais indagações. Do contrário, deveria fazer considerações históricas e, subsidiariamente, teleológicas e eventualmente completaria as lacunas por meio da analogia ou de princípios jurídicos gerais. BYDLINSKI teoriza um emprego gradual e subsidiário dos métodos conforme as necessidades, na procura por uma conformação de um conceito de direito vinculado a valores²⁸⁸.

A metodologia jurídica clássica, apesar de dispor sobre critérios de interpretação, não estabelecia uma sólida hierarquização entre eles, o que induziu alguns autores a defender a ideia de que a interpretação seria discricionária ou arbitrária, e que os juízos de valor não poderiam ser fundamentados racionalmente²⁸⁹. Entretanto, esse resultado só seria alcançável caso se sustentasse, sem limite algum, não serem os valores suscetíveis de fundamentação ou de controle racional, o que não é a linha dominante entre os adeptos da Jurisprudência de Valoração, já que a maioria advoga a possibilidade de enunciados suscetíveis de fundamentação acerca das valorações sobre dado ordenamento jurídico²⁹⁰. Nesse sentido, indica LARENZ a opinião de MARTIN KRIELE, segundo o qual nem mesmo a subsunção nem os “*métodos tradicionais de interpretação são suficientes para alcançar sempre a decisão justa*”, de modo que cada decisão teria de ser justificada como jurídico-racional por via do discurso²⁹¹.

KRIELE, como aduz LARENZ, é contrário à separação estrita entre o direito e a ética feita pelo positivismo do século XIX, pois ela cindiria o direito dos seus fundamentos de justificação, distanciando-se do esclarecimento ético. Para ele, o discurso jurídico é um

²⁸⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 178.

²⁸⁸ Ibidem, p. 179.

²⁸⁹ Ibidem, p. 166.

²⁹⁰ Desse modo, o juiz, caso a caso, apuraria o conteúdo da norma. Mas, segundo LARENZ, admitindo-se que não seria possível ao juiz, na maioria dos casos, chegar à decisão exclusivamente com fundamento na lei – pois ela própria seria objeto de uma interpretação discricionária, na medida em que exigiria a emissão de um juízo de valor –, a questão de saber o que realmente motivou o juiz na sua decisão inseriria o direito no campo da ciência factual ou na psicologia ou sociologia judiciária (ibidem, p. 167).

²⁹¹ Cf. KRIELE, Wilhelm. *Theorie der Rechtsgewinnung*. 2. ed. 1976. p. 167. In: LARENZ, Karl. Op. cit., p. 204.

discurso ético especial, caracterizando-se por ter um direito vigente que vincula o jurista e gozaria da presunção de ser justo e racional. Na sua visão, as leis teriam de ser interpretadas e complementadas à luz do que se reconhece como eticamente justo²⁹², de modo que interpretação seria correta quando resolvesse os problemas concretos de um modo justificável, ou seja, quando desse prevalência ao interesse inequivocamente fundamental dentre os interesses gerais em jogo²⁹³.

Por sua vez, JOSEF ESSER volta-se ao estudo da metodologia com ênfase na prática judiciária do sistema britânico de *case law*, rejeitando o positivismo legalista estreito e defendendo a atividade criadora do intérprete, que teria um papel de conformação e desenvolvimento do direito (*law in action*)²⁹⁴. Ele sustenta ser necessário para a solução do problema recorrer a princípios extraídos da própria lei ou pensamentos jurídicos gerais, que seriam como princípios eficazes “independentemente da lei”, justificados a partir da natureza das coisas ou da instituição em causa²⁹⁵.

Para ESSER, os princípios jurídicos não são proposições jurídicas (normas) nem proposições axiomáticas, dedutíveis racionalmente das proposições de dever-ser, mas são descobertas feitas no caso concreto²⁹⁶. Uma vez descoberto, o princípio é o ponto de apoio

²⁹² Na democracia, seriam as intenções pressupostas ao legislador. O autor ressalta a importância da justificação ética do direito positivo, tanto na sua pretensão de validade global como no caso singular (cf. KRIELE, Wilhelm. Cf. KRIELE, Wilhelm. *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 30. In: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 206).

²⁹³ Cf. KRIELE, Wilhelm. Op. cit., p. 179. In: LARENZ, Karl. Op. cit., p. 207. LARENZ também crê que é insustentável a estrita separação entre direito e ética do positivismo, pois o dever-ser, a vinculação, a responsabilidade e a imputação são, a seu ver, categorias éticas, ainda que tenham significação específica no direito. Todavia, considera que a concepção da prevalência do interesse mais fundamental não resolve o problema da busca do resultado de justiça. Com isso, em vez de propugnar que o juiz possa inferir a decisão da lei só por simples observância das regras de interpretação e raciocínios lógicos, ele afirma que o jurista não alcançaria a decisão que pretende justa por meio do aproveitamento de princípios genéricos, mas, sim, mediante um procedimento passo a passo no sentido de assegurar o correto sentido das regras legais. Nesse sentido, as regras de interpretação seriam só determinados passos do pensamento, que não dispensaria os juízos de valor, a fim de ser alcançada mais facilmente a decisão justa do caso concreto (cf. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 208-210).

²⁹⁴ Cf. ESSER, Josef. *Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts*. 1956. In: LARENZ, Karl. Op. cit., p. 190.

²⁹⁵ Cf. ESSER, Josef. Op. cit., p. 05. In: LARENZ, Karl. Op. cit., p. 191.

²⁹⁶ Cf. ESSER, Josef. Op. cit., p. 267. In: LARENZ, Karl. Op. cit., p. 192. Para ESSER, os princípios jurídicos não são inferidos indutiva ou dedutivamente da lei ou de um sistema de direito natural, mas seriam formados em zonas pré-positivas ou na convicção geral, ou seja, em um longo processo inconsciente que acabaria na invenção de uma ideia formulada de modo convincente e diferente da mera interpretação ou construção do que existe no direito positivo (cf. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 192).

para a formação da norma no caso concreto, pois a casuística, para esse teórico, é fonte de direito, não servindo apenas onde a lei silencia, nas cláusulas gerais ou nos *standards*²⁹⁷. Posteriormente, esses princípios se consubstanciariam em uma fórmula, sofrendo permanente conformação – e não aplicação – jurisprudencial. Portanto, a prática jurisprudencial teria o papel de transformar princípios pré-positivos em proposições jurídicas.

Com isso, ESSER acredita que o direito seria utilizado somente para fornecer uma fundamentação satisfatória a uma solução encontrada por outros meios, pois, tendo em vista que a metodologia clássica não estipula um critério de prevalência de um sobre os demais elementos de interpretação de SAVIGNY nos casos em que eles conduzam a resultados diversos, caberia ao juiz escolher esse critério, buscando, em seguida, apoio legal para a decisão que ele previamente tinha considerado justa²⁹⁸. Desse ponto de vista, o *decisum* seria tomado na base de uma adequação material do caso concreto²⁹⁹, enquanto seu fundamento seria realizado posteriormente³⁰⁰, servindo para mostrar a compatibilidade da decisão – encontrada por outras vias – com o direito legislado.

A fundamentação teria, pois, uma função de controle, compelindo o juiz a abandonar qualquer solução cuja fundamentação não pudesse ser baseada na lei. Resta saber por quais critérios o juiz consideraria a decisão justa quando a lei só fosse levada em consideração posteriormente. Segundo ESSER, os princípios jurídicos não positivados e as pautas de valoração extraleais – como valorações pré-sistemáticas, consensos sobre valores, quadros e modelos de regulação pré-jurídicos, atitudes extrajurídicas de expectativa e convicção – e as pautas de argumentos obtidos no interior do processo judicial teriam essa

²⁹⁷ Cf. ESSER, Josef. *Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts*, p. 150. In: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 193.

²⁹⁸ Cf. ESSER, Josef. Op. cit., p. 7-8. In: LARENZ, Karl. Op. cit., p. 194-195.

²⁹⁹ Cf. ESSER, Josef. Op. cit., p. 05. In: LARENZ, Karl. Op. cit., p. 194. A aplicação da lei ultrapassaria a subsunção, decorrendo da articulação entre lei escrita e direito não escrito, uma vez que os princípios – que não seriam normas – influiriam na decisão (ibidem, loc. cit.).

³⁰⁰ Cf. ESSER, Josef. Op. cit., loc. cit. In: LARENZ, Karl. Op. cit., p. 194. Para ESSER, a fundamentação é artificial, pois a solução do problema seria obtida de forma puramente casuística e, após, fundamentada apropriadamente. Quando isso ficasse evidente, o juiz confessaria que as fontes legais só tinham servido de apoio para um princípio jurídico de maior alcance (cf. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 191).

função, guiando a escolha das normas, de modo que os juízos de valor pré-jurídicos ou pré-positivos condicionariam o trabalho dogmático e jurídico³⁰¹.

ESSER não indica um meio de comprovação da correção das decisões encontradas independentemente da lei, salientando somente o juízo de valor pessoal do juiz. A teoria enfatiza que o direito vigente é determinado pela jurisprudência ou pela atividade decisória dos tribunais em primeira mão, podendo ser criticada porque não valoriza o significado do texto legal elaborado pelo legislador, nem a participação dele na criação e desenvolvimento do direito (*law in action*).

WOLFGANG FIKENTSCHER, por sua vez, focado no estudo do *case law* americano, distancia-se da discussão de valores pré-positivos ou procedimentos intuitivos, acreditando mais no processo de subsunção. Para ele, a norma poderia descrever com precisão a situação de fato na qual se aplica, porém, a maior parte das regras legais não permitiria aplicação por mera subsunção, exigindo concretização. Trata-se de um procedimento de construção da norma pelo juiz, com base na lei, mas em vista do caso a decidir³⁰².

Essa norma – chamada de “norma do caso” – seria obtida segundo um procedimento racionalmente controlável, no qual o juiz concretizaria e especificaria as diretrizes e os critérios de valoração dados na lei e na jurisprudência, tendo em vista a situação a ser julgada e os pontos de vista jurídicos adequados para a decisão justa do caso³⁰³. Portanto, em casos raros, a norma legal e a norma do caso coincidiriam, porquanto o juiz estaria estritamente vinculado à regra; nos demais, a lei não seria diretamente aplicável, mas forneceria as balizas para a obtenção da norma do caso³⁰⁴. Desse modo, a lei e o direito

³⁰¹ Cf. ESSER, Josef. *Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts*, p. 144. In: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 196.

³⁰² Cf. FIKENTSCHER, Wolfgang. *Methoden des rechts in vergleichender darstellung*. 1975-1977. p. 202. 5 v. In: LARENZ, Karl. Op. cit., p. 197.

³⁰³ Cf. FIKENTSCHER, Wolfgang. Op. cit., p. 293-294. In: LARENZ, Karl. Op. cit., p. 198.

³⁰⁴ Cf. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 199. Dentro dos quadros do sentido literal do texto, o juiz teria liberdade para produzir as normas do caso porque o sentido literal da lei determinaria se essa vinculação seria o teor literal da lei. FIKENTSCHER defende a interpretação teleológica e histórica orientadas ao sistema legal. Fora dos limites do sentido literal, ele sustenta que a vinculação a precedentes e o procedimento casuístico determinariam a decisão do caso concreto (cf. FIKENTSCHER, Wolfgang. Op. cit., p. 295-296. In: LARENZ, Karl. Op. cit., p. 199).

resultante da jurisprudência não seriam direitos vigentes, mas fontes textuais do direito a partir das quais seria possível obter as “normas do caso”.

A norma do caso surgiria de maneira tão especializada que se poderia perguntar se ainda garantiria a justiça equitativa como a norma legal, que se destina a infinitos casos. A doutrina de FIKENTSCHER também não determina quando uma particularidade de um caso poderá ser relevante para que outra decisão seja prolatada no mesmo sentido. Dessa forma, a subsunção de um caso à situação prevista na norma genérica seria menos problemática que sua subsunção à norma do caso³⁰⁵.

Enquanto ESSER distingue as normas dos princípios e insiste na tese da fundamentação artificial das decisões, FIKENTSCHER ocupa-se das relações entre norma geral e abstrata (produzida pelo legislador) e norma concreta e individual (produzida pelo intérprete), trabalhando o conceito de norma de decisão. Essas diretrizes são fundamentais para se entender a teoria dos princípios e dos valores de ALEXY, propagador da concepção de que os princípios são espécies de normas jurídicas, e a teoria estruturante e a metódica jurídica de MÜLLER, que propôs um método concretista de interpretação, tendo ambas as teorias ressonância notória no campo da hermenêutica constitucional.

1.3.4 A Tópica Jurídica

De modo geral, em face da falta de critérios sólidos para a aplicação dos elementos clássicos de interpretação, as discussões metodológicas centraram-se em torno do problema da fundamentação da decisão tomada no caso concreto, o que envolveria a questão da justificação racional dos juízos de valor, bem como o reconhecimento do decisivo papel dos princípios, do discurso jurídico e da argumentação na interpretação do direito.

³⁰⁵ Cf. FIKENTSCHER, Wolfgang. *Methoden des rechts in vergleichender darstellung*, p. 382. In: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 200-201.

Diante disso, a Tópica é transportada por THEODOR VIEHWEG ao direito, com bastante sucesso, tanto assim que ela serve de base para o desenvolvimento de atuais métodos de hermenêutica constitucional, como o de MÜLLER, tendo ainda pontos de contato com a teoria de argumentação jurídica de ALEXY, da qual, porém, ela se distingue. Portanto, com o encontro entre a problemática da Tópica e a Jurisprudência de Valores, há as raízes do constitucionalismo vigente³⁰⁶.

No que se refere à Jurisprudência de Valoração, colocou-se a questão de como seria suscetível de fundamentação a assertiva de que determinada decisão seria a solução justa no caso concreto. Isso conduzia à discussão sobre se os valores são suscetíveis de reconhecimento racional³⁰⁷, que não era um acaso, pois os tribunais devem decidir os conflitos de modo justo. Contudo, o problema da busca da decisão justa se coloca em face da possibilidade de o método de subsunção da lei não oferecer garantias de referida decisão. A questão suscitou a busca de um processo que permitisse solucionar problemas jurídicos a partir de dados materiais deles, mesmo sem apoio em uma norma legal.

Cogitou-se, então, em um processo que se desenvolvesse de maneira circular, permitindo abordar o problema sob os mais diversos ângulos e pontos de vista, podendo ser relevantes para a justa solução do caso concreto, com o objetivo de alcançar o consenso entre os interlocutores³⁰⁸. Como modelo, VIEHWEG recomendou a aplicação da Tópica ao direito, na obra *Tópica e Jurisprudência (Topik und Jurisprudenz)*, publicada em 1953³⁰⁹.

A Tópica é um conceito já existente na lógica aristotélica, embasada na ideia de obter o consenso ou a evidência da verdade, e que foi restaurado em face da descrença em relação ao método positivista³¹⁰. VIEHWEG inseriu-a no direito, enfatizando a Tópica como *técnica de pensar por problemas*, o que se ajustaria muito bem à jurisprudência, pois os métodos

³⁰⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 284.

³⁰⁷ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 170.

³⁰⁸ Ibidem, p. 201.

³⁰⁹ Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 488.

³¹⁰ Ibidem, p. 489.

axiomáticos-dedutivos, os quais partem de um número limitado de premissas, seguindo as regras da lógica formal, não são propriamente o que importa para o direito³¹¹.

De acordo com LARENZ, para VIEHWEG, a Tópica é um processo especial de tratamento de problemas que se caracteriza por empregar certos pontos de vista (questões e argumentos gerais) considerados pertinentes, os chamados tópicos ou *topoi* (pontos de vista com validade geral), meio de ponderação dos prós e contras das opiniões, podendo conduzir ao que é verdadeiro³¹².

Os *topoi* seriam utilizados para colocar em andamento a discussão do problema e abordá-lo sob vários ângulos, a fim de descobrir o contexto em que o problema se coloca. Ressalte-se que o pensamento tópico não procura apreender referido contexto por um sistema de deduções lógicas, distanciando-se do pensamento dedutivo-sistemático, já que a Tópica não abandona o terreno definido pelo próprio problema, insistindo nele e regressando sempre a ele. Por isso, os *topoi* consistiriam apenas em possibilidades de orientação do pensamento, servindo só para tratar o problema, pois só teriam sentido a partir deste³¹³.

O método, por excelência, da Tópica está em pensar o problema, trabalhando-o com os critérios recomendáveis a uma solução adequada³¹⁴. A interpretação é aberta, considerando-se todos os pontos de vista potencialmente úteis para o esclarecimento do caso concreto, pelo que os nexos dedutivos tópicos têm pouco alcance, e o pensamento tópico conduz não a um sistema total, mas a uma pluralidade de sistemas, sem demonstrar a sua compatibilidade a partir do todo.

³¹¹ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 383. Assim, VIEHWEG considera desacreditada a jurisprudência do século XIX, que procurou fixar proposições jurídicas fundadas em um processo de dedução lógica de conceitos decorrentes de axiomas, ordenando um sistema, uma vez que, na sua visão, a jurisprudência só conseguiria saber o que é justo em cada caso se procedesse topicamente (cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 202).

³¹² Cf. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 170. Assevera LARENZ ter pretendido VIEHWEG aplicar a Tópica no ramo do direito porque, sendo ela a expressão de um discurso vinculado ao caso, possibilitaria um tratamento abrangente dos problemas. Nesse discurso seriam levados em consideração os diversos pontos de vista que se revelassem aptos para servir de argumentos pró ou contra a solução em vista, os *topoi* (ibidem, loc. cit.).

³¹³ Ibidem, p. 202-203.

³¹⁴ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 490- 491. Nesse sentido, a Tópica pode ser considerada uma técnica de pensar o problema ou uma técnica mental que se orienta para o problema, com o propósito de resolvê-lo a partir dele mesmo e objetivando demonstrar que o argumento dedutivo não é o único meio de controle da certeza racional (ibidem, loc. cit.).

Segundo LARENZ, os defensores da Tópica não apreciam a relevância do sistema para a decisão do caso³¹⁵; no entanto, pondera que a ciência do direito, mesmo quando argumenta topicamente, procede de modo sistemático, pois as normas jurídicas estão em cadeia e têm de ser harmonizadas entre si para coibir decisões conflitantes³¹⁶.

Salienta LARENZ a distinção feita por VIEHWEG acerca da Tópica, pautada em dois níveis: no primeiro, mais rudimentar, seriam usados pontos de vista causais escolhidos arbitrariamente e aplicados ao problema; no segundo, os pontos de vista seriam coligidos em catálogos de tópicos³¹⁷ que se mostrariam adequados a certos tipos de problema, organizando-se os argumentos de acordo com um critério arbitrário e sem procurar estabelecer uma relação entre eles³¹⁸.

Como ressalta LARENZ, os *topoi* indicados no trabalho de VIEHWEG são diversos³¹⁹, indo desde os pontos de vista (*Gesichtspunkten*) “especificamente ordenados ao problema concreto em discussão”, passando por *topoi* mais gerais como “interesse”, “proporcionalidade”, “exigibilidade”, “inaceitabilidade”, “justiça”, “falta de equidade”,

³¹⁵ A respeito disso, vale recordar que a passagem à Jurisprudência de Valoração, com a crítica ao modelo de subsunção e a consideração da preponderância da justiça e do procedimento argumentativo do caso, levantou a discussão sobre a possibilidade e utilidade da construção do sistema na ciência do direito. HECK, inclusive, no panorama da Jurisprudência dos Interesses, havia feito a distinção entre sistema interno (enquanto ordenamento do material jurídico em um sistema classificatório de conceitos) e sistema externo (como revelação de pensamentos jurídicos gerais, evitando-se contradições valorativas e concretizando-se princípios). Contudo, a história demonstra o fracasso da pretensão de caráter absoluto do sistema, não sendo mais crível um conhecimento definitivo das condições do que seria justo em si ou indubitavelmente correto. Por consequência, a única espécie de sistema ainda possível para a Ciência do Direito, em harmonia com a ética e a filosofia do direito, seria um sistema aberto, que nunca estaria completo e que poderia ser continuamente posto em questão, tornando-se claros a racionalidade intrínseca, os valores diretivos e os princípios do direito, como será visto posteriormente (cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 241).

³¹⁶ Ibidem, p. 171-172.

³¹⁷ Ibidem, p. 204/212. Como observa LARENZ, mesmo quando se argumenta muito topicamente, em razão do dever de fundamentar, restaria necessário um processo intelectual ordenado, em que cada argumento tivesse um lugar específico, já que o mero recolhimento de pontos de vista relevantes em um catálogo não seria de grande valia. Assim, como VIEHWEG sustentou que a solução de um problema não decorreria só de deduções lógicas, mas da problematização global de argumentos pertinentes, os juristas se familiarizaram com as regras da argumentação jurídica, que abrangem a estrutura lógica, a argumentação, a fundamentação de juízos de valor e regras de interpretação e a utilização de argumentos jurídicos específicos, para a interpretação da lei, valoração dos precedentes ou da dogmática (ibidem, loc. cit.).

³¹⁸ Ibidem, p. 202-203.

³¹⁹ Ibidem, p. 170. Dentre os argumentos, aquele referente às consequências possíveis ou prováveis da aplicação de uma solução cogitada desempenharia um papel de mais importância, segundo LARENZ, mas mesmo assim isso não colocaria fim às discussões, já que nunca se saberia se novos pontos de vista até então não levados em consideração deveriam, a certa altura, ser considerados (ibidem, loc. cit.).

“natureza das coisas”, até se considerar a “regra da concorrência na colisão de normas e máximas e interpretação”³²⁰. O teórico ainda menciona os tópicos universalmente aplicáveis (já reconhecidos por ARISTÓTELES) e os tópicos jurídicos (argumentos utilizados na solução de problemas jurídicos)³²¹.

Nesse sentido, *topoi*, para ENGISCH, é toda e qualquer ideia ou ponto de vista que possa ter um papel de análise jurídica³²² e, para ADEODATO, um lugar comum que tem uma força persuasiva reconhecida no meio social, de sorte que os catálogos de *topoi* estariam presentes em todas as culturas, consubstanciando uma série de noções adequadas para a obtenção de um consenso sobre a solução de um problema³²³.

Pode-se afirmar que, na Tópica, o primado está no problema, não na norma, pois esta se torna um simples *topoi* ao lado dos outros, enquanto ele ocupa o eixo fundamental da atividade interpretativa. Consequentemente, essa teoria jurídica representa um método de abranger toda a realidade do direito, valendo-se de normas positivas, sejam elas escritas ou não, que se relacionam com regras de interpretação e elementos lógicos, pelo que, no seu aspecto metodológico, são uma reação ao positivismo³²⁴.

Em face dessas características, a Tópica é uma técnica que se presta ao debate, não retendo a criatividade, nem mesmo encontrando limites senão na sua função instrumental. Ela serve de auxílio na descoberta que as dúvidas podem desempenhar papel relevante em cada caso, apesar de não oferecer, por si mesma, o fundamento suficiente da solução³²⁵.

Logo, ao pretender que a solução de questões jurídicas seja obtida por um processo argumentativo, a atitude tópica suscita o questionamento acerca de quais os argumentos seriam admissíveis na discussão jurídica e de qual seria o peso de cada um. Essas questões são respondidas por teorias da argumentação jurídica, especialmente pela propugnada por

³²⁰ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 384.

³²¹ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 203.

³²² Cf. ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 382-384.

³²³ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 3. ed., p. 150-151.

³²⁴ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 492.

³²⁵ Ibidem, p. 491.

ALEXY, que trabalha com as questões da interpretação da lei, dos critérios de valoração supraleais, do alcance dos precedentes ou do argumento sobre as consequências, ou seja, com questões da metodologia clássica³²⁶.

Na teoria da argumentação de ALEXY, o discurso jurídico é um caso particular do discurso prático geral, sendo comum a ambos uma pretensão de justeza dos enunciados formulados. Ocorre que o discurso jurídico e a argumentação só seriam possíveis sob uma série de condições, como a vinculação à lei, a consideração dos precedentes, a chancela da dogmática, as regras processuais; por isso, o enunciado normativo que se afirma só poderia ser racionalmente fundamentado nos quadros da ordem jurídica vigente³²⁷.

No tocante ao significado da fundamentação racional, ALEXY reflete sobre a doutrina da proposição jurídica e do silogismo de determinação da consequência jurídica, reportando-se às formas de argumentação, os métodos da interpretação da lei, o modo de operar a dogmática e os precedentes.

Ao contrário de seus compatriotas alemães ESSER ou KRIELE, o jurista ALEXY não é cético absoluto e também não oferece uma hierarquização no seu discurso, embora indique o modo como devem ser utilizadas as formas de argumentação. Isso porque se importa com os fundamentos racionais que deverão decidir o peso adquirido por cada forma de argumentação em cada caso, que resultaria da discussão prática geral ético-social³²⁸.

Para ele, os cânones de interpretação não constituiriam garantia de que o resultado correto fosse alcançado com grande segurança, mas seriam mais do que instrumentos de legitimação da decisão: seriam formas a que a argumentação jurídica teria de recorrer quando pretendesse satisfazer a justiça, devendo prender-se à lei, por ser discurso jurídico.

ALEXY e a Tópica concordam em afirmar que o discurso estruturado de acordo com regras racionais e formais é o meio mais adequado para determinar quem teria os melhores

³²⁶ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica* – a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Em comento, ver LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 171.

³²⁷ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 209 e ss.

³²⁸ Ibidem, p. 31 e ss. No mesmo sentido, ver LARENZ, Karl. Op. cit., p. 212-213.

argumentos com relação aos problemas jurídicos. Ele, porém, enxerga a proposta tópica como insuficiente para isso, sobretudo pela incapacidade de captar o significado da lei, da dogmática e do precedente³²⁹. ALEXY também rejeita a atitude antissistemática de VIEHWEG e a valoração negativa da Jurisprudência dos Conceitos, pois defende a ideia de que a argumentação dogmática é racional enquanto não perde o vínculo com a argumentação prática em geral³³⁰.

Entretanto, como um idealizador da argumentação jurídica, ressalta LARENZ que ALEXY pensa na discussão de questões nos tribunais, na via do discurso e nas fundamentações jurídicas em formas de cadeias de argumentação, sem formular uma teoria normativa da interpretação ou metodologia, a qual se concentra no processo de fundamentação do julgamento, tratando de um processo ordenado de pensamento que transborda regras formais de uma discussão³³¹. Daí porque a mais expressiva contribuição oferecida por ele para a hermenêutica constitucional é a teoria sobre os princípios e valores, tratada no próximo capítulo.

ENGISCH verifica uma profunda ligação da Tópica e da metodologia jurídica tradicional, se considerado que o Estado de Direito e o princípio da legalidade regeriam a seleção, valoração e ponderação dos *topoi*, o que remeteria aos métodos de interpretação da lei. Do contrário, se levados em conta somente os pontos de vista e argumentos especiais, o processo tópico se prestaria somente para a elaboração e recolhimento de pontos de vista e argumentos relevantes e não para a apreciação do seu peso e para a descoberta de regras de preferência na ponderação a ser feita – exceto se essas regras estivessem entre os tópicos.

Diante disso, o teórico salienta que a Tópica demonstra carecer de complementação por uma teoria dos valores, tal como um catálogo dos direitos fundamentais – que, por sua vez, não seriam apenas simples *topoi*³³².

³²⁹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica* – a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, p. 36-38. Em igual sentido, ver LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 214.

³³⁰ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 36. No mesmo sentido, ver LARENZ, Karl. Op. cit., p. 215.

³³¹ Cf. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 212.

³³² Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 383-385.

ENGISCH também ressalta que a Tópica chega a um ponto em que o pensamento do jurista tem de procurar ligação com a filosofia do direito³³³, pois os *topoi* são identificados como pontos de vista de justiça, equidade, oportunidade, razoabilidade, senso comum, lei moral, natureza das coisas, inserindo-se no domínio da ideia de direito³³⁴. Assim, a Tópica sofre a crítica no sentido de que não constitui um método que tornaria a aplicação do direito mais segura³³⁵ e de que a aplicação casuística do direito seria incompatível com a dogmática.

VIEHWEG, por sua vez, entende que a dogmática não deveria se opor à estrutura própria da argumentação jurídica, que seria a Tópica. Na sua visão, o direito não comportaria afirmações genericamente válidas, ou seja, não admitiria premissas dotadas de aplicabilidade universal, pois sua fonte seriam os conflitos, os problemas práticos que dão base para a formação da jurisprudência, que atua com a argumentação e contra-argumentação³³⁶. A se considerar essa premissa, haveria um entrave, qual seja, conciliar a atitude tópica, que se origina do problema e não do ordenamento, com a dogmática e sua pretensão científica, que pressupõe pontos de partida gerais³³⁷.

Com efeito, a Tópica é útil na medida em que auxilia no preenchimento das lacunas da lei sempre que inexistirem valorações no direito positivo a respeito e contribui para a busca da equidade³³⁸, podendo ser incorporada à dogmática com grande benefício para a prática jurídica, desde que nem o pensamento tópico nem a dogmática sejam consideradas em termos absolutos³³⁹.

³³³ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 381. Com base nisso, ENGISCH considera que a Tópica está no limiar entre a metódica jurídica e a reflexão jurídico-filosófica. Por outro lado, ele também acredita que quando o legislador deixa ao juiz e ao agente administrativo espaços para a aplicação de conceitos, preenchimento de lacunas e complementação do direito, entrariam em cena os pontos de vista materiais que ultrapassariam a lei, cuja busca a Tópica faria com competência. Mesmo assim restaria a questão de saber onde é que os *topoi* relevantes encontrariam seu apoio jurídico ou em que se assentariam a sua vinculação (ibidem, loc. cit.).

³³⁴ Ibidem, p. 385-386.

³³⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 493.

³³⁶ Cf. VIEHWEG, Theodor. *Topica e giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 1962, § 3º. In: ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 3. ed., p. 150-151.

³³⁷ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 3. ed., p. 151.

³³⁸ Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 493.

³³⁹ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 152.

Além disso, a Tópica, em um primeiro momento, apresentou-se como uma alternativa considerável para a interpretação da Constituição no que tange à metodologia clássica formulada por SAVIGNY. Isso porque a interpretação clássica se fundava na lógica dedutiva e tinha por foco o direito civil, não sendo capaz de tratar adequadamente a dimensão política e valorativa das normas constitucionais³⁴⁰. Portanto, a corrente tópica foi a primeira alternativa na hermenêutica constitucional em face da dicotomia prevalecente no século XIX e em parte do século XX, entre o silogismo e a interpretação objetiva, de um lado, e a visão casuística e cética, de outro, que defendia a fundamentação artificial e a subjetividade do intérprete³⁴¹.

BONAVIDES classifica o método tópico como sendo o mais adequado para a interpretação da Constituição³⁴², porquanto poderia dar base a um sistema material do direito, no lugar do sistema formal lógico-dedutivo³⁴³. Contudo, o jurista pondera que a metodologia tópica enfraquece o caráter reverencial dado pelo formalismo clássico à Constituição e o caráter normativo dos princípios constitucionais, já que tudo se coloca à livre disposição do intérprete³⁴⁴.

Em razão disso, BONAVIDES defende a necessidade de atentar-se à Tópica, de modo a evitar a reincidência naqueles erros cometidos outrora pelas Escolas Livre do Direito e da Jurisprudência dos Interesses, a fim de construir um conceito flexível e dinâmico do direito constitucional e de uma interpretação criativa das normas constitucionais, em compatibilidade com a teoria material da Constituição, garantindo a segurança jurídica e com o rigor teórico³⁴⁵ necessário.

Ressalte-se que, não obstante, a Tópica é a base do direito americano do *case law*³⁴⁶, tendo encontrado prestígio na Alemanha da metade do século XX, coroando as preocupações que

³⁴⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 494-495.

³⁴¹ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 228-229.

³⁴² Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 495.

³⁴³ Ibidem, p. 497.

³⁴⁴ Ibidem, p. 498.

³⁴⁵ Ibidem, p. 498.

³⁴⁶ Ibidem, p. 493.

HECK, na época da Jurisprudência dos Interesses, teve acerca das considerações dos problemas e questões abertas³⁴⁷. E, como salienta BONAVIDES, ao lado da corrente científico-espiritualista de SMEND, ela está na matriz contemporânea da teoria material da Constituição, servindo de base para a construção dos atuais métodos de hermenêutica constitucional de MÜLLER e HÄBERLE, como será visto³⁴⁸.

1.4 A Hermenêutica Específica para a Constituição: Metodologias para Aplicar Princípios e Direitos Fundamentais

1.4.1 A Teoria de Robert Alexy sobre os Princípios e os Valores

Conforme já asseverado acerca da Jurisprudência dos Valores, não se pode olvidar serem de estreita importância os estudos jurídicos em que a interpretação ou aplicação do direito envolve juízos de valor e é guiada por princípios, sendo o auge das discussões sobre valores e princípios o reconhecimento de juridicidade de princípios e a sua constitucionalização. Com a aceitação da vigência e da eficácia de princípios constitucionais, marca-se a passagem da velha para a nova hermenêutica constitucional³⁴⁹.

Consigne-se que, na época do jusnaturalismo, os princípios pertenciam à seara da abstração, sendo dotados de uma dimensão ético-valorativa que inspiraria os postulados de justiça; porém, sua normatividade era duvidosa. Com esse pensamento, admitia-se a existência de princípios gerais de direito, enquanto axiomas jurídicos, ou seja, normas universais estabelecidas pela razão ou princípios de justiça constitutivos de um direito ideal, cuja essência seria o “ideal de justiça”³⁵⁰. Dessa forma, entendia-se que os princípios

³⁴⁷ Cf. HECK, Philipp. *Begriffsbildung und interessenjurisprudenz*. Tübingen, 1932. p. 149 e ss. In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 492.

³⁴⁸ Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 490/496.

³⁴⁹ Ibidem, p. 259.

³⁵⁰ Ibidem, p. 261.

extraídos do direito positivo eram insuficientes para preencher as lacunas da lei, fazendo-se necessário o apelo ao direito natural³⁵¹.

Já sob a égide do positivismo clássico, aceitou-se que um ordenamento jurídico estatal contivesse todas as normas necessárias para suprir as lacunas, que seriam somente aparentes. Por isso, os princípios foram introduzidos nos códigos como fonte subsidiária destinada tão somente a garantir o primado absoluto da lei, não se sobrepondo a ela, mas extraídos dela e inseridos na lei a fim de coibir o vazio normativo. Os chamados princípios gerais de direito derivavam não do direito natural, mas seriam induzidos, por meio de abstrações e generalizações, a partir das próprias leis, servindo como fundamento e meio de informar o direito positivo³⁵².

A doutrina tradicional do positivismo deixou de explicar como os princípios poderiam não ser considerados normas já que eles atuavam como critérios diretivos na regulação dos casos, o que indicaria que tinham a função prescritiva própria das normas. Além disso, se os princípios gerais derivavam de abstrações de normas, seria lógico que princípios também fossem considerados normas³⁵³.

Com o desenvolvimento dos estudos doutrinários, os princípios foram divididos em duas categorias: os princípios abertos (*offene Prinzipien*), os quais tinham caráter de máximas doutrinárias norteadoras do pensamento jurídico, e os princípios normativos (*rechtssatzförmige Prinzipien*), que estariam inscritos em regras, constituindo normas jurídicas do direito positivo³⁵⁴.

A promulgação das Constituições das últimas décadas do século XX dá início à “hegemonia axiológica dos princípios”, vistos como normas fundantes dos novos sistemas constitucionais, de acordo com BONAVIDES³⁵⁵. Os princípios tornam-se, por consequência, além de recursos para interpretação e integração da lei, fundamento da ordem jurídica com

³⁵¹ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 262.

³⁵² Ibidem, p. 263.

³⁵³ Ibidem, p. 263-267.

³⁵⁴ Ibidem, p. 272.

³⁵⁵ Ibidem, p. 264.

o máximo grau de intensidade vinculante³⁵⁶, pois a constitucionalização eleva sua dimensão normativa ao patamar mais alto do direito positivo.

Uma vez admitidos os princípios definitivamente como normas de eficácia suprema, a doutrina passa a sistematizar as diferenças entre eles e as regras, sendo pertinente citar o pensamento de DWORKIN, que estabelece, consoante BONAVIDES³⁵⁷, uma divisão bastante consistente entre princípios e regras, a qual seria aproveitada em muitos pontos por ALEXY³⁵⁸.

Segundo DWORKIN, as regras seriam aplicáveis da maneira de “tudo ou nada” (*an all or nothing*), pois caso ocorram os fatos nela previstos, ou a regra será válida e as consequências por ela estabelecidas serão aceitas, ou ela seria considerada inválida e em nada contribuiria para a decisão. Já um princípio teria sua aplicabilidade condicionada ao caso, de modo que, se não determinasse a decisão em um caso, nada impediria que ele incidisse de maneira decisiva em outros casos. Logo, as regras seriam vinculadas a um conceito de validade, que é um conceito de tudo ou nada, incompatível com a dimensão de peso (*dimension of weight*) atribuída aos princípios³⁵⁹.

Em decorrência disso, no sistema de regras, em caso de conflito, só uma delas deverá ser considerada válida, sendo inadmissível a prevalência de uma sobre a outra em função do peso maior. Já no plano dos princípios, a dimensão de peso deles seria analisada à luz do caso concreto, para que o princípio com peso relativo maior viesse a se sobrepor.

³⁵⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 274/283-284.

³⁵⁷ Ibidem, p. 281. Segundo BONAVIDES, DWORKIN lidera a revolta antipositivista ao opor-se a HART, sendo um dos primeiros a consignar a normatividade dos princípios. Ele fixa um critério seguro de diferenciação entre princípios e regras e alarga o raio de abrangência dos conteúdos materiais deles, dando o primeiro passo para a formulação da teoria dos princípios, que acabou sendo a substância das Constituições (ibidem, loc. cit.).

³⁵⁸ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 114. ALEXY sustenta que os princípios se referem tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos, diferentemente de DWORKIN, que tem uma concepção mais restrita, vinculando os princípios a um conceito de direito individual, já que os princípios, para o jurista americano, seriam apenas as normas que poderiam ser utilizadas como razões para direitos individuais, enquanto as normas que se refeririam a interesses coletivos são tidas por ele como políticas (*policies*) (ibidem, loc. cit.). No entanto, ALEXY desenvolve a distinção entre regras e princípios partindo de alguns pressupostos de DWORKIN (cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 281).

³⁵⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 24-27. In: BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 282.

Sendo assim, somente as regras prescrevem resultados e, em não sendo acolhidos, consequentemente, a regra será abandonada ou alterada. Os princípios, por sua vez, não estipulariam uma solução particular, apenas indicariam uma decisão, a qual, caso não prevalecesse, não significaria a invalidade dos princípios, pois todos restariam intactos apesar de a decisão se pautar só por alguns³⁶⁰.

DWORKIN, no entanto, aproximava o conceito de princípio da ideia de direito³⁶¹, entendendo-os como *standards* juridicamente vinculantes radicados na exigência de justiça, concepção que foi criticada porque se assentava em um conceito muito amplo.

Na visão de ALEXY, de um lado, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, sendo, assim, mandamentos de otimização³⁶². De outro lado, as regras são normas que sempre viriam a ser ou não satisfeitas porque conteriam determinações no âmbito daquilo que seria jurídica e faticamente possível³⁶³.

O ponto crucial da teoria de ALEXY é a definição de princípios como mandamentos de otimização. Para ele, na análise de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “*princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes*”³⁶⁴. Isso significa que, de modo diverso do que ocorre com as regras, os princípios podem ser realizados em diferentes graus. Como mostra o autor, “*a idéia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio*

³⁶⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 283.

³⁶¹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, p. 53. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.160.

³⁶² Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90. Eles caracterizam-se por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, cujo âmbito seria determinado pelos princípios e regras colidentes (ibidem, loc. cit.).

³⁶³ Ibidem, p. 91.

³⁶⁴ Ibidem, p. 104. Referida determinação poderia falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas, porém, do contrário, a prescrição da regra valeria definitivamente (ibidem, loc. cit.).

ou de outros princípios. É justamente a essa possível colisão que Alexy quer fazer referência”³⁶⁵. Com isso, ou uma norma é uma regra ou é um princípio, do que decorreriam soluções diversas no choque entre normas³⁶⁶.

Para ALEXY, um conflito entre regras só poderia ser solucionado se fosse introduzida, em uma das regras, uma cláusula de exceção, que eliminaria o conflito, ou se uma das regras fosse declarada inválida³⁶⁷. Por sua vez, caso os princípios se colidissem, ALEXY defende³⁶⁸ a ideia de que um deles teria de ceder, mas isso não implicaria a declaração de invalidade do princípio preterido, nem que nele se inserisse uma cláusula de exceção³⁶⁹.

Isso porque um dos princípios teria precedência em face do outro somente sob determinadas condições, ao passo que em outras a questão de precedência poderia ser resolvida justamente na forma oposta, tornando-se possível dizer que nos casos concretos os princípios alcançavam pesos diferentes e só os de maior peso os precederiam³⁷⁰. Logo, os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, ao passo que as colisões entre

³⁶⁵ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, 2006, p. 27.

³⁶⁶ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 91.

³⁶⁷ Ibidem, p. 91-92. Na hipótese de inexistir a possibilidade de cláusula de exceção, a solução seria dada por regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, sendo também possível, na conformidade com a doutrina de ALEXY, proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito (ibidem, loc. cit.).

³⁶⁸ Ibidem, p. 91 e ss.

³⁶⁹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, 2003, p. 621. De acordo com HUMBERTO ÁVILA, na hipótese de ocorrer conflito entre princípios, em havendo a realização do fim determinado por um princípio em detrimento de outro, deveria ser declarada rejeição de um dos princípios, aplicação semelhante ao conflito de regras (cf. ÁVILA, Humberto Bergamann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, 1999, p. 163. In: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 621. Consoante expõe VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “não há como sustentar tal argumento. No caso de conflito total entre regras, uma delas, necessariamente, deverá ser declarada inválida, já que ambas não podem conviver no mesmo sistema. [...] o princípio afastado não é declarado inválido e, por isso, não deixa de pertencer ao ordenamento jurídico. O que ocorre é uma simples impossibilidade de aplicação de um dos princípios para a solução de um problema concreto, o que não significa que, em outros casos, o mesmo princípio afastado não possa ser aplicado, e, mais importante, que não possa até mesmo prevalecer àquele princípio que, no primeiro caso, prevaleceu a ele.” (cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 621-622).

³⁷⁰ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 96. Como ensina ALEXY, isoladamente considerados, os princípios ficam em uma situação de contradição, já que uns restringem as possibilidades jurídicas de realização de outros; no entanto, essa situação seria resolvida pelo estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, à luz das circunstâncias concretas, consistindo na fixação de condições sob as quais um princípio teria precedência em face do outro. Desse modo, sob a égide de outras condições, a questão da precedência poderia ser resolvida de forma contrária (ibidem, loc. cit.).

princípios ocorrem na dimensão de peso³⁷¹. A questão decisiva seria estabelecer sob quais condições um princípio deveria prevalecer e outro deveria ceder³⁷².

Como resposta, ALEXY propõe a lei de colisão, um dos fundamentos da sua teoria dos princípios, declarando que *“as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”*³⁷³. Ela reflete exatamente a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, porquanto revela a inexistência de relação absoluta de precedência e se refere a ações e situações que não são quantificáveis. Dessa forma, ALEXY constrói a resposta às objeções fundadas na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.

A se partir dessa premissa, considerando que princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas, a natureza dos princípios estaria ligada à máxima da proporcionalidade³⁷⁴, uma vez que ela, para ALEXY, seria dedutível da natureza dos princípios³⁷⁵. Trata-se do chamado princípio da proporcionalidade, que tem origem alemã e sua aplicação é bastante difundida no campo da colisão entre direitos fundamentais em uma situação fática concreta – embora não se restrinja a ele –, servindo para conduzir o julgador à decisão proporcional.

A máxima contém três elementos, quais sejam: (i) a adequação – determina uma análise não somente sobre se o meio a ser utilizado alcança o objetivo visado, mas também sobre

³⁷¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 93-94.

³⁷² Ibidem, p. 97.

³⁷³ Ibidem, p. 99.

³⁷⁴ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 30. No magistério de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA: *“A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade”* (ibidem, loc. cit.).

³⁷⁵ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 116-117. ALEXY assenta que a proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas, enquanto a adequação e a necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização diante das possibilidades fáticas, de modo que a proporcionalidade, nos seus três desdobramentos, seria dedutível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais (ibidem, p. 118-120).

se ele fomenta ou promove a realização desse objetivo, ainda que este não seja completamente realizado; (ii) a necessidade – em um momento posterior, impõe que se verifique se há outro meio disponível capaz de promover o objetivo visado com a mesma intensidade, mas com uma limitação menor ao direito fundamental envolvido; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito – como último estágio do exame da proporcionalidade da medida – exige um sopesamento entre a intensidade da restrição a um direito fundamental e a importância da realização de outro direito fundamental colidente com o primeiro³⁷⁶.

ALEXY também afirma ser possível tanto colisão e sopesamento entre princípios como colisão e sopesamento entre valores, assim como seria possível a realização gradual dos princípios corresponder à realização gradual dos valores. Dessa forma, os enunciados sobre valores poderiam ser convertidos em enunciados sobre princípios – e vice-versa –, sem perda de conteúdo³⁷⁷.

No entanto, haveria uma diferença muito importante entre valor e princípio. Para explicá-la, o teórico leva em conta que os conceitos práticos podem ser (i) deontológicos (conceitos de dever ou dever-ser, como proibição e permissão); (ii) axiológicos (o conceito de bom - algo é seguro, econômico ou democrático, por exemplo); e (iii) antropológicos (os conceitos de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação)³⁷⁸. Assentado isso, o jurista alemão afirma pertencerem os valores ao campo axiológico, enquanto os princípios, como mandamentos de otimização, são conceitos deontológicos³⁷⁹.

ALEXY ensina, ainda, que o valor pode ser usado como objeto de valoração (algo tem valor) ou como critério de valoração (algo é um valor). Dizer que algo tem um valor expressaria um juízo de valor, uma valoração³⁸⁰. Como são variados os objetos sobre os

³⁷⁶ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, p. 36, 38/40.

³⁷⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 144.

³⁷⁸ Ibidem, p. 145-146.

³⁷⁹ Ibidem, p. 146. Nessa linha de raciocínio, ele ressalta que o desenvolvimento da Jurisprudência dos Conceitos para a Jurisprudência dos Interesses até a Jurisprudência dos Valores representa uma sequência do primado dos conceitos deontológicos, antropológicos e axiológicos.

³⁸⁰ Ibidem, p. 149. A valoração pode ser um juízo de valor classificatório (que se limita à classificação dos objetos a serem valorados em categorias), comparativo (que permitiria a emissão de juízos de preferência) ou

quais pode recair a valoração, também seriam diversos os critérios de valoração. Ele concebe que só os critérios da valoração e não os objetos devem ser designados como valor³⁸¹; por isso, no contexto jurídico, seria possível dizer que uma regulação respeita o valor da liberdade de imprensa em maior medida que outra³⁸².

O autor também afirma que é possível preencher um só critério de valoração em várias medidas, mas em geral as valorações se baseariam em diversos critérios entre os quais seria necessário sopesar, porque eles competiriam entre si. Diante disso, ele registra que a aplicação de critérios de valoração entre os quais é necessário sopesar corresponde à aplicação de princípios, enquanto os outros critérios, aplicáveis independentemente de sopesamento, seriam as regras de valoração, que teriam a seguinte fórmula: se *a* apresenta as características *c*, então *a* é bom³⁸³.

Para ALEXY, portanto, a diferença estrutural entre regras e princípios também se verificaria no nível axiológico. Significa dizer então que a norma deontológica se biparte entre regra e princípio, e que a norma axiológica se divide em regra de valoração ou critério de valoração (valor), sendo ambas espécies do gênero normativo³⁸⁴.

Apoiado nessas premissas, ALEXY propugna que a diferença entre princípios e valores poderia ser reduzida a um só ponto: enquanto no modelo de valores aquilo que seria *prima facie* o melhor ou ou mais bem avaliado equivaleria, no modelo dos princípios, ao *prima facie* devido ou obrigatório; e, enquanto aquilo que no modelo de valores seria definitivamente a melhor conduta corresponderia, no modelo de princípios, àquela definitivamente devida. Logo, princípios e valores se diferenciariam somente por causa do caráter deontológico dos primeiros e axiológico dos últimos³⁸⁵.

métrico (isto é, com referência a um número que indica seu valor), mas em todos os casos seriam juízos sobre algo que tem um valor (cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 148).

³⁸¹ Ibidem, p. 149-150.

³⁸² Ibidem, p. 152. Trata-se de um juízo comparativo, o qual, das três formas de juízos de valor, é, para ALEXY, o que tem maior importância no direito constitucional.

³⁸³ Ibidem, p. 163 e ss.

³⁸⁴ Ibidem, p. 150-152.

³⁸⁵ Ibidem, p. 103-106.

Como no direito o que importa é o plano do dever-ser, o modelo de princípios seria favorecido³⁸⁶; porém, ALEXY não vê dificuldades em, verificando-se ser uma solução a melhor do ponto de vista do direito constitucional, estabelecer-se ser ela constitucionalmente devida. Uma vez aceita essa transição, seria possível partir de um modelo de valores em vez do modelo de princípios na argumentação jurídica³⁸⁷.

ALEXY, ainda, adiantando-se às críticas, fixa que, caso se conclua pela invalidade de um princípio na colisão com outro, esse princípio seria extremamente fraco, de modo que em nenhum caso poderia prevalecer sobre os demais. No outro extremo, se ocorrerem princípios absolutos, eles não poderiam ser colocados na relação de preferência perante outros. Seria o caso de se modificar a definição do conceito de princípio, pois se a norma for princípio, na hipótese de colisão, será sopesada. Em não ocorrendo isso – no caso de um preceder todos os demais princípios –, o teorema da colisão não seria possível, já que haveria somente fronteiras fáticas³⁸⁸.

Por fim, há ainda a crítica de que o conceito de princípio é tão vasto que chega a ser imprestável; ela seria, contudo, mais apropriada à teoria de DWORKIN, pois ALEXY faz uma distinção entre princípios e regras fundamentalmente segundo critérios qualitativos³⁸⁹, ou seja, que não se referem só ao grau de abstração, generalidade ou determinabilidade das normas nem à ideia de direito, e sim à estrutura de cada norma.

No tocante ao conceito de princípio, ALEXY menciona que os princípios são classificados por alguns como razões somente para regras, enquanto estas seriam as razões para decisões concretas (normas individuais). Esse entendimento, a seu ver, teria plausibilidade, mas não resistiria a um exame mais profundo, pois se isso fosse correto os princípios não poderiam servir como razões diretas para decisões concretas.

³⁸⁶ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 152. ALEXY pondera também que o modelo de princípios teria a vantagem de ter o caráter deontológico do direito, dando margem a menos interpretações equivocadas que o conceito de valor (ibidem, loc. cit.).

³⁸⁷ Ibidem, p. 152.

³⁸⁸ Ibidem, p. 110-111.

³⁸⁹ Ibidem, p. 86-90; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.160-1.162.

ALEXY adverte, também, que as regras poderiam ser razões para outras regras, bem como os princípios poderiam ser razões para decisões concretas, isto é, para juízos concretos de dever-ser. Ele admite, no entanto, que aquela caracterização acerta no ponto em que reflete o caráter diferente das regras e dos princípios como razões para juízos de dever-ser³⁹⁰.

Da mesma forma, ALEXY concebe que o conteúdo axiológico dos princípios seria bem mais fácil de ser identificado que o das regras porque eles seriam as razões para regras, bem como que os princípios teriam uma importância fundamental para o ordenamento jurídico, por serem razões decisivas para inúmeras regras³⁹¹.

BONAVIDES observa que haveria uma contiguidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores, estando aquela subjacente a essa, porquanto as regras teriam relação com a validade e os princípios teriam relação com os valores. A partir daí ele deduz que a supremacia e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa, que é formal e material, só seria possível se eles forem “*compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com valores*” como expressão da normatividade, o que fundamentaria a organização do poder³⁹².

Isso porque, para o doutrinador brasileiro, os princípios seriam as normas supremas do ordenamento e também os valores fundamentais da ordem jurídica (a lei e o direito em sua extensão) instituída pela Constituição, tendo, assim, alcance de norma e, paralelamente, dimensão valorativa. Por essa razão, seriam os pontos axiológicos de destaque nas Constituições, fundamentando a hermenêutica da Constituição³⁹³.

De todo modo, ALEXY teoriza na direção da Jurisprudência dos Valores e alcança importância notável no tocante a reconhecimento do valor normativo dos princípios, como reconhece BONAVIDES³⁹⁴, o que lhe garante larga aceitação no constitucionalismo

³⁹⁰ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 107-108.

³⁹¹ Ibidem, p. 109.

³⁹² Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 288.

³⁹³ Ibidem, p. 288-289.

³⁹⁴ Ibidem, p. 280. Para BONAVIDES, os princípios são vistos atualmente como normas-chave do sistema jurídico, capazes de conferir unidade e valoração aos sistemas constitucionais (ibidem, loc. cit.).

contemporâneo³⁹⁵. Além disso, vale ressaltar ser a Jurisprudência dos Valores (ou dos Princípios) uma terceira posição em face do jusnaturalismo e das carências do positivismo legal, dominando o momento atual da ciência jurídica, porquanto busca pelos princípios a justiça material e uma concepção substancialista (e não formal) do direito, sem desconsiderar a positividade do direito³⁹⁶.

Na atualidade, a Jurisprudência dos Valores combinada com a Tópica funda a nova hermenêutica e a teoria material da Constituição – inseridas em uma etapa chamada pós-positivismo –, fornecendo meios interpretativos para o acesso a princípios, regras e valores³⁹⁷.

Segundo BONAVIDES, no final da década de 1970, o jurista português JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO já se referia à ligação das duas escolas quando mencionava não ser suficiente uma relação material dos *topoi* com problemas, fazendo-se ainda necessário encontrar “medidas de valoração” para selecionar, segundo “medidas de relevância”, os *topoi* incidentes sobre os problemas. Esse seria, no seu entendimento, o propósito da problemática dos princípios de interpretação da Constituição³⁹⁸.

Salienta BONAVIDES, ainda, que *“a jurisprudência dos interesses procurava, através do sistema de valores, uma unidade integrante e ordenadora; agora é a jurisprudência tópica que, para não cair no casuismo dos topoi, procura medidas de relevância capazes de estabelecer uma certa unidade sistemática. A idéia de sistema não é, porém a idéia do sistema fechado de conceitos do pandectismo, mas de um sistema aberto e flutuante, mas de natureza teleológica do que de natureza lógica”*³⁹⁹.

Passa-se, a seguir, à análise da Teoria Estruturante do Direito e da Metodica Jurídica de Friedrich Müller.

³⁹⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 286.

³⁹⁶ Ibidem, p. 285-286.

³⁹⁷ Ibidem, p. 284.

³⁹⁸ Ibidem, p. 285. Em virtude da importância do seu pensamento no direito constitucional e por construir uma metodologia de interpretação da Constituição que aproveita os ensinamentos de ALEXY e MÜLLER, estudado em seguida, a tese de CANOTILHO será analisada ao final deste capítulo.

³⁹⁹ Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 285.

1.4.2 A Teoria Estruturante do Direito (*Strukturierende Rechtslehre*) e a Metodica Jurídica (*Juristische Methodik*) de Friedrich Müller

Infere-se da análise já feita no item anterior, que todas as escolas estudadas têm em comum o fato de trabalharem com ênfase nas operações sintáticas que permitiriam o acesso a um dado prévio – a intenção do legislador, conforme a Escola da Exegese; o espírito do povo, conforme a Escola Histórica; o conceito e o sistema, consoante a Jurisprudência dos Conceitos; e os interesses, de acordo com a Jurisprudência dos Interesses. Assim, o aspecto semântico é visto como método suplementar de análise, como “*aperfeiçoamento dos limites de reconhecimento daquilo que foi predeterminado no texto da lei, por meio de seu caráter representativo*”⁴⁰⁰.

Nesse sentido, a interpretação era vista sob a ótica representacionalista da linguagem, ou seja, acreditava-se na propriedade de o texto normativo representar realidades ou sentidos, porque seus termos apontariam para significações – elementos da natureza, das coisas ou das ideias –, “*permitindo que os sujeitos cognoscitivos assimilem seu conteúdo preexistente*”⁴⁰¹.

O foco dado aos aspectos sintáticos da interpretação pelas Escolas Exegética, Histórica e Conceitual, e mesmo àqueles semânticos advindos depois, desgastaram-se notadamente. Em razão disso, a hermenêutica jurídica positivista mais recente se distanciou de algumas características da hermenêutica tradicional, especialmente, por ter renegado “o caráter absoluto” do sistema jurídico, bem como a viabilidade da “*descoberta de um sentido e*

⁴⁰⁰ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 58.

⁴⁰¹ Ibidem, p. 58, 59/122. Nessa concepção, caberia ao intérprete proceder aos atos que pudessem acessar dados (ideais ou reais) constantes na norma. Percebe-se, com isso, que o representacionalismo se baseia no pressuposto da possibilidade de descoberta de sentido e na relação entre sujeito e objeto, identificando como objeto da interpretação o texto da lei, o qual seria portador de uma “substância comunicativa” permitindo acessar o seu conteúdo, real ou ideal, estático ou determinado historicamente (ibidem, p. 60).

alcance preexistente no dispositivo normativo interpretativo”, aceitando que o uso dos métodos tradicionais é incapaz de conduzir a uma única resposta correta⁴⁰².

Nesse sentido, defende-se a ideia de que a textura das palavras objeto de interpretação é aberta, em face da suscetibilidade, a ambiguidade e vagueza dos termos jurídicos e da linguagem, do que decorreria que, em certos casos, a relação de uma palavra com um objeto seja duvidosa⁴⁰³.

Em razão disso, a carga subjetiva do intérprete apareceria mais como uma maneira de amenizar o rigor excessivo de escolas como a Jurisprudência dos Conceitos, atenuando a exatidão das respostas tradicionais e humanizando o direito⁴⁰⁴. O elemento volitivo teria uma importância marginal, servindo para adaptação ou atualização do texto à realidade; em alguns casos, porém, paralelamente a essa flexibilização, a interpretação continua sendo definida, em termos clássicos, como descoberta de um sentido ou dado preexistente – por meio das pautas hermenêuticas clássicas –, não se fazendo uma crítica ao modelo cognitivo tradicional⁴⁰⁵.

Não se vê, assim, uma tentativa de conciliação da atuação criadora do intérprete com a segurança jurídica, nem a construção de pressupostos para uma nova teoria, já que o modo como a teoria tradicional entendia a atividade mental de interpretação do texto tornou-se inquestionável⁴⁰⁶. MÜLLER, no entanto, formula a teoria estruturante do direito (*Strukturierende Rechtslehre*) e uma metódica jurídica própria (*Juristische Methodik*), inovando a interpretação, especialmente constitucional, por adotar uma pauta não

⁴⁰² Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 59/77.

⁴⁰³ Ibidem, p. 81-82. A esse respeito, GENARO CARRIÓ assenta que as palavras constantes nas normas jurídicas têm uma zona de penumbra, ou seja, são atuais ou potencialmente vagas (cf. CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979. p. 55). Para o autor, “*los lenguajes naturales necesariamente exhiben*” a “*característica de vaguedad potencial*”, que foi chamada por FRIEDRICH WAISMANN de “*textura aberta da linguagem*” e por RUDOLF CARNAP de “*vagueza intencional*” (ibidem, p. 35). HART, por sua vez, admite que haveria situações de fato simples, nas quais as expressões gerais seriam facilmente empregadas, e situações nas quais essa facilidade inexistiria. Nesse último caso, diante de regras vagas, por conta da textura aberta de seus termos, HART sustenta que a decisão seria discricionária, desviando-se da linha positivista formalista, que nega a incompletude do ordenamento ou incapacidade de dedução de decisões mediante o uso de recursos lógicos (cf. HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 87, 88/139).

⁴⁰⁴ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. Op. cit., p. 89.

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 80-81.

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 81/89.

representacionalista de linguagem e englobar o elemento subjetivo e os elementos da realidade à própria concreção do texto normativo⁴⁰⁷. Em vez de solucionar os problemas da interpretação jurídica mediante a adaptação dos resultados da hermenêutica tradicional, o teórico vai à crítica dos fundamentos para mostrar que as intuições básicas sobre a tarefa hermenêutica eram imperfeitas.

Na abordagem, MÜLLER adota explicitamente a noção de jogos de linguagem de LUDWIG WITTGENSTEIN⁴⁰⁸, que significa “*o conjunto da linguagem e das atividades com as quais está interligada*”, servindo de figura de análise da linguagem (*Sprachspiele*)⁴⁰⁹. Na linha desse raciocínio, quem opera com textos normativos teria mais possibilidade de avaliar os jogos de linguagem envolvidos em sua concreção pela possibilidade de usos e justificações somente exercidas por interações no plano da práxis, ao passo que a dogmática jurídica, como subsistema jurídico-comunicativo, poderia fornecer pontos relevantes para a decisão de um caso concreto, guiando a concreção normativa⁴¹⁰.

Dessa forma, o que permitiria a compreensão da linguagem seria o domínio de uma técnica e seus instrumentos, restando inviável a aplicação de um enunciado deôntico de maneira isolada, sem reconhecer a interação com outros dispositivos e com os diversos jogos de linguagem envolvidos, bem como com institutos jurídicos que acabam direcionando as concreções normativas e a formação de normas-decisão⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. 2. ed. Berlin: Duncker et Humblot, 1994; e MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 7. ed. Berlin: Duncker et Humblot, 1997. In: Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*.

⁴⁰⁸ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Direito – linguagem – violência – elementos de uma teoria constitucional I*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 156-66. In: ANDRADE, José Maria Arruda de. Op. cit., p. 149.

⁴⁰⁹ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. Op. cit., p. 129-130.

⁴¹⁰ Ibidem, p. 131.

⁴¹¹ Ibidem, p. 133; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 131-132. Referida ideia, no âmbito jurídico, quer dizer que o intérprete autêntico – que, no sentido kelseniano, teria competência para aplicar o direito, produzindo outra norma –, por estar inserido em uma estrutura social diferenciada, sendo dotado de formação técnica e teórica determinada e mantendo contato com diversos agentes, sofreria a influência de uma vivência e perceberia que existiriam regras comportamentais a direcionar condutas no exercício de suas funções, elemento que seria transportado para o trato com o texto normativo (cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 387-388; GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 75-76).

Logo, segundo MÜLLER, o texto normativo é uma fração da norma, aquela parte absorvida pela linguagem jurídica. Ele não seria a norma, pois esta não se reduziria à linguagem jurídica⁴¹². Assim, a norma não está acabada, substancialmente concluída ou pronta para aplicação no texto normativo, mas seria um núcleo materialmente circunscritível da ordem normativa, a ser concretizado, no caso prático, na norma de decisão, de acordo com um procedimento normativamente orientado, em conformidade com a prescrição jurídica e nos limites do Estado de Direito⁴¹³.

Parte-se, então, da premissa da “*não identidade de norma e texto da norma*”⁴¹⁴ e, *pari passu*, assenta-se que a estrutura da norma, embora não seja um dado “pronto e acabado”, seria relativamente estável e poderia ser dada em termos científicos e aplicada pelo trabalho jurídico (*Rechtsarbeit*)⁴¹⁵. Por isso, o texto normativo teria uma função limitadora sobre a interpretação, em face não de uma exigência metodológica ou científica, mas sim de uma exigência normativa ou deôntica⁴¹⁶.

Assevera ADEODATO que MÜLLER “*pretende superar as proposições tradicionais: do positivismo normativista, na linha de Kelsen, pra quem o texto normativo fixa os limites (a ‘moldura’) da decisão e o jurista atua criticamente nas lacunas em que falha a concepção silogística, mantendo porém a visão exegética segundo a qual a norma é previamente dada; e do decisionismo, na linha de Carl Schmitt, para quem a decisão não guarda relação real com os textos da norma*”⁴¹⁷.

Além disso, MÜLLER critica a linha argumentativa da Tópica, em função da ampla abertura no que tange ao texto normativo, tido como mais um dos *topoi* entre os outros, o que levaria à ausência de conexão com o texto e, por consequência, uma abordagem demasiadamente livre. Isso porque, uma vez partindo da orientação por meio de

⁴¹² Cf. MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 5. ed. Berlin: Duncker et Humblot, 1993. p. 168-169. In: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 78.

⁴¹³ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 48/49.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 39.

⁴¹⁵ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*, 2. ed., p. 251. In: ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed., p. 239.

⁴¹⁶ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Op. cit.*, p. 244.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 239.

problemas, não seria possível conseguir fixar um procedimento seguro para decisão, algo indispensável em um Estado Democrático de Direito⁴¹⁸. Em razão disso, MÜLLER se esforça para estruturar e racionalizar o processo interpretativo – a seu ver, deixado muito aberto pela Tópica –, com o objetivo de preservar o teor de obrigatoriedade da norma constitucional⁴¹⁹.

O jurista, então, desenvolve o método racionalista e concretista de interpretação constitucional, inspirado na Tópica, a qual, porém, é reparada em vários pontos, na tentativa de fixar uma interpretação que permita explicar a Constituição sem a perda de sua eficácia e sem destituí-la dos seus vínculos materiais indissolúveis⁴²⁰. MÜLLER recusa a antinomia tradicional entre a Constituição formal e a Constituição material – também atacada por SMEND⁴²¹ –, mas, segundo Adeodato, tenta uma solução menos livre que a Tópica, fugindo igualmente da “*ingenuidade silogística ou subsuntiva do positivismo mais exegético*”⁴²².

Para isso, o jurista alemão parte da afirmação de que a “*norma é mais do que o seu texto de norma*”⁴²³. Este não teria normatividade ou estrutura material concreta, limitando-se a uma moldura que circunscreve as possibilidades de concretização material do direito⁴²⁴. O conceito básico da teoria é, portanto, que o sentido da norma não está fixado de modo objetivo no texto, dependendo fundamentalmente do resultado da interpretação⁴²⁵, já que MÜLLER não pensa ser possível “*descolar a norma jurídica do caso por ela regulamentando nem o caso da norma*”, pois ambos forneceriam, “*de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica*”⁴²⁶.

⁴¹⁸ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 7. ed. In: ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed., p. 239-240.

⁴¹⁹ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 499.

⁴²⁰ Ibidem, p. 498.

⁴²¹ Ibidem, loc. cit.

⁴²² Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 238.

⁴²³ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 02.

⁴²⁴ Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 499.

⁴²⁵ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 243.

⁴²⁶ Cf. MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 50.

ADEODATO comenta que para MÜLLER, “o resultado da interpretação de uma norma, constitucional ou não, torna-se conteúdo daquela norma”, e critica o método positivista tradicional, aceitando a incompletude da norma e afirmando como dado apriorístico hermeneuticamente necessário – e não como defeito do sistema jurídico – a lei não se apresentar “inteiramente pronta” (*Unfertigkeit des Gesetzes*)⁴²⁷.

Logo, a proposição normativa – o texto –, expressa em artigos, parágrafos, alíneas, é somente um dado de entrada na elaboração da norma, em torno da qual a interpretação tradicional se deteve, ignorando a totalidade da concretização normativa⁴²⁸. No entendimento de MÜLLER, “o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ponta do iceberg”, constituindo apenas um dos passos para a obtenção da norma, de modo que o texto normativo em si não conteria normatividade⁴²⁹. Ele só ganharia sentido quando fosse submetido a uma operação ativa de concretização, que teria uma abrangência muito mais ampla que a conferida pela metodologia clássica, porque acolheria todos os meios de trabalho pelos quais se pode concretizar a norma e realizar o direito⁴³⁰.

Com base nessas considerações, MÜLLER denomina concretização da norma (*Normkonkretisierung*) ao procedimento de se adequarem normas e fatos para se decidir, chamado pela teoria tradicional de interpretação e aplicação do direito⁴³¹ – restrita a ideia de interpretação à compreensão do sentido de textos da norma. A concretização, portanto, iria além da interpretação, englobando-a, o que resultaria em uma relação entre parte (interpretação) e todo (concretização)⁴³².

⁴²⁷ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed., p. 239.

⁴²⁸ Ibidem, p. 243.

⁴²⁹ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 38.

⁴³⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 505.

⁴³¹ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*, 2. ed., p. 241; ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 242.

⁴³² Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 243. Como se nota, a concretização é não apenas o processo de densificar a “norma dada” ou torná-la “mais concreta”, mas também o processo de produzir pela primeira vez a norma de acordo com a qual o caso será decidido, à luz das circunstâncias concretas. O que o positivismo enxerga como a norma legal é, na concepção de MÜLLER, como salienta LARENZ, o texto da norma – não seria a norma que regerá o caso a ser decidido, ou seja, não é a norma decisória, mas apenas a baliza da concretização possível e o ponto de partida para a construção da decisão, que, portanto, terá de ser compatível com ele (cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 184).

A concretização é inconfundível com o silogismo, subsunção ou individualização concreta do direito a partir da norma geral, que seriam ideias equivocadas do positivismo legalista exegético, porquanto só na concretização, ao ser decidido o caso, a norma seria “produzida”⁴³³.

Na medida em que a norma é obtida caso a caso, a realidade faz parte da norma, a qual teria muitos elementos do “*mundo da vida*”⁴³⁴. Desse modo, MÜLLER fixa que, “*no âmbito do processo efetivo da concretização prática do direito, ‘direito’ e ‘realidade’ não são grandezas que subsistem autonomamente por si*”⁴³⁵, rejeitando a separação entre ser e dever-ser e entre norma e realidade⁴³⁶ e buscando, na visão de BONAVIDES, “*evitar o hiato, a separação, a antinomia das duas Constituições – a formal e a material – bem como aquele conhecido confronto da realidade com a norma jurídica*”⁴³⁷.

MÜLLER institui uma metódica estruturante (*strukturierende Methodik*) “*com base no e com vistas ao direito constitucional*”⁴³⁸, mas não se refere à discrepância entre texto da norma e realidade constitucional. Ressalta ADEODATO que, de acordo com tese de MÜLLER, o texto e a realidade se inter-relacionam constantemente, sendo a partir dessa inter-relação, seja mais, seja menos discrepante, que se constrói a norma jurídica. Portanto, não só a norma que soluciona o caso concreto é construída a partir dele, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata. Disso resulta que não há uma norma geral prévia – ela seria uma ficção – e sim um texto, pois a norma jurídica (*Rechtsnorm*) só seria criada após a concretização⁴³⁹. Resta cristalino que MÜLLER admite a criação do direito pelo juiz.

A pretensão do teórico alemão é detalhar o trabalho jurídico (*Rechtsarbeit*) em passos⁴⁴⁰ e, com isso, estabelecer sua própria metódica jurídica, como procedimento que compreende hermenêutica, interpretação, métodos de interpretação (*Auslegung*) e metodologia

⁴³³ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed., p. 242.

⁴³⁴ Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 79.

⁴³⁵ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 43/44.

⁴³⁶ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 153.

⁴³⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 500.

⁴³⁸ Cf. MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 56.

⁴³⁹ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 241.

⁴⁴⁰ Ibidem, p. 252.

(*Methodenlehre*), abrangendo “em princípio todas as modalidades de trabalho da concretização da norma e da realização do direito, mesmo à medida que elas transcendem – como análise dos âmbitos das normas, como o papel dos argumentos de teoria do estado, teoria do direito e teoria constitucional, como conteúdos dogmáticos, elementos de técnica de solução e elementos de política jurídica, bem como constitucional – os métodos de interpretação [*Auslegung*] ou interpretação [*Interpretation*] no sentido tradicionalmente restringido”⁴⁴¹.

Na primeira fase, há os dados pré-jurídicos (brutos), que formam o contexto anterior à concretização, constituído pelos pontos de vista interpretativos comuns (gramaticais, sistemáticos, genéricos), que forneceriam os dados linguísticos (*Sprachdaten*), e pelos elementos naturais e sociais, os quais não seriam inicialmente constituídos pela linguagem, mas intermediados por ela, concedendo os dados reais (*Realdaten*) da concretização – que constituirão os elementos do âmbito do caso (*Fallbereich*) e do âmbito da norma (*Normbereich*), nessa ordem. A metódica estruturante procura ligá-los ao processo decisório, coibindo decisões arbitrárias ou ainda pragmáticas⁴⁴².

Juntamente com referidos dados linguísticos e reais é confrontado o primeiro elemento especificamente jurídico para o início da atividade de concretização: “o conjunto de textos da norma”, ou seja, “as proposições constituídas pelo encadeamento de signos da língua por intermédio de artigos, parágrafos, inciso, alíneas” (*Normtextmenge*, *Normtext*, *Wortlaut*). São textos do ordenamento jurídico, não só de leis, mas também de processos (como acórdãos e sentenças), que se constituem por dados linguísticos (da língua escrita) e de dados reais (extraídos do contexto fático em que atuam), cujo sentido é contextualizado pelos dados reais e linguísticos comuns⁴⁴³.

⁴⁴¹ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 03.

⁴⁴² Cf. MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, 7. ed., p. 309. In: ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 4. ed., p. 243.

⁴⁴³ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 244.

Com efeito, esses textos não contêm as normas nem fornecem a moldura para a decisão, no entanto, são importantes indícios para o programa da norma (*Normprogramm*) e o âmbito da norma (*Normbereich*), assim como a decisão precisa ser compatível com eles⁴⁴⁴.

Em uma segunda etapa, analisa-se o relato sobre o caso (*Fallerzählung*), que não é feito por profissional, mas por leigos, *e.g.*, pelas partes envolvidas. Trata-se do modo como o caso chega ao conhecimento do jurista. Após a interferência do trabalho do operador do direito, o relato do caso é transformado no “conjunto de matérias” (*Sachverhalt*) e, assim, a relação com o texto da norma passa a um nível mais restrito de concretização, motivo pelo qual ele passa a se distanciar de dados reais iniciais – que também são fáticos –, pois se relaciona aos textos da norma, mas ainda de forma inespecífica⁴⁴⁵.

Como assevera ADEODATO, “na metódica estruturante, porém, o ‘conjunto de matérias’ (*Sachverhalt*) e o ‘âmbito da norma’ (*Normbereich*) são conceitos diferentes e não se confundem explicitamente com o conceito de *Tatbestand*, ‘suporte fático’ na clássica tradução de Pontes de Miranda”, ou seja, “o fato ou grupo de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide, pode ser da mais variada natureza”. Já para MÜLLER, “Essa descrição de relações sociais tradicionalmente refletidas na doutrina do suporte fático legal (*gesetzlichen Tatbestand*), não deve ser concebida como descrição coisificada ou ontológica, mas sim como integrante de complexas técnicas de comunicação.”⁴⁴⁶.

O *Tatbestand*, em sentido amplo, confunde-se com os conceitos de fato jurídico e de *Fattispecie*, que indicaria tanto o fato propriamente dito como a previsão hipotética normativa. A depender da concepção adotada, o *Tatbestand* poderia corresponder tanto ao conjunto de matérias (*Sachverhalt*) quanto ao âmbito da matéria (*Sachbereich*) ou ao âmbito da norma (*Normbereich*), sendo entendido ora como fato, ora como parte da norma, ora como uma relação entre ambos⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed., p. 246-249.

⁴⁴⁵ Ibidem, p. 245.

⁴⁴⁶ Ibidem, p. 246.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 247.

Como acentua ADEODATO, deixa de existir a “a univocidade semântica” combatida por MÜLLER. De todo modo, pode-se dizer que o *Tatbestand*, em MÜLLER, aparece como a condição fática de incidência da norma (descrita no texto da norma), ao passo que o *Sachverhalt* (conjunto de matérias) seria constituído pelos próprios acontecimentos reais (fatos), podendo englobar aspectos que seriam irrelevantes para o *Tatbestand* e, portanto, não seriam nele subsumidos⁴⁴⁸.

A partir daí percebe-se que nem todos os aspectos dos fatos (*Sachverhalt*) interessariam ao jurista: ele escolheria somente os relevantes à luz das hipóteses normativas consideradas adequadas dentre os diversos textos da norma válidos, introduzindo pontos de vista técnico-jurídicos no trabalho de concretização. É dessa relação entre as hipóteses dos textos normativos escolhidos e o conjunto de matérias (*Sachverhalt*) formado a partir dos dados reais que teria origem o âmbito da matéria (*Sachbereich*)⁴⁴⁹.

Referida tarefa seria realizada pelo jurista ao procurar textos de norma (artigos, parágrafos) relevantes para o caso e, paralelamente, observar a realidade, verificando os dados empíricos significativos à luz dos textos válidos selecionados – que ainda não seriam normas⁴⁵⁰.

Recolhidos os textos, caberia ao jurista especificar os fatos importantes, de modo a reunir um conjunto de matérias (*Sachverhalt*) ao âmbito da matéria (*Sachbereich*), a fim de obter o âmbito do caso (*Fallbereich*), o que reduziria a complexidade do âmbito da matéria (*Sachbereich*). Nessa fase, ele observaria o âmbito da matéria (*Sachbereich*) diante do caso específico, agora examinado juridicamente, embora os elementos do âmbito do caso (*Fallbereich*) não tenham caráter de normatividade – que só será alcançado ao final do processo de concretização⁴⁵¹.

Na sequência, reúne-se a interpretação dos textos de norma (*Normtextauslegung*) aos elementos que comporiam o programa da norma (*Normprogramm*). Logo, o programa da

⁴⁴⁸ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, 7. ed., p. 217. In: ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed., p. 247-248.

⁴⁴⁹ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 248.

⁴⁵⁰ Ibidem, p. 248-249.

⁴⁵¹ Ibidem, p. 249.

norma (*Normprogramm*) decorreria de todas as interpretações linguísticas – *sprachdaten* (dados linguísticos), composto não só por dados linguísticos relevantes do texto e do ordenamento, como de dados normativos prévios, relativos a normas anteriores ou revogadas (elemento histórico), exposições de motivos (elemento genético) e textos doutrinários. Ele teria nível genérico, sem ligação direta com o caso concreto, auxiliando no fornecimento do conteúdo da norma, embasado no conjunto de dados linguísticos⁴⁵².

A estrutura da norma (*Normstruktur*) seria formada pelo âmbito da norma (*Normbereich*) – indicaria os dados reais normativamente significativos e pelo programa da norma (*Normprogramm*) – reuniria os dados linguísticos relevantes normativamente, ao qual caberia, conseqüentemente, fornecer o critério para a adequação jurídica da escolha do âmbito da norma (composto pelos cortes da realidade social construídos pelo programa da norma⁴⁵³), a partir do âmbito da matéria (*Sachbereich*) e do âmbito do caso (*Fallbereich*), limitando e fazendo a mediação entre o conjunto de matérias (*Sachverhalt*) e a construção do âmbito da norma (*Normbereich*)⁴⁵⁴.

Logo, o âmbito da norma (*Normbereich*) se diferenciaria do conjunto de matérias por ser uma parte estrutural das normas, relativamente à estrutura básica do segmento da realidade regulada e obtida no programa da norma (*Normprogramm*) – que poderia ser construído pelo direito (prazos, prescrições) ou ainda reconhecido por ele (casamento, família)⁴⁵⁵ –, sendo assim juridicamente mais relevante⁴⁵⁶.

⁴⁵² ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed., p. 249-250. Referida operação apontada conduziria à formação do âmbito da norma (*Normbereich*), correspondendo às características fáticas trazidas ao processo de concretização a partir dos fatos ou conjunto de matérias (*Sachverhalt*) e já trabalhadas à luz do programa da norma (*Normprogramm*) (ibidem, p. 250).

⁴⁵³ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, 7. ed., p. 173, 316-317. In: ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 251.

⁴⁵⁴ Ibidem, p. 250.

⁴⁵⁵ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Direito – linguagem – violência – elementos de uma teoria constitucional I*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 174. In: ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 154.

⁴⁵⁶ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 251. O âmbito da norma ainda abrangeria os fatos que, diante do caso a ser resolvido e dos textos da norma correspondentes, deveriam ser considerados, não podendo permanecer no campo (não obrigatório) do conjunto de matérias (*Sachverhalt*) ou do âmbito da matéria (*Sachbereich*), nem contradizer o programa da norma (*Normprogramm*) (cf. MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, 7. ed., p. 80, 176-180. In: ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 251.). Desse modo, ele (*Normbereich*) não se identificaria com os elementos particulares das circunstâncias fáticas, mas

Todos os elementos desse processo desenvolvido no contexto da concretização, segundo MÜLLER, constituiriam *dados de entrada (Eingagsdaten)* sem caráter normativo. A normatividade só apareceria, para ele, nos resultados da concretização, ou seja, na norma jurídica (*Rechtsnorm*), enquanto resultado intermediário da fusão entre o programa da norma (*Normprogramm*) e o âmbito da norma (*Normbereich*), e na norma decisória (*Entscheidungsnorm*), que seria o resultado final, ou seja, o teor da decisão⁴⁵⁷, que não se limitaria à forma linguística, apesar de veiculada por ela.

Como assevera ADEODATO, MÜLLER, com isso, consegue diferenciar a validade do texto normativo (atributo de um texto que ainda não tem significado normativo) da normatividade (a característica da norma jurídica), que só apareceria no caso concreto. O teórico diz que a validade implica a necessidade de os destinatários do texto se conduzirem de forma compatível com ele, vinculando ainda os profissionais do direito de modo especial, pela obrigação de ela ser considerada o dado de entrada da concretização⁴⁵⁸. Logo, “os textos normativos possuem validade, mas não normatividade, devendo ser respeitados e considerados. A normatividade somente aparecerá no caso concreto, na concreção normativa propriamente dita, momento no qual surgirão a norma jurídica e, posteriormente, a norma-decisão”⁴⁵⁹.

Em crítica ao tema, ADEODATO expõe que MÜLLER aceita o conceito positivista de validade – ainda que a vincule ao texto normativo, não à norma –, sem lhe atribuir nenhum conteúdo axiológico, próprio da teoria do discurso, que relaciona a validade com racionalidade, adequação ou correção⁴⁶⁰. Para ARRUDA DE ANDRADE, o teórico também aproveita a concepção kelseniana de moldura, destacando que, no processo de concreção normativa – do texto normativo até a norma-decisão –, a norma-decisão deveria ter

faria parte da própria estrutura da prescrição jurídica, notando-se um processo de seleção da complexidade dos fatos decidendos.

⁴⁵⁷ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, 7. ed., p. 32-34/202-204. In: ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 4. ed., p. 252.

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 253.

⁴⁵⁹ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 156.

⁴⁶⁰ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 254.

referibilidade com o texto normativo, ainda que houvesse referência aos dados da realidade e aos vários sentidos do programa da norma⁴⁶¹.

Procura-se, assim, destacar a influência dos dados da realidade na formação da norma-decisão, mas concebe-se que o texto da norma teria a função de demarcar os limites a partir da concretização, impedindo decisões em qualquer sentido (decisionismos)⁴⁶². Contudo, para LARENZ, falta clareza de como se dará a construção da norma com base no âmbito e no programa da norma⁴⁶³.

MÜLLER não nega a aplicação dos métodos tradicionais de interpretação, como, *e.g.*, o gramatical, o sistemático e o subjetivo, que se dividiria na parte histórica (trabalho com textos de normas diferentes dos envolvidos na concretização normativo do caso, de normas anteriores) e na parte genética (relativo aos elementos e processos sociais que deram a feição ao texto que se tem em conta, englobando todos esses elementos no programa da norma)⁴⁶⁴. Para tanto, ele estabelece regras de preferência, sustentando que os elementos mais ligados ao texto da lei (gramatical e sistemático) seriam privilegiados na interpretação da norma diante do caso concreto pelo fato de o texto normativo limitar a concretização⁴⁶⁵.

Ao propor uma hierarquia dos elementos de concretização da norma⁴⁶⁶, ou seja, elementos metodológicos, regras tradicionais da interpretação, princípios de interpretação constitucional, bem como elementos do âmbito da norma e do âmbito do caso, elementos dogmáticos, teóricos, técnicos e de política constitucional, conforme os conflitos ou resultados contraditórios aos quais a interpretação poderia conduzir, sua metódica revela um aspecto mais técnico que axiológico e ideológico, tornando-se vulnerável à crítica⁴⁶⁷.

⁴⁶¹ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*, p. 159.

⁴⁶² Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 4. ed., p. 254.

⁴⁶³ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 184.

⁴⁶⁴ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, 7. ed., p. 32. In: ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 240.

⁴⁶⁵ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 241.

⁴⁶⁶ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 90-102.

⁴⁶⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 508-509.

Ainda assim, a teoria de MÜLLER se dirige criticamente à teoria clássica da interpretação, limitada aos elementos de SAVIGNY, recusando a concepção mais superficial de interpretação como determinação do sentido e alcance da norma no caso concreto, porque institui o conceito de concretização. Referido conceito parte da distinção entre norma e texto normativo, negando, assim, que a norma pudesse ser passível de interpretação, pois ela seria o resultado da concretização. Com isso, sua tese torna-se bastante apta a explicar a realidade das sociedades complexas, principalmente aquelas em desenvolvimento, bem como a mutação constitucional; no entanto, assim como todas as outras, essa teoria possui pontos passíveis de críticas.

A metódica envolve uma racionalidade que pretenderia dar segurança à atividade hermenêutica, tanto no aspecto funcional quanto no substancial, ou seja, não seria apenas tecnicamente efetiva, mas também hábil a construir a legitimidade do Estado constitucional e da democracia. Apesar de criticar a Tópica, acusando-a de casuística, MÜLLER não explica em que sentido sua metódica não teria a mesma suposta deficiência, pois ele admite que o procedimento não conduz necessariamente a uma única solução correta. O problema estaria, portanto, em determinar quando a concretização seria adequada, diferenciando-se de decisionismos⁴⁶⁸.

Para ADEODATO, também se nota que a teoria estruturante de MÜLLER mostra-se mais adaptada à lei que a outros textos normativos, como súmulas, precedentes ou decisões não vinculantes⁴⁶⁹. É ainda bastante focada na atividade profissional do jurista, sobretudo do juiz, não só porque concebe a norma como produto da atividade técnica de concretização com base do texto da norma, como também por conceber o direito em uma situação de conflito e necessidade de controle. Em razão disso, não considera o fato de que, na maioria dos casos, as relações jurídicas podem ser concretizadas consensualmente, “*sem necessidade de coercitividade estatal*”⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 53 e ss. In: ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 4. ed., p. 255-256.

⁴⁶⁹ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 261.

⁴⁷⁰ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, 7. ed., p. 349, 365, 367. In: ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 258-259.

E, ainda, salienta LARENZ que, para MÜLLER, a decisão judicial se assentaria na norma construída pelo próprio juiz, a quem compete a concretização em vista do caso concreto. Por isso, a legislação é, de acordo com LARENZ, avaliada por MÜLLER em termos muito escassos⁴⁷¹, uma vez que para a metódica mülleriana “o sujeito do processo de concretização nunca é a norma, mas sim o jurista diante do caso concreto”⁴⁷². Por isso, a tarefa do legislador – incluindo a do Constituinte – seria somente produzir o texto (legal ou constitucional), e não a norma ou a moldura no âmbito da qual se desenvolveriam as interpretações⁴⁷³. A metódica apresenta-se, assim, mais apropriada à atividade judicante das cortes constitucionais que a uma concepção mais democrática e aberta no tocante aos intérpretes da Constituição, a exemplo daquela tida por HÄBERLE⁴⁷⁴.

Verifica-se que HÄBERLE, levando a Tópica às últimas consequências, teorizou o método concretista da “Constituição aberta”, partindo da concepção de um pluralismo democrático da sociedade aberta, ao mesmo tempo sujeito e objeto da ordem constitucional.

Segundo BONAVIDES, HÄBERLE afirma que a Constituição seria a sociedade “constituída” e a ordenação fundamental do Estado, distinguindo a interpretação constitucional em sentido estrito (fundada nos métodos tradicionais elencados por SAVIGNY) e em sentido lato (que englobaria a primeira, caracterizando um processo aberto). Referido processo seria uma operação livre que deveria se conservar o mais abrangente possível, a fim de compreender por igual todos os que participam da vida política da comunidade, desde o cidadão, que faz uma interpretação impessoal da Constituição, até o jurista habilitado para fazer uma interpretação constitucional consciente e profissional⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 183-185.

⁴⁷² Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 4. ed., p. 239.

⁴⁷³ Ibidem, p. 242-243.

⁴⁷⁴ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 13 e ss. In: ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., p. 258.

⁴⁷⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 510. Na linha desse raciocínio, o juiz estaria sob influxo de ambas as espécies de interpretação, possibilitando, juntas, que os direitos fundamentais e a democracia pluralista fossem levados efetivamente a sério. Com isso, o conjunto de processos sociais no qual o direito se insere é exterior e anterior à interpretação jurídica, mas também é parte dela, nos aspectos funcional, pessoal e material, restando evidente que o método concretista da Constituição aberta converte a teoria material da Constituição na hermenêutica do Estado Social (ibidem, p. 510, 511/517).

Desse modo, rejeita-se uma participação no processo de interpretação constitucional adstrita aos agentes estatais e pessoas vinculadas, de modo que elas participem potencialmente das forças da comunidade política. Com isso, a interpretação da Constituição deixa de ser um ato consciente e formal do jurista profissional, para tornar-se obra da sociedade aberta, de modo que a Constituição não é um dado simples e acabado, mas há o problema de quem participa funcional e pessoalmente no seu desenvolvimento.

Logo, conforme a metodologia concretista, passa-se da sociedade fechada dos intérpretes da Constituição a uma interpretação constitucional por uma sociedade aberta e a ela orientada, aumentando-se o número de intérpretes, que, como salienta BONAVIDES, é consequência, segundo HÄBERLE, da incorporação da realidade ao processo de interpretação e só é possível em razão da presença de uma democracia de cidadãos, fundada em pressupostos institucionais estáveis e em sólido consenso democrático⁴⁷⁶.

Assevera ADEODATO que MÜLLER, por sua vez, não concebe a hipótese de que as normas sejam construídas por todos os destinatários de forma plural, como defende HÄBERLE, para quem não é possível estabelecer taxativamente os intérpretes da Constituição. MÜLLER acaba se preocupando mais em desenvolver uma metódica que seja capaz de reter da arbitrariedade judicial, sem, porém, enfrentar a dificuldade do controle sobre o Judiciário, em especial, sobre a moral que o Judiciário pode impor por meio da concretização, insuficiência que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito⁴⁷⁷.

Além disso, a concretização trabalhada por MÜLLER é um conceito procedimental e operacional, servindo para a construção da realidade jurídica, e não somente para a efetivação da norma, no que se refere a lhe atribuir eficácia jurídica ou social. Contudo, o autor não estabelece a distinção com clareza, ficando indeterminado o momento em que a norma vem a se concretizar. Também nem sempre seria possível visualizar com clareza todos os passos da metódica de MÜLLER, *e.g.*, no exame de ação direta de inconstitucionalidade seria difícil determinar o âmbito do caso, porque se trata de uma

⁴⁷⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 512, 515/516.

⁴⁷⁷ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 4. ed., p. 258-259. MÜLLER argumenta, no entanto, que sua metódica só tem sentido no contexto da democracia, voltando-se aos problemas de legitimação dela. Contudo, deve responder à pergunta sobre quem é que pode ser considerado parte do povo, o qual tem a titularidade do poder estatal na democracia (*ibidem*, p. 260).

questão ligada a discussões estritamente técnico-jurídicas, não havendo propriamente um caso concreto⁴⁷⁸.

É pertinente anotar que MÜLLER emprega conceitos de forma muito original, fazendo algumas distinções que se mostram artificiais e dificultam a compreensão, mesmo porque o sentido de alguns termos jurídicos já está solidificado nos usos comuns. Isso dificulta que sua teoria seja bem entendida por quem não teve contato mais próximo com seu trabalho⁴⁷⁹.

Por fim, ressalte-se que MÜLLER procurou relacionar a decisão do caso concreto e a chamada norma geral e abstrata posta pelo legislador, enfrentando um dos principais desafios contemporâneos para a teoria geral do direito, motivo pelo qual sua teoria tem atraído a atenção de doutrinadores brasileiros como BONAVIDES e FÁBIO KONDER COMPARATO, bem como influenciado o trabalho do jurista português JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, objeto de análise no subitem a seguir⁴⁸⁰.

1.4.3 A Metodica Constitucional Estruturante e a Sistematização dos Princípios Constitucionais de José Joaquim Gomes Canotilho

O jurista JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO funda sua teoria em uma metódica estruturante, que se concentra não somente na realização judicial do direito, mas envolve, paralelamente, o manejo de uma teoria da norma, de uma teoria da Constituição, bem como de uma dogmática jurídica. A Constituição é por ele concebida como um sistema normativo aberto de normas e princípios (teoria da norma) e como um conjunto de textos de normas estabelecidos por um poder normativo-constituente ao qual se pode imputar

⁴⁷⁸ ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 4. ed., p. 258-259. p. 256-257.

⁴⁷⁹ Ibidem, p. 257-258.

⁴⁸⁰ Ibidem, p. 224-225.

(teoria da Constituição), tomando a dogmática jurídica como uma disciplina pluridimensional, contendo três atividades: “(1) *descrição do direito vigente*; (2) *análise sistemática e conceitual desse direito*; e (3) *elaboração de propostas de soluções para casos jurídicos problemáticos*” (teoria da dogmática jurídica)⁴⁸¹.

Para que haja uma verdadeira Constituição, CANOTILHO destaca não ser suficiente apenas a existência de um documento, sendo necessário que o seu conteúdo obedeça a princípios fundamentais revelados pelo progressivo constitucionalismo, como, *e.g.*, a existência de um conjunto normativo do corpo político que estabeleça limites ao poder e a existência de princípios norteadores fundamentais dessa normação – *e.g.*, a separação de Poderes, a distinção entre poder constituinte e poder constituído, a garantia de direitos e liberdades e a exigência de governo representativo. A Constituição normativa não é, portanto, um ser, mas um autêntico dever-ser, já que pressupõe a relação entre um texto e um “*conteúdo normativo específico*”⁴⁸².

Essa noção de Constituição normativa é informada por duas outras noções: a Constituição como um conjunto de regras jurídicas codificadas em um texto ou cristalizadas em costumes, com proeminência em relação a outras normas jurídicas, e as normas da Constituição como portadoras de conteúdos aos quais é atribuído em uma comunidade um valor específico superior. Logo, não bastaria um conjunto de regras, já que essas deveriam “*transportar momentos axiológicos corporizados em normas e princípios de bondade material*”⁴⁸³.

Nesse sentido, CANOTILHO considera a Constituição um conjunto de normas jurídicas positivas geralmente plasmadas em um documento escrito que se distingue dos demais atos normativos por ser dotado de posição hierárquico-normativa superior e de autoprímazia normativa. A validade das normas constitucionais não advém de outras de hierarquia

⁴⁸¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.117-1.118. A metódica constitucional de CANOTILHO é inserida na metodologia jurídica em geral, abrigando nela a tendência de se recortarem metódicas regionais relacionadas com problemas específicos, como a metódica dos direitos fundamentais e a metódica normativo-organizatória, uma vez que o trabalho dos juízes de concretizar a Constituição exigiria técnicas específicas para a solução de problemas contidos em áreas diversas (ibidem, p. 1.122).

⁴⁸² Ibidem, p. 1.130.

⁴⁸³ Ibidem, p. 1.130-1.131.

superior. Assim, haveria necessidade de conformidade de todos os atos do poder político com os princípios constitucionais⁴⁸⁴, mesmo porque as normas constitucionais seriam as “normas de normas” ou “fonte primária de produção jurídica”, sendo superiores às demais e, por isso, constituindo verdadeiras determinantes positivas e negativas das normas inferiores⁴⁸⁵.

Diante disso, o teórico salienta a diferenciação entre princípios hermenêuticos e princípios jurídicos, ensinando que os primeiros desempenhariam somente função argumentativa – identificam a razão de ser de uma lei ou ainda auxiliam na construção de normas que não são expressas, o que possibilitaria aos aplicadores do direito o desenvolvimento, integração e complementação do direito, enquanto os princípios jurídicos seriam autênticas normas, de categoria qualitativamente diversa das regras⁴⁸⁶.

CANOTILHO admite, pois, a distinção apontada, a qual poderia ser vista sob vários ângulos: (i) os princípios seriam normas jurídicas impositivas de otimização, aplicados nos vários graus de concretização do direito, enquanto as regras seriam normas que prescreveriam uma exigência modalizada que é cumprida ou não (*applicable in all-or-nothing fashion*); (ii) os princípios poderiam coexistir, sendo sua convivência conflitual, enquanto a convivência entre regras seria antinômica, porque elas se excluiriam; (iii) os princípios, por coexistirem e por demandarem otimização, seriam passíveis de balanceamento de valores e interesses; já as regras não deixariam espaço para ponderação, em face da exigência de que sejam cumpridas na exata medida de suas prescrições; (iv) os princípios poderiam ser objeto de ponderação, pois contêm apenas exigências que devem ser cumpridas *prima*

⁴⁸⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.147-1.148.

⁴⁸⁵ Ibidem, p. 1.148. Por consequência da natureza das normas constitucionais enquanto heterodeterminações positivas e negativas das normas infraconstitucionais haveria conversão do direito ordinário em direito constitucional concretizado. Isso porque, como determinantes negativas, as normas constitucionais desempenhariam função de limite relativamente às normas de hierarquia inferior, ao passo que, como determinantes positivas, elas regulariam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de modo a se obter não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supraordenado (normas constitucionais) e infraordenado (normas ordinárias, legais, regulamentares), verdadeira conformidade material. Assim, a força normativa da Constituição exprimiria seu caráter de lei, que como tal deve ser aplicada, afastando-se teses do começo do século XX que atribuíam à Constituição mero valor “declaratório”, uma natureza de simples direção política e um caráter programático desprovido da força vinculante que as verdadeiras leis deteriam (ibidem, p. 1.149-1.150).

⁴⁸⁶ Ibidem, p. 1.161.

facie, enquanto as regras conteriam fixações normativas definitivas, ficando insustentável a aplicação simultânea de regras contraditórias; (v) e, por fim, se, por um lado, os princípios suscitarão questões de validade e peso, por outro, as regras suscitarão apenas problemas de validade⁴⁸⁷.

Na visão de CANOTILHO, um sistema jurídico necessitaria tanto de regras quanto de princípios para seu bom funcionamento, sob pena de incorrer em legalismo estrito, o que impossibilitaria a resolução de conflitos de uma sociedade dinâmica em constante mudança, ou de levar a marca da excessiva indeterminação e vagueza, gerando uma insegurança jurídica e sendo incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema⁴⁸⁸. Além disso, para o doutrinador, os princípios, em virtude de sua referência a valores e da sua proximidade com a axiologia, teriam função normogenética, ou seja, participariam da formação das normas e seriam o fundamento das normas jurídicas, porque portariam uma idoneidade radiante que lhes habilitaria a ligar todo o sistema constitucional⁴⁸⁹.

CANOTILHO ainda afirma que “*o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma law in the books para uma law in action para uma living constitution*”⁴⁹⁰.

Por isso, a densificação dos princípios constitucionais não decorreria apenas de sua articulação com outros princípios ou regras constitucionais, mas também da articulação feita pelo legislador e órgãos de aplicação do direito ao caso concreto⁴⁹¹. CANOTILHO ressalta os princípios constitucionais estruturantes, quais sejam, aqueles que constituem o núcleo essencial da Constituição, garantindo a esta uma identidade e estrutura, decorrentes de uma dimensão constitutiva (que significa que permitiriam uma compreensão global da Constituição) e uma dimensão declarativa (da qual decorre que eles exprimiriam um conjunto de subprincípios e de concretizações normativas, como no caso do princípio da

⁴⁸⁷ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.161-1.162.

⁴⁸⁸ Ibidem, p. 1.162.

⁴⁸⁹ Ibidem, p. 1.163.

⁴⁹⁰ Ibidem, loc. cit.

⁴⁹¹ Ibidem, p. 1.183.

legalidade)⁴⁹². Com base nessas premissas, o teórico faz uma importante tipologia de princípios e regras.

Apoiado nos princípios jurídicos fundamentais (como aqueles “*historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica*”, tendo recepção expressa ou implícita no texto constitucional⁴⁹³), CANOTILHO sustenta que eles exerceriam uma função negativa, especialmente nos casos-limites (como a oposição entre Estado democrático e ditadura) e nos casos em que houvesse excesso de poder, situação na qual se aplicaria o princípio da proibição do excesso.

Da mesma forma, esses princípios teriam função positiva, pois informam materialmente os atos dos Poderes Públicos, como no caso do princípio da publicidade dos atos jurídicos, antecedido pela exigência de segurança jurídica e de defesa dos cidadãos perante o poder estatal, fornecendo importantes diretivas interpretativas, ainda vinculando o legislador no momento de produção da lei. Com isso, seria possível dizer que a liberdade de conformação legislativa estaria positiva e negativamente vinculada pelos princípios gerais⁴⁹⁴.

Em outra categoria, CANOTILHO assenta que princípios politicamente conformadores seriam os princípios constitucionais que explicitariam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, já que neles seriam expressas as opções políticas nucleares, formando o cerne da Constituição política e refletindo a ideologia inspiradora da Constituição⁴⁹⁵.

Os princípios constitucionais impositivos, segundo CANOTILHO, seriam normas programáticas, preceitos definidores dos fins ou tarefas do Estado, porque vinculariam os

⁴⁹² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.184.

⁴⁹³ Ibidem, p. 1.165.

⁴⁹⁴ Ibidem, p. 1.165-1.166.

⁴⁹⁵ Ibidem, p. 1.166. Trata-se dos limites do poder de revisão na Constituição portuguesa, abarcando ainda princípios definidores da forma de Estado, princípios de organização econômica, princípio da coexistência de diversos setores da propriedade, princípios definidores de estrutura do Estado – unitário, federalista –, princípios estruturantes do regime político e princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política (ibidem, loc. cit.).

órgãos estatais e o legislador à execução de certas tarefas, constituindo-se, pois, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados⁴⁹⁶. Por fim, os princípios-garantia teriam densidade de autêntica norma jurídica prescritiva de condutas, com força determinante positiva e negativa, por estabelecerem diretamente garantias para os cidadãos e vincularem diretamente o legislador na sua aplicação⁴⁹⁷.

Já no que tange às regras, CANOTILHO deixa claro que, com a divisão das normas constitucionais em (i) organizatórias, relativas à regulação da organização do Estado, e (ii) materiais, referentes aos limites e programas da ação estadual em relação aos cidadãos, pode-se traçar uma tipologia das regras constitucionais⁴⁹⁸.

Nesse sentido, o jurista conceitua as regras constitucionais de competência como *“aquelas nas quais se reconhecem certas atribuições a determinados órgãos constitucionais ou são estabelecidas esferas de competência entre os vários órgãos constitucionais”*⁴⁹⁹.

Por fim, as regras de garantias institucionais seriam destinadas a proteger instituições públicas ou privadas, ficando muitas vezes associadas às normas de direitos fundamentais com a finalidade de proteger formas de vida e de organização social indispensáveis à própria proteção dos direitos dos cidadãos. Nessa lógica estariam inseridas as normas constitucionais que, com o objetivo de garantir o direito fundamental de constituir família, protegem-na como instituição⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.168-1.169.

⁴⁹⁷ Ibidem, p. 1.167.

⁴⁹⁸ Ibidem, p. 1.168-1.169. Ele explica ainda que, mesmo sem previsão constitucional expressa, sempre se considerou que as normas organizatórias têm eficácia imediata, bem antes de se desenvolver a teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, e que elas, ao dispor sobre criação de órgãos são também acompanhadas de normas de competência, cujo exercício deriva diretamente da Constituição, afirmando-se contra quaisquer leis incompatíveis com o disposto nas normas organizatórias (ibidem, p. 1.179).

⁴⁹⁹ Ibidem, p. 1.169. Conforme entendimento do autor, há nessas normas, assim como em outras normas organizatórias, certa “contaminação material”, uma vez que comportariam um conteúdo material de dever de garantir a competência constitucionalmente fixada, como também a própria razão de ser da delimitação da competência (ibidem, loc. cit.).

⁵⁰⁰ Ibidem, p. 1.170-1.171.

Diante das considerações tecidas, CANOTILHO explica a sua metódica de interpretação, aplicação e concretização do direito constitucional, nomeada como metódica jurídica normativo-estruturante, a qual se assenta nos seguintes pontos: (i) a rejeição de qualquer interpretativismo extremo (como literalismo, textualismo, ou originalismo), da interpretação como revelação da vontade de um poder constituinte histórico e de uma jurisprudência política, disfarçada na necessidade de mediação e integração dos valores presentes numa ordem constitucional; (ii) a articulação da concepção substantiva de Constituição com o princípio democrático, com fulcro no pressuposto de que os parâmetros substantivos da Constituição seriam concretizados político-jurídico-valorativamente pelo legislador e controlados jurídico-valorativamente pelo legislador e pelos tribunais; (iii) a defesa de uma teoria constitucionalmente adequada, que postularia o apelo simultâneo a valores substantivos (como igualdade, liberdade, justiça), procedimentais (*e.g.*, processo democrático e eleições) e formais (forma da lei ou do contrato), com vistas a dar operacionalidade prática à concepção de Constituição como sistema normativo aberto de princípios e regras; e (iv) a concepção de interpretação da Constituição como interpretação-concretização de uma *hard law* (e não de uma *soft law*), por se entender que as regras e princípios constitucionais seriam padrões de conduta juridicamente vinculantes e não simples diretivas práticas, não se identificando o texto com a norma⁵⁰¹.

A metódica descrita por CANOTILHO teria por tarefa investigar as várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração, jurisdição), estando ligada à resolução de problemas práticos, pelo que se preocuparia com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas.

A estrutura normativa, a seu turno, seria compreendida no ângulo de uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arrancaria da não identidade entre norma e texto normativo e conceberia o texto de um preceito jurídico positivo como apenas a parte descoberta do *iceberg* normativo mencionado por MÜLLER, que corresponderia “ao

⁵⁰¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.199.

*programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional)” e abrangeria o âmbito da norma, isto é, uma parcela da realidade social que o programa normativo só parcialmente contemplaria*⁵⁰².

Segundo CANOTILHO, em um ordenamento com Constituição escrita, o marco inicial para a concretização constitucional deveria ser a consideração da norma como elemento primário do processo interpretativo, com referência à atribuição de significado aos enunciados linguísticos do texto constitucional, passando-se à captação do conteúdo semântico desse texto⁵⁰³, que por sua vez envolveria a realização de uma “operação de determinação”, que seria particularmente difícil no texto constitucional, diante de sua polissemia e vagueza, mesmo porque muitos dos conceitos constitucionais são conceitos de valor, ou seja, conceitos com abertura de valoração (como dignidade e igualdade) que deveriam ser preenchidos pelos intérpretes no momento da concretização⁵⁰⁴.

Sobressairia relevante para o processo concretizador a delimitação do âmbito da norma a partir do texto da norma, porquanto o significado do texto apontaria para um referente, *“cuja análise é fundamental num processo de concretização que aspira não apenas racionalidade formal (como o positivismo) mas também uma racionalidade material. Compreende-se, pois, que: (1) seja necessário delimitar um domínio ou sector de norma constituído por uma quantidade de elementos de facto (dados reais)”* de diferente natureza (jurídicos, económicos, sociais, psicológicos, sociológicos), a ser necessariamente analisado⁵⁰⁵.

Ressalte-se que, para CANOTILHO, *“interpretar as normas constitucionais significa compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam os textos constitucionais”*, pelo que a interpretação constitucional passaria pela atribuição de um significado aos vários símbolos linguísticos escritos no Constituição,

⁵⁰² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.213.

⁵⁰³ Ibidem, p. 1.215.

⁵⁰⁴ Ibidem, p. 1.217.

⁵⁰⁵ Ibidem, p. 1.219.

mediante o emprego de critérios que se pretendem objetivos, transparentes e científicos⁵⁰⁶. E essa tarefa é cabível a todos os aplicadores da Constituição – legislador, tribunais e Administração Pública –, a fim de alcançar um resultado constitucionalmente justo por meio de um método racional e controlável, além de embasar esse resultado também de forma racional e controlável⁵⁰⁷. Fixado isso, o teórico dispõe sobre um “catálogo-tópico”⁵⁰⁸ dos princípios constitucionais que devem ser levados em consideração na atividade interpretativa, sistemática profundamente difundida no Brasil⁵⁰⁹.

O princípio da unidade significa que a Constituição deve ser interpretada de maneira a evitar contradições entre suas normas e obrigaria o intérprete a considerar a Constituição como um todo e a diligenciar em prol da harmonização das tensões entre as normas constitucionais a concretizar, revelando o caráter sistêmico do diploma constitucional⁵¹⁰.

Ao lado dele, o princípio da concordância prática exige a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de modo a coibir o sacrifício total de uns em relação aos outros; aplica-se praticamente de forma especial aos direitos fundamentais, materializando-se nas técnicas de ponderação destinadas a promover a harmonização entre os bens constitucionais⁵¹¹. Dessa forma, esse princípio conduz o intérprete a conciliar normas constitucionais que, no caso concreto, encontram-se em rota de colisão, advertindo que se sacrifique uma delas somente na medida do estritamente necessário para uma justa solução do caso.

O princípio da máxima efetividade indicaria que a uma norma constitucional deveria ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe desse, cuidando-se de um princípio operativo em

⁵⁰⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.206.

⁵⁰⁷ Ibidem, p. 1.207. Para o autor, “interpretar uma Constituição não se reconduz apenas à fundamentação do ‘decidir jurídico’ de casos concretos submetidos à apreciação jurisdicional com base na Constituição (metodologia tradicional); significa também estruturar operadores de concretização (= modos ou regras de densificação) válidos para a aplicação das normas constitucionais pelo legislador e pela administração – metódica jurídica” (ibidem, p. 1.208).

⁵⁰⁸ Ibidem, p. 1.223.

⁵⁰⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 370-385; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 106-108.

⁵¹⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1.223-1.224.

⁵¹¹ Ibidem, p. 1.225.

relação a todas e quaisquer normas constitucionais, com importância concernente à atualidade das normas programáticas e no âmbito dos direitos fundamentais⁵¹².

Esse princípio vincula-se ao da força normativa da Constituição, pelo qual na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve ser dada prevalência aos pontos de vista que, tendo em consideração os pressupostos da Constituição normativa, contribuam para uma eficácia ótima da lei fundamental, ou seja, às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitassem a atualização normativa, garantindo sua eficácia e permanência⁵¹³. É o que se recomenda, principalmente diante de conceitos abertos, dando-se primazia a uma interpretação que melhor encaixe a norma constitucional às circunstâncias fáticas do caso.

Já o princípio do efeito integrador, segundo CANOTILHO, quer dizer que *“na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política”*, motivando a diligência em prol de soluções pluristicamente integradoras⁵¹⁴.

Por último, o princípio da conformidade funcional vislumbra, por um lado, impedir fosse ultrapassada a repartição de funções constitucionalidade estabelecida, em sede de concretização da Constituição, evitando a subversão do órgão encarregado da interpretação constitucional ao esquema organizatório-funcional constitucional, mas, por outro, poderia ser considerado, na visão de CANOTILHO, um princípio autônomo de competência, e não mais um princípio de interpretação constitucional⁵¹⁵.

Ainda de acordo com o teórico português, quanto à mutação constitucional, relativa às alterações constitucionais operadas pela via interpretativa, seria desaconselhável adotá-la como princípio normal de interpretação – o que não quer dizer que a Constituição deva sempre ser tratada como um texto rígido e estático. É que “uma coisa” seria admitirem-se alterações no âmbito da norma que ainda poderiam ser consideradas suscetíveis de

⁵¹² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.224.

⁵¹³ Ibidem, p. 1.226.

⁵¹⁴ Ibidem, p. 1.224.

⁵¹⁵ Ibidem, p. 1.224-1.225.

abrangência pelo programa da norma, “e outra coisa” seria legitimar alterações constitucionais que se traduzam na existência de uma “realidade constitucional”, ou seja, manifestamente incompatíveis com o programa da norma constitucional⁵¹⁶.

1.5 O Positivismo Jurídico Metódico-Axiológico

1.5.1 Ciência do Direito e Escolha do Método

A sucessão histórica de diversas propostas de formulação do conceito de direito e construção de métodos interpretativos serve para ratificar o cenário de “pluralismo metodológico” desde o início anunciado. Para que a situação – normal e aceitável, válido dizer – de diversidade das opções teóricas não conduza a um indesejável sincretismo metodológico, no qual prevalecem o arbítrio do intérprete e as combinações aleatórias e oportunistas, é imprescindível a realização de uma escolha declarada, seja em relação à teoria que determinará a concepção de direito que embasa a investigação, seja no tocante à metodologia da interpretação jurídica que se vincula àquela teoria selecionada.

E não é suficiente anunciar a escolha sem mencionar as razões aptas a justificá-la como pertinente em face das demais candidatas. Bem percebeu HELENO TAVEIRA TORRES que *“os métodos e paradigmas do direito positivo são de certa liberdade de escolha pela doutrina. [...] Vários paradigmas teóricos encontram-se à disposição. Decerto, qualquer método poderá ser eleito”*⁵¹⁷. Contudo, reclama-se um passo além: a eleição necessita ser seguida da justificação racional do conceito e da metodologia selecionados, pois, caso contrário, os juristas poderiam transitar entre as diversas teorias e, ao final, qualquer conclusão obtida poderia ser tida como fundamentada. Não se pode confundir a liberdade

⁵¹⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.228-1.229.

⁵¹⁷ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 104.

intelectual ampla que marca a doutrina jurídica com a anarquia, o caos que permite afirmar qualquer coisa com apoio em qualquer método.

Nota-se, portanto, que a ciência dogmática do direito reivindica, sem transigências, um método que lhe defina as bases e esclareça a conformação. Toda construção da ciência jurídica parte de um conceito de direito, de um método de trabalho – que inclui os procedimentos interpretativos – e de uma autocompreensão sobre a função da ciência jurídica em relação ao direito positivo. Apesar de serem constitutivos de toda investigação de doutrina jurídica, esses três elementos, em geral, ficam implícitos ou são disfarçados pelos juristas que deles se utilizam. Referidas formas de ocultação encerram uma falha epistêmica, porquanto não elucidar os pressupostos de análise e os parâmetros de construção e aferição de hipóteses não só conduz à deficiência das proposições apresentadas, como também dificulta que a teoria sugerida seja submetida à crítica abrangente. Em síntese, ocultar os pontos de partida pode consistir em estratégia para alcançar um reforço, até mesmo artificial, daquilo que é proposto.

Por todas essas razões, as premissas eleitas serão pontualmente reveladas no presente trabalho, bem como os argumentos que as sustentam.

A imputação de um método à ciência jurídica atende a algumas finalidades relevantes, como: (i) diminuir o risco de insegurança gerada pela doutrina⁵¹⁸, em especial quando esta é leniente diante de sincretismos; (ii) garantir que a elaboração das proposições doutrinárias será realizada com coerência, rigor e técnica⁵¹⁹; e (iii) definir, com transparência, o sistema de referência que legitimará⁵²⁰ as proposições afirmadas,

⁵¹⁸ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 40. Reitera-se que a “segurança da doutrina” é dependente da “*elaboração rigorosa e metodologicamente coerente das teorias jurídicas*” (ibidem, loc. cit.).

⁵¹⁹ Ibidem, p. 44. Para HELENO TAVEIRA TORRES, “os métodos, tanto na ciência do direito quanto aqueles da hermenêutica, ou da aplicação do direito, prescrevem limites e clamam por rigor científico ou técnico” (ibidem, loc. cit.). De qualquer modo, repete-se aqui uma parte do texto: “Admitido um método e um dado paradigma, estes deverão nortear toda a hermenêutica e a construção dogmática. E esta unicidade é, sem dúvidas, uma garantia de segurança jurídica, pela certeza e coerência intrassistemáticas” (ibidem, p. 104-105).

⁵²⁰ Ibidem, p. 45. Sem recusar a existência de múltiplos métodos de interpretação válidos, HELENO TAVEIRA TORRES afirma que a admissão de um dado modelo metodológico reclama que este seja mantido como “paradigma de legitimação” e que as proposições obtidas guardem coerência com a eleição metódica realizada. Para o autor, as eleições da metodologia jurídica (conceito de direito) e da metodologia

indicando-se a base em face da qual se faz o teste de verdade/falsidade das proposições da dogmática jurídica⁵²¹.

1.5.2 O Positivismo Metódico-Axiológico em Detalhe

Afirma-se, desde logo, que a concepção de direito a ser seguida deriva da teoria rotulada como *positivismo jurídico metódico-axiológico*, da qual, por sua vez, deriva uma doutrina específica da interpretação chamada *construtivismo metódico-axiológico*⁵²². A tentativa, a seguir, será esclarecer as bases de cada uma delas – que, em verdade, são duas faces de uma só visão sobre o direito –, pois servirão de norte para as várias proposições jurídicas a serem formuladas em face da questão fundamental do presente trabalho, qual seja, *fornecer*

hermenêutica (interpretação) mostram-se “*como modo de conferir coerência e estabilidade às conclusões que possam ser adotadas*” (cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 45).

⁵²¹ Ibidem, p. 101. Para HELENO TAVEIRA TORRES, “*O produto das construções da Dogmática Jurídica não são normas ou textos normativos, mas proposições doutrinárias [...]. As formulações contidas nas proposições doutrinárias, como já foi dito, tomam as normas jurídicas como pontos de partida, obrigatoriamente, mas a coerência com estas pode ser falseada quando submetida a testes de confirmação, sobre ser verdadeira ou falsa (Tertium non datur). Contudo, esse procedimento requer ainda a afirmação do pressuposto metodológico admitido para conhecer ou aplicar o direito positivo*” (ibidem, loc. cit. – sem grifo no original).

⁵²² Ibidem, p. 35-36. A influência mais direta desta pesquisa no tocante aos fundamentos teórico-metodológicos provém do trabalho de HELENO TAVEIRA TORRES. Em seguida, um trecho em que o professor da Universidade de São Paulo expõe os pontos sobre os quais sustenta a sua tese: “[a pesquisa] perfaz-se segundo o positivismo metódico-axiológico e sua variável hermenêutica, aqui definida como construtivismo metódico-axiológico, ao admitir-se o ordenamento jurídico como um sistema normativo de valores jurídicos (por regras, fins e princípios), necessários para garantir a textura institucionalmente aberta da Constituição, o que, ao lado da reflexividade sistêmica, em face dos demais subsistemas do macrosistema social, permite a construção de normas jurídicas válidas e legitimadas internamente ao amparo da efetividade dos princípios e garantias constitucionais nas suas máximas possibilidades”. Afirma o autor que sua tese postula “a construção do conteúdo essencial do princípio-garantia de segurança jurídica [...] mediante critérios jurídicos rigorosos da teoria geral do direito [...]. A opção pelo positivismo metódico-axiológico antecipa uma atitude científica coerente ao longo de toda a construção empreendida, de distanciamento das formulações jusnaturalísticas, i.e., de fundamentações do direito ou dos princípios pré ou supraconstitucionais, bem como da inclusão dos valores ou regras da moral no direito (ao gosto do chamado positivismo jurídico incluyente), sem que isso implique qualquer inflexão ou isolamento, haja vista as condições adrede mencionadas, quanto ao relativismo axiológico e abertura sistêmica do direito à realidade” (ibidem, loc. cit., p. 35-36 – sem grifo no original). Nesse trecho, são antecipados vários elementos que, adiante, serão elucidados.

respostas ao problema da reforma constitucional que ameace atingir a forma federativa, resguardada, na ordem jurídica brasileira, por cláusula pétrea.

Consoante indicado na introdução do capítulo, as teorias do direito não estão separadas das doutrinas da interpretação a elas ligadas, e nem mesmo estas constituem parte secundária daquelas. De fato, a visão hermenêutica contribui para o cerne da construção do conceito de direito, de modo que a separação feita entre a metodologia jurídica e a metodologia hermenêutica do positivismo metódico-axiológico se reveste de mero instrumento para aclarar a explanação. Com base em uma compreensão do sistema jurídico que combina positivismo e abertura a valores, oferece-se um modelo peculiar de interpretação jurídica, o qual norteará a diligência em prol de soluções para questões jurídicas concretas⁵²³.

O positivismo (conceito de direito) e o construtivismo (interpretação) metódico-axiológico, os dois pilares que fornecem completude e coerência a uma só teoria do direito, podem ser desmembrados nestas seis subteses⁵²⁴: (i) positivismo jurídico e modelo monista, (ii)

⁵²³ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 45-46. HELENO TAVEIRA TORRES percebe a linha de continuidade entre definição do direito e métodos de interpretação: “à escolha da metodologia jurídica de aplicação do direito segundo o positivismo jurídico exclusivo, sem concessões para o empirismo ou para operações meramente indutivas (típicos do jusnaturalismo), qualquer método de interpretação que se adote deve guardar coincidência com aquele modelo [...] Portanto, a atitude do intérprete de escolha da metodologia jurídica deve antecipar-se à eleição da metodologia hermenêutica, per se, devendo aquela vir claramente declarada, como modo de conferir coerência e estabilidade às conclusões que possam ser adotadas [...] não há como interpretar o princípio de segurança jurídica sem que antes se assuma uma determinação por construí-lo dentro de determinados métodos ou critérios. Esta é a razão pela qual se propõe aqui sua compreensão a partir do construtivismo metódico-axiológico, ou seja, um método que considera o positivismo elaborado segundo valores e em conformidade com a unicidade metódica, excluídas as interferências da moral ou do jusnaturalismo” (ibidem, loc. cit. – sem grifo no original).

⁵²⁴ Ibidem, p. 43. HELENO TAVEIRA TORRES sintetiza as bases teóricas e metodológicas que orientam a construção da sua tese nos seguintes termos: “Cabível assim a construção do princípio de segurança jurídica e, de resto, todos os seus princípios derivados, em conformidade de parâmetros coetâneos com os valores do Estado Democrático de Direito e garantida a coerência intrassistemática, ou seja, preservada a distinção entre ‘ser’ e ‘dever ser’, como mínimo de ontologia (i), guardado o alheamento de todas as premissas do jusnaturalismo, quanto à designação do seu conteúdo (ii), admitida a abertura axiológica, mas com reservas para interferências de categorias e preceitos da moral na cadeia de interpretação das normas jurídicas (iii), e a afirmação de paradigma sistêmico (norma fundamental) coerente com a validade e legitimidade das normas segundo critérios do próprio sistema, sem qualquer mediação de valores absolutos ou transcendentais (iv)” (ibidem, p. 43). Em outra formulação com fins sintéticos, HELENO TAVEIRA TORRES afirma que o positivismo metódico-axiológico ampara-se em três graus de dualismo. O *dualismo de primeiro grau* opõe o mundo do “ser”, da natureza, da realidade, e o mundo do “dever ser”, da cultura, dos objetos ideais, que compreende as manifestações da normatividade. O *dualismo de segundo grau* separa o direito positivo, de um lado, e o direito natural ou a moral, de outro. Por fim, o *dualismo de terceiro grau*, “pautado pela admissibilidade do direito como objeto do plano do ‘dever ser’ e afastada a opção do jusnaturalismo, em conformidade com o monismo do direito positivo”, separa “o direito positivo includente e o direito

abertura internalizada a valores, (iii) tipos de normas do direito positivo, (iv) sistema como valor, (v) a ciência jurídica e suas funções de descrição e reconstrução crítica; e (vi) construtivismo metódico-axiológico como doutrina da interpretação. Cada uma dessas subteses será tratada em subitens próprios, a seguir.

1.5.2.1 Subtese 1 – Positivismo Jurídico e Modelo Monista

Rejeita-se qualquer tipo de jusnaturalismo, porquanto a ideia de que existem valores definitivos e transcendentais, além de se fundar em um duvidoso ontologismo que supõe buscar essências e reconhecer absolutos, conflita com a relatividade e a pluralidade de valores que prevalecem em um ambiente democrático⁵²⁵. Promove-se, *pari passu*, a adesão ao direito positivo⁵²⁶ criado de maneira democrática pelos órgãos constitucionalmente autorizados. A ordem jurídica positiva iniciada com a Constituição afirmada pelo poder constituinte originário é, pois, o foco de análise e construção do positivismo metódico-axiológico, o qual considera como seu único objeto relevante o direito criado por ações intencionais de quem detém poder para inovar a ordem jurídica.

positivo exclusivo, conforme seja admitida ou não a inserção da moral na hermenêutica jurídica, respectivamente” E, uma vez mais, sustenta a coerência de seus pressupostos: “*O presente estudo corrobora os critérios do direito positivo exclusivo, opera na idealidade e, ao mesmo tempo em que nega algum recurso a valores absolutos, transcendentais ou ontológicos no direito para explicar a segurança jurídica (i), mantém-se integralmente afinado ao monismo do positivismo jurídico, com exclusão de recurso ao jusnaturalismo ou à moral (ii) e afasta-se da necessidade de influências da moral na interpretação jurídica ou à construção da validade do sistema jurídico*” (cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 48).

⁵²⁵ Ibidem, p. 36. Segundo HELENO TAVEIRA TORRES, “*A opção pelo positivismo metódico-axiológico antecipa uma atitude científica coerente ao longo de toda a construção empreendida, de distanciamento das formulações jusnaturalísticas, i.e., de fundamentações do direito ou dos princípios pré ou supraconstitucionais, bem como da inclusão dos valores ou regras da moral no direito (ao gosto do chamado positivismo jurídico incluyente), sem que isso implique qualquer inflexão ou isolamento, haja vista as condições adrede mencionadas, quanto ao relativismo axiológico e abertura sistêmica do direito à realidade*” (ibidem, loc. cit.).

⁵²⁶ Ibidem, p. 42-43. HELENO TAVEIRA TORRES aduz que o termo *positivismo jurídico* não é unívoco e comporta sob o mesmo rótulo uma variedade de métodos. Porém, é possível atribuir ao positivismo um conteúdo mínimo possível, composto de duas partes: (i) os textos normativos prescritivos, como sistema de direito positivo, também dito *sistema interno*; e (ii) as elaborações da dogmática jurídica baseadas naqueles textos, denominadas em conjunto como *sistema externo* (ibidem, loc. cit.). A distinção entre sistema interno e externo será detalhada logo adiante.

É necessário, contudo, reconhecer ao direito positivo uma “ontologia mínima”, a qual adota como critério a distinção entre ser e dever-ser, causalidade e normatividade, natureza e cultura. Essa distinção encaminha à identificação do repertório (conjunto de elementos) do sistema jurídico-positivo; este é percebido como um agregado unitário de normas jurídicas – enunciados de dever-ser, os quais se cindem com os significados de enunciados prescritivos provenientes de órgãos constitucionalmente competentes para a criação do direito.

O afastamento do jusnaturalismo é acompanhado da recusa de qualquer moralidade social cambiante como fonte do direito, como também da ideia de que é possível “revelar” o direito a partir da apreensão dos dados “brutos” relativos às diversas formas de interação social que reclamam algum tipo de regulação jurídica. Em síntese, o direito é percebido pelo positivismo metódico-axiológico como prática social *sob normas*, e estas não têm outra fonte senão o poder político juridicamente legitimado. As exclusões apontadas conduzem a uma restrição do campo jurídico às construções resultantes da positividade própria do direito, o que permite falar, por conseguinte, em adoção de um *modelo monista de direito* ou, simplesmente, *monismo jurídico*⁵²⁷. Há, inclusive, uma relação entre o positivismo exclusivo (ou monista) e a aversão a qualquer forma de sincretismo ou ecletismo metodológico, uma vez que a concentração exclusiva no direito positivo requer uma metodologia (do direito e da interpretação) que respeite e avalize aquela escolha de princípio⁵²⁸. Por exemplo, não haveria sentido anunciar a adoção de uma visão positivista do direito e recorrer a uma doutrina hermenêutica que defenda o acesso a princípios universais de justiça alcançáveis pela razão.

⁵²⁷ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 45-46. Afirma HELENO TAVEIRA TORRES que “a adoção de uma concepção positivista (monista ou exclusiva) requer uma legitimação orientada segundo normas, e não segundo valores morais socialmente cambiantes. Portanto, essa abertura axiológica de que falamos tem que ver com o próprio sentido de abertura constitucional do Estado Democrático de Direito, na construção do direito com base em princípios e garantias constitucionais” (ibidem, loc. cit.).

⁵²⁸ Ibidem, p. 45. Segundo ZAGREBELSKY, citado por HELENO TAVEIRA TORRES, “o monismo jurídico justifica o monismo metodológico” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia: ter capitoli di giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2008, p. 250. In: TORRES, Heleno Taveira. Op. cit., p. 45).

1.5.2.2. Subtese 2 – Abertura Internalizada a Valores

A opção de princípio do positivismo metódico-axiológico por uma visão monista que restringe seu raio de percepção ao direito positivo não implica qualquer normativismo, formalismo, dogmatismo ou outra denominação equivalente a uma visão limitada e simplista sobre o direito. A chave diferencial da teoria jurídica que norteia esta pesquisa está no *reconhecimento dos valores no contexto do próprio direito positivo*, ou seja, pautas axiológicas internas ao “espaço privativo” da ordem jurídica posta⁵²⁹. Portanto, falar em monismo não implica, de forma alguma, fechamento ou cegueira aos valores e à realidade social alvo das prescrições jurídicas⁵³⁰. O positivismo metódico-axiológico apenas promove uma filtragem no modo de abertura do direito às informações valorativas e sociais; é o direito positivo mesmo que “controla” o acesso àqueles elementos⁵³¹.

⁵²⁹ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 46. HELENO TAVEIRA TORRES defende o “*construtivismo metódico-axiológico, ou seja, um método que considera o positivismo elaborado segundo valores e em conformidade com a unicidade metódica, excluídas as interferências da moral ou do jusnaturalismo*” (ibidem, loc. cit. – sem grifo no original). Seu positivismo exclusivo ou monista (restrito aos valores internos do ordenamento positivo) revela-se em diversas outras passagens: “*O monismo do direito positivo, portanto, exclui qualquer abertura para sistemas ou critérios de validade ou de legitimidade externos ao sistema jurídico, como é o caso dos princípios metajurídicos (pré ou supraconstitucionais). Essa opção metodológica não significa qualquer fechamento a valores. Antes, assume-se aqui o positivismo jurídico na única formulação coerente com o constitucionalismo inerente ao Estado Democrático de Direito, que é o positivismo jurídico metódico-axiológico que ora desenvolvemos, monista em todos os seus elementos, mas ‘aberto’ à realidade por meio dos valores incorporados institucionalmente como direitos e liberdades expressos ou implícitos*” (ibidem, p. 55 – sem grifo no original); “*Parte-se do positivismo jurídico metodológico, essencialmente exclusivo (PJE), para acrescer sua feição axiológica, em virtude da abertura constitucional típica de qualquer Constituição de um Estado Democrático de Direito, uma abertura que só é possível pela autoaplicabilidade dos direitos e das liberdades fundamentais, pela capacidade de incorporação de novos direitos e liberdades e pela função seletiva que os valores (intranormativos) têm na comunicação com a realidade social*” (ibidem, p. 63 – sem grifo no original).

⁵³⁰ Ibidem, p. 106/113. Consoante HELENO TAVEIRA TORRES, “*o sistema jurídico, dotado de fechamento operacional, abre-se reflexivamente para ‘apreender’ conteúdos semânticos [...] para a (re)produção de suas normas, o direito precisa comunicar-se com as outras realidades (reflexividade sistêmica), mediante observação controlada, para que seja possível sua compatibilidade material (de conteúdo) com a realidade social à qual ele se destina*” (ibidem, loc. cit.).

⁵³¹ Ibidem, p. 321. Para HELENO TAVEIRA TORRES, “*dizer que a Constituição (material) tributária é ‘relativamente’ aberta a valores não implica qualquer flexibilidade à rigidez constitucional ou qualquer adesão ao jusnaturalismo ou ao direito positivo includente. Diz-se aberta aos valores que se encontram consagrados, na dinâmica evolutiva dos conteúdos ou mesmo pela incorporação de novos direitos, por reformas ou interpretações do STF, por típica ‘mutação’ constitucional segundo interpretações. E dizemos ‘relativamente’ porque a abertura institucionalizada a valores acompanha o relativismo axiológico, que não*

Nesse sentido, o conhecimento dogmático-jurídico vinculado à teoria do positivismo metódico-axiológico encontra como ponto de partida necessário o direito positivo, mas não está ofuscado a ponto de desconsiderar os valores jurídicos positivados e as parcelas da realidade social reguladas por normas jurídicas postas. Essa abertura “internalizada” aos valores e às demais esferas da vida social compatibiliza uma visão positivista do direito com o imperativo de maximizar a eficácia das escolhas axiológicas feitas pelo legislador democrático, as quais, ao invés de assumirem a crença tipicamente jusnaturalista de que há valores que devem prevalecer para toda e qualquer circunstância histórico-social, expressam uma relação de preferibilidade mutável⁵³² entre valores que estão, potencialmente, em conflito. A essa perspectiva denomina-se *relativismo ou pluralismo axiológico*⁵³³, e sua compatibilidade com o positivismo metódico-axiológico não se limita ao plano geral de reconhecimento do dissenso valorativo que prevalece nas sociedades ocidentais, mas se estende a um nível mais específico – aponta o direito positivo como repositório de preferências e hierarquias valorativas que vão alternando-se ao longo do jogo democrático, de modo que a prevalência de uns não está garantida ao longo do tempo nem se mostra indiscutível⁵³⁴.

concede a existência de valores absolutos, na medida em que somente os valores permitem a relação entre o fático e o normativo, mediada pelo intérprete, na composição com os demais valores (i) e entre recíprocos exercícios de direito (ii), à luz da Constituição” (cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 321).

⁵³² Ibidem, p. 179/508. Após rejeitar teorias metafísicas do direito, cujos representantes mais conhecidos são os diversos jusnaturalismos, que apontavam alguns valores absolutos como fins da ordem jurídica, HELENO TAVEIRA TORRES percebe que, na sociedade atual, prevalece a ideia de que os valores integram “uma escala de preferibilidade diferenciada” e todos eles “informam a produção legislativa ou perpassam a hermenêutica nos múltiplos atos de ‘aplicação do Direito’”. Em síntese, “o relativismo axiológico insurge-se contra o monismo ou prevalência de um determinado princípio central na ordem jurídica, com sentido de permanência e atemporalidade” (ibidem, loc. cit.).

⁵³³ Ibidem, p. 522. Segundo HELENO TAVEIRA TORRES, “a ordem constitucional atual (da qual o Sistema Constitucional Tributário é parte integrante) caracteriza-se pelo relativismo axiológico, em oposição ao absolutismo axiológico dos metafísicos de outrora. Toda a construção principiológica baseia-se no pluralismo axiológico, em superação ao monismo axiológico típico do jusnaturalismo ou de outros modelos. E esta pluricidade de valores do sistema normativo do Estado Democrático de Direito requer uma intensa relação entre os valores dos mais distintos direitos e liberdades fundamentais, em permanente interação entre si e em face do exercício das competências estatais, o que qualifica o relativismo axiológico suprarreferido” (ibidem, loc. cit.).

⁵³⁴ Ibidem, p. 527-528. A relação de hierarquia entre valores, para HELENO TAVEIRA TORRES, “exige uma necessária comparação para exame das notas distintivas e a função ou finalidade a cumprir por cada valor na ordem axiológica que é o ordenamento [...] Na visão clássica dos valores, a hierarquia efetivava-se em cada caso pelo exame de conteúdos absolutos ou por critérios a priori, segundo preferibilidades e outras notas [...] Eiva-se de equívocos ordenar os valores por ‘absolutos’ e ‘relativos’, como se estes fossem complementares daqueles, unicamente com a finalidade de realizar o propósito de hierarquia dos valores,

O reconhecimento do direito positivo como veículo de afirmação de determinadas pautas valorativas pode ser descrito de outra perspectiva, mais precisamente a oposição entre *positivismo jurídico exclusivo* – posição aqui adotada – e positivismo jurídico inclusivo. Embora partilhem da refutação ao jusnaturalismo, ambos os modelos de positivismo jurídico separam-se na medida em que reconhecem aos valores sociais e à moralidade diferentes papéis na identificação da validade das normas e, também, na interpretação dos enunciados jurídicos⁵³⁵.

De um lado, o positivismo exclusivo (também qualificado como “forte”, “pleno” ou “*hard*”) não admite que valores e crenças morais socialmente difusas tenham algum papel na determinação dos juízos de validade das normas positivas ou na atividade interpretativa; e, de outro, o positivismo inclusivo (igualmente caracterizado como “moderado” ou “*soft*”) permite a entrada de referenciais valorativos e morais que, de início, situam-se fora do espectro de positivação do direito, mas são “importados” para a prática jurídica (para definir a validade e/ou para interpretar o direito) por força da opção teórica de fundo.

Porque padece de vícios semelhantes aos do jusnaturalismo, como as tendências de hipostasiar o direito nos valores comunitários e de contribuir para o enfraquecimento da eficácia das normas criadas pelas fontes de poder, o positivismo inclusivo deve ser descartado. E, uma vez eleito o *positivismo exclusivo*, a validade das normas e a interpretação jurídica não se tornam radicalmente indiferentes aos valores, pois, como já se

*como suscitado. Todos os princípios (valores) são ‘relativos’. Esse é um pressuposto condicionante da sua aplicação na visão hodierna. Nesse particular, a segurança jurídica exige o relativismo axiológico dos princípios, que já não se afirmam como pré ou supraconstitucionais, de modo absoluto e ‘descritos’ como dados ou instituições. A relatividade dos valores assume, agora, a condição de pressupostos de aplicação de qualquer valor jurídico, e de resto todos os princípios que os veiculam. E assim, no constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, dada a diferenciação dos valores, estes serão sempre passíveis de ‘calibração’, como dimensão de peso (sopesamento) ou pela relação entre meios e fins (proporcionalidade), nas hipóteses de colisões ou de restrições a direitos ou liberdades, respectivamente. Neste novo constitucionalismo, o intérprete abandona o arbítrio das hierarquias de valores positivados, ao reservar exclusivamente à Constituição o papel de diferenciação, ademais do próprio relativismo dos valores entre si” (cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 527-528). Apoiado em PADRE VAZ, HELENO TAVEIRA TORRES sustenta que a hierarquia de valores transmuda-se em uma hierarquia de normas, a qual não decorre de uma ordenação subjetivista, mas oferece “critérios rigorosos de demarcação da prioridade de um princípio em relação ao outro” (ibidem, p. 528).*

⁵³⁵ Ibidem, p. 48. Observa HELENO TAVEIRA TORRES que, “*pautado pela admissibilidade do direito como objeto do plano do ‘dever ser’ e afastada a opção do jusnaturalismo, em conformidade com o monismo do direito positivo [...] [separam-se] o direito positivo includente e o direito positivo exclusivo, conforme seja admitida ou não a inserção da moral na hermenêutica jurídica, respectivamente*” (ibidem, loc. cit.).

referiu, as pautas axiológicas institucionalizadas (ou seja, positivadas) são plenamente utilizáveis e passam a compor o que se pode chamar de “justiça interna” do direito, cuja concretização vincula-se à diligência em prol da máxima efetividade dos valores afirmados na Constituição e nos demais instrumentos da legalidade.

1.5.2.3 Subtese 3 – Tipos de Normas do Direito Positivo

A circunscrição do positivismo jurídico metódico-axiológico às normas postas e aos valores internalizados, resultante do seu viés “exclusivo”, reclama maior precisão analítica sobre os modos pelos quais as escolhas valorativas manifestam-se no contexto de positividade do direito. Essa necessidade explicativa conduz à identificação dos textos dotados de autoridade como os meios específicos de afirmação dos valores. Mas ainda não é tudo: esses textos “comportam” mais de um tipo de norma jurídica⁵³⁶ e, logo, mais de uma modalidade de certificação das estimativas sobre o justo.

Exsurgem, aqui, três veículos de resguardo dos valores pelo direito positivo⁵³⁷, todos eles dotados de igual relevância: (i) as regras; (ii) os princípios; e (iii) as normas de objetivo constitucional. As *regras* são influenciadas por valores e os afirmam em suas determinações deônticas, mas os mantêm como pano de fundo ao passo que prescrevem, de modo direito, as condutas obrigatórias, proibidas ou permitidas. Os *princípios* são

⁵³⁶ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 531. Para o construtivismo metódico-axiológico, regras e princípios não são dados, mas construções hermenêuticas resultantes do paradigma metodológico adotado (ibidem, loc. cit.). Sobre o desenvolvimento da percepção de regras e princípios como resultantes do trabalho interpretativo, e não como entidades objetivas dadas, como preferia a ontologia, e a respectiva crítica à tese da “distinção forte” entre regras e princípios, ver TORRES, Heleno Taveira. Op. cit., p. 533-536.

⁵³⁷ Ibidem, p. 499/501. HELENO TAVEIRA TORRES afirma que “*Norma jurídica, seja regra ou princípio, veicula valores [...] todas as unidades do sistema normativo, dado que são categorias do plano do ‘dever ser’, são meios de manifestação de valores, dos quais decorrem os fins do sistema jurídico, especialmente aqueles que significam a consagração de direitos e liberdades fundamentais, para os quais a positivação em normas-princípios é fundamentação para sua vinculação e efetividade*” (ibidem, loc. cit.). Para aprofundamento sobre as relações entre normas e valores, ver TORRES, Heleno Taveira. Op. cit., p. 500 e notas 9 e 10.

normas de direito positivo⁵³⁸, cuja função precípua é proclamar valores objetivos, relativos e com força vinculante para todo o sistema jurídico, ou seja, sem limitação a regras ou subsistemas específicos. Os princípios obrigam o máximo de observância e efetividade dos valores afirmados e vedam toda conduta em sentido contrário ao seu âmbito normativo e, sobretudo, ao seu conteúdo essencial. Já os *objetivos de valor constitucional* (ou *normas-objetivo*) são normas que protegem valores mediante a enunciação de políticas públicas e a indicação particularizada de fins a serem atingidos, mantendo margem ampla de liberdade para a seleção dos meios a serem empregados na execução das tarefas estatais.

1.5.2.4 Subtese 4 – Sistema como valor

O positivismo metódico-axiológico reconhece à ideia de sistema uma função especial, que não se confunde com a mera descrição de realidades nem postula, tal como fazem as ontologias tradicionais, que os fatos sociais componham, essencialmente, um agregado de caráter sistêmico. Para escapar do dilema que opõe o sistema como resultado do pensamento que organiza dados e o sistema como essência própria dos objetos investigados, a teoria jurídica que serve de base a esta pesquisa confere à noção de sistema um caráter valorativo, de modo a elevá-la à condição de ideal a ser perseguido tanto na doutrina quanto na prática jurídica⁵³⁹.

⁵³⁸ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 508. A relação entre princípios e positivismo jurídico é tema controverso na teoria jurídica. ZAGREBELSKY, e.g., entende haver incompatibilidade, pois o positivismo pressuporia neutralidade axiológica, ao passo que os princípios reclamariam uma atitude de conformação a valores (cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge diritti giustizia*. Torino: Einaudi, 1992. In: TORRES, Heleno Taveira. Op. cit., loc. cit.).

⁵³⁹ Cf. TORRES, Heleno Taveira. Op. cit., p. 82. HELENO TAVEIRA TORRES recusa à ideia de sistema a propriedade de descrever essências ou propriedades dos objetos reais. Prefere, ao contrário, tomar o sistema como expressão de um valor, um dever-ser, o qual encerraria uma forma mais apropriada de organização social e proteção dos indivíduos. Os sistemas, entre eles o jurídico, são centros que geram valores e inspiram expectativas das pessoas que os tomam como base para suas ações. É nesse sentido que HELENO TAVEIRA TORRES assevera: “*O futuro está antecipado no presente pela direção do processo de autodeterminação do sistema, fruto da coerência interna que leva, por sua vez, à permanência e continuidade*” (ibidem, p. 82).

A concatenação entre os elementos do direito positivo – as normas, sejam elas regras, princípios ou objetivos constitucionais; a maximização da coerência normativa e finalística; a prevenção e o combate às contradições normativas e valorativas; o condicionamento da validade jurídica aos requisitos sistêmicos, ou seja, internos ao direito positivo; a interpretação de todos os enunciados normativos da perspectiva sistemática, o que significa considerar não apenas os demais textos normativos da ordem jurídica posta, mas também cogitar dos valores e fins globalmente afirmados pelo sistema jurídico como dignos de especial proteção – todos esses hábitos intelectuais, de inegável repercussão para a atividade dos juristas, resguardam a posição de valor fundamental reconhecida à sistematicidade do direito e da interpretação jurídica, que surge como fim a ser concretizado tanto na criação de normas jurídicas em conformidade aos estritos termos das exigências do sistema jurídico-positivo vigente, assim como na adoção de posturas hermenêuticas que adotem a ideia de sistema jurídico como referência fundamental⁵⁴⁰.

Alude-se, dessa perspectiva, a um autêntico “princípio do sistema jurídico” (da sistematicidade da ordem jurídica, do direito como sistema), que veicula valores como ordem, organização, coerência, estabilidade, certeza, previsibilidade e confiança⁵⁴¹. Configura-se, em favor dos múltiplos destinatários das normas de direito positivo, um “direito fundamental ao sistema”⁵⁴², o qual emerge como razão justificadora da

⁵⁴⁰ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 338-339. Segundo HELENO TAVEIRA TORRES, “Este arranjo sistêmico [da constituição tributária] confere o seu conteúdo, mas não o esgota, por tratar-se de uma ordem axiológica que visa a efetivar princípios, o que favorece o seu permanente aperfeiçoamento, a partir do contato com a realidade mediado pelos valores. E essa reflexividade, porém, não afeta a condição de fechamento do sistema, na medida em que a função de ‘bloqueio’ do princípio do sistema constitucional tributário veda comportamentos normativos ou hermenêuticos tendentes a corromper o modelo sistêmico ou comprometer sua efetividade [...] De se ver, pois, que o sistema tributário reclama uma interpretação dos textos jurídico-tributários sob bases de uma metodologia sistêmica [...]. A simples referência ao sistema tributário como critério hermenêutico, em si mesmo, já é uma expressão de segurança jurídica (função de bloqueio) [...] Para os fins de aplicação e interpretação do Sistema Constitucional Tributário, o método sistemático (acomodado à lógica formal e à lógica da argumentação), a nosso ver, é o único que guarda coerência e reflexividade suficientes com a realidade, aberto aos valores do próprio sistema ou às incorporações institucionalizadas de novos direitos fundamentais [...]. O princípio do sistema tributário particula-se por exigir metodologia específica para conhecer e aplicar o direito tributário, mediante o modelo de ‘sistema’ (interno) e segundo a relativização axiológica do Estado Democrático de Direito, em detrimento das noções de valores absolutos de antanho” (ibidem, loc. cit.).

⁵⁴¹ Ibidem, p. 81. Salienta o estudioso que “O sistema jurídico, como ordenamento, consiste no objeto do positivismo jurídico metódico-axiológico, que faz coincidir o estruturalismo sistêmico-metodológico com a axiologia da ordem, a partir do interior” (ibidem, loc. cit.).

⁵⁴² Ibidem, p. 19. Conforme entendimento de HELENO TAVEIRA TORRES, “o Sistema Constitucional Tributário equivale a uma escolha da Constituição por fins, meios e valores que devem servir à criação e

invalidação de atos de criação, interpretação e aplicação do direito que infirmem ou debilitem as qualidades sistêmicas da ordem jurídica.

A justiça, enquanto pauta moral que norteia o direito politicamente criado, converte-se em resguardo e reforço da sistematicidade própria do direito. Ao se reconhecer a Constituição como complexo de valores juridicamente institucionalizados, um dos quais é a conformação do direito sob o modelo de sistema, identifica-se uma espécie de parceria em prol da efetividade reforçada do texto constitucional: na medida em que o direito positivo encontra seu alicerce na Constituição positiva, a sistematicidade da ordem jurídica serve como instrumento para que a própria Constituição seja levada em consideração de modo constante e para a totalidade das operações jurídicas, o que retoma a mencionada concepção de justiça como eficácia potencializada dos valores constitucionais.

1.5.2.5 Subtese 5 – A Ciência Jurídica e suas Funções de Descrição e Reconstrução Crítica

Tratar de “sistema jurídico” exige, sob as lentes do positivismo metódico-axiológico⁵⁴³, precisão. Distinguem-se, por seus elementos e funções, o *sistema interno* e o *sistema*

*aplicação dos regimes jurídicos de todos os tributos, com a concretização de seus princípios e competências, o que é o mesmo que o prover de segurança jurídica permanente. Para tanto, a Constituição consagra o direito a um verdadeiro ‘princípio do sistema tributário’ ao usar a expressão ‘Sistema Tributário Nacional’ no Capítulo I do Título VI, para positivizar seu integral conteúdo, ao tempo que distribui competências, identifica e separa as espécies de tributos, reconhece direitos fundamentais e imunidades tributárias e regula a criação e a modificação da legislação tributária. Nesse contexto, positivou o seu sentido e conteúdo mediante a coordenação funcional de direitos fundamentais e competências impositivas. A referência ao sistema tributário, pois, já é expressão de segurança jurídica, como norma de proibição que veda comportamentos normativos ou hermenêuticos contrários ao modelo sistêmico exigido ou dirigidos a comprometer sua efetividade (função de bloqueio); e como norma de garantia, que permite a concretização dos princípios do sistema tributário, e da segurança jurídica, em particular, nas suas máximas possibilidades” (cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 19).*

⁵⁴³ Ibidem, p. 102-103/120. Diante da pluralidade de metodologias jurídicas disponíveis e ciente dos equívocos que envolvem o sincretismo metodológico, HELENO TAVEIRA TORRES pretende justificar sua opção pelo *positivismo jurídico metódico-axiológico*, sem deixar de confrontá-lo com alguns “concorrentes”. Afirma, pois, o autor: “Promovida a escolha do método jurídico para descrição do sistema interno, ao

externo⁵⁴⁴. O primeiro é o próprio direito positivo, composto por suas normas de tipos variados e dotado de funções prescritivas (normas de conduta) e organizacionais (distribuição de competências). O segundo, por sua vez, é integrado pela ciência do direito (dogmática, doutrina), cujos elementos são proposições doutrinárias que objetivam descrever, analisar e apreender de forma ordenada as normas jurídicas positivas⁵⁴⁵. De um

*mesmo tempo, tem-se a constituição dos pressupostos de formação do sistema científico (externo). Com isso, quando se admite a descrição do sistema jurídico (interno) a partir dos critérios de validade, fundados na legitimidade de uma norma fundamental, garante-se a coerência (interna e reflexiva) necessária para determinar a unidade do sistema externo, segundo o axioma do positivismo. Neste passo, deve-se admitir o axioma da completude, na hipótese de a opção recair sobre o positivismo jurídico exclusivo; ou o axioma da abertura, no caso do positivismo jurídico includente. Por outro lado, tratando-se de adesão ao paradigma de organização do sistema de direito positivo com base em critério de legitimidade fundado na 'justiça', na 'moral social', nos valores da 'religião' ou do 'direito natural', a coerência e a completude passam a assumir conteúdos diversos, para uma descrição segundo o sistema ou o modelo que se possa adotar na espécie [...] Em resumo, em qualquer hipótese, a construção científica do direito deve fundar-se em uma unidade metodológica (sistema de referência) que permita aferir a veracidade das proposições no sistema descritivo da ciência do direito". E acresce sobre a relevância prática da eleição da teoria jurídica que define a base da investigação: "A definição do método e do paradigma necessários à construção do sistema e seus axiomas, como positivismo includente, jusnaturalismo ou o positivismo jurídico metódico-axiológico aqui adotados [sic], deverão informar não apenas os modelos de aplicação de normas do sistema positivo como também todas as construções científicas da dogmática, pela reflexividade, como a comunicação entre ambos os sistemas" (cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 102-103/120).*

⁵⁴⁴ Ibidem, p. 85. Amparado na monumental trilogia de MARIO LOSANO, HELENO TAVEIRA TORRES distingue, no campo do direito, o sistema interno do sistema externo. O primeiro é o próprio sistema de direito positivo, "formulado em linguagem prescritiva e cujas proposições unificam-se pela conformidade à norma fundamental", ao passo que o segundo equivale ao sistema da dogmática, "informado pela dependência axiomática daquele sistema interno" (cf. LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à escola fistórica*. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008, v. 1, p. 200. In: TORRES, Heleno Taveira. Op. cit., p. 85). Refere, amparado na distinção divulgada por LOSANO, que "A diferenciação entre ambos, como sistema científico (dogmática) e sistema prescritivo do direito (ordenamento), deveras, é marcada pela continuidade e coerência intersistêmica, já que, para a dogmática, as normas são pontos de partida (topoi) incontestáveis, logo, axiomas para as proposições" (cf. LOSANO, Mario G. Op. cit., p. 200. In: TORRES, Heleno Taveira. Op. cit., p. 84-85). Prossegue sobre a distinção nos seguintes termos: "A diferença entre os dois sistemas ficaria por conta da modalidade dos nexos: puramente lógico, no sistema externo (i) e segundo as qualidades específicas (ii), no sistema interno. Ou seja, no direito, enquanto no sistema interno o que se presta para a diferenciação sistêmica é a matéria das normas, unificadas pela norma fundamental de cada sistema (escopo do sistema), e são as notas específicas (validade) que servirão para relacioná-las como 'elementos' do 'sistema', no sistema externo essa relação dá-se pela conexão lógica entre as proposições (descritivas) e a linguagem prescritiva do sistema interno" (ibidem, p. 88-89).

⁵⁴⁵ Ibidem, p. 101-102. Esclarece HELENO TAVEIRA TORRES que "O produto das construções da Dogmática Jurídica não são normas ou textos normativos, mas proposições doutrinárias. No sistema externo, essas proposições descritivas são formuladas por dedução, a partir dos teoremas e postulados e pela reflexividade do conteúdo prescritivo do ordenamento jurídico. As formulações contidas nas proposições doutrinárias, como já foi dito, tomam as normas jurídicas como pontos de partida, obrigatoriamente, mas a coerência com estas pode ser falseada quando submetida a testes de confirmação, sobre ser verdadeira ou falsa (Tertium non datur). Contudo, esse procedimento requer ainda a afirmação do pressuposto metodológico admitido para conhecer ou aplicar o direito positivo. À guisa de exemplo, se adotamos o positivismo jurídico metódico-axiológico aqui empregado, afirma-se, em nosso específico 'sistema de referência', a 'norma fundamental' como paradigma sistêmico tanto para a ciência quanto para a interpretação e aplicação (sistema interno) [...] Estas proposições doutrinárias deverão ser construídas segundo o domínio homogêneo

lado, o sistema interno, com suas pretensões de regulação das condutas⁵⁴⁶, e, de outro, o sistema externo, dedicado a decifrar e compreender o direito posto.

Separar os dois sistemas, no entanto, não equivale à ruptura dos diversos vínculos que se estabelecem entre eles. O mais importante deles é, sem dúvida, expresso pela ideia de que o direito positivo funciona como base referencial para mensurar a verdade ou a falsidade das proposições descritivas formuladas pelo sistema externo – a ciência jurídica⁵⁴⁷. Ao observar a mesma relação pela outra face, verifica-se que à doutrina, em sua tarefa de expandir o conhecimento, cabe o dever de restringir-se ao direito positivo; uma vez que este é pressuposto como completo, fica limitado, por conseguinte, o campo da descrição

de referência, que deve corresponder ao sistema das normas jurídicas positivas e à construção dos fatos presentes nos pressupostos ou nas consequências de cada proposição normativa” (cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 101-102). Entre o sistema interno e o externo prevalece o “princípio de independência dos axiomas”, que possui a função de autorizar a dedução de proposições científicas que comporão o segundo (externo) a partir do conteúdo do primeiro (interno). Uma consequência relevante desse princípio da independência dos axiomas revela-se no fato de que a partir de “‘sistemas de referência’ diversos [...] possivelmente respostas teóricas e decisões jurídicas poderão ser divergentes, contraditórias ou semelhantes, mas dificilmente serão idênticas, ainda que laborem em grau elevado de aproximação dos fundamentos” (ibidem, loc. cit.).

⁵⁴⁶ Ibidem, p. 91. HELENO TAVEIRA TORRES expõe os axiomas básicos (ou fundamentos indiscutíveis) do sistema jurídico interno (direito positivo), os quais “se prestam à ordenação e constituição dos elementos” (ibidem, loc. cit.). Em explicação mais detalhada, o autor registra que “O sistema jurídico constitui-se como uma ordem axiológica e possui objetivos funcionais e conteúdos teleológicos que não podem prescindir da intermediação do ser humano para a aplicação das regras e princípios jurídicos. Por isso mesmo, os axiomas do ordenamento jurídico (sistema interno) não podem ser as espécies normativas per se, mas os requisitos do sistema para compor a estrutura e [sic] das relações entre as normas e o próprio sistema” (ibidem, p. 92). Em seguida, arrola os axiomas que considera os fundamentos da ordem jurídica positiva: (i) permanência; (ii) coerência; (iii) unidade/hierarquia e diferenciação sistêmica; (iv) continuidade; e (v) completude/fechamento (ibidem, p. 92-97).

⁵⁴⁷ Ibidem, p. 98-99. HELENO TAVEIRA TORRES enfatiza que “A ‘descrição’ de que se fala não é uma simples glosa textual ou repetição de proposições, mas uma efetiva ‘construção’ segundo o método e paradigma adotados, bem como os teoremas e postulados. Cabe à doutrina formular teorias e postulados (ou ‘princípios’ de ciência do direito) que permitam ‘construir’ a coerência interna das proposições descritivas entre si e a coerência com o sistema interno (coerência esta que chamamos de ‘axioma da reflexividade’), ou seja, com os ‘pontos de partida’ da dogmática, que são as proposições prescritivas (normas jurídicas), a partir das opções de métodos e de paradigmas. De se ver, portanto, que a ciência do direito, na sua ‘completude’ sistêmica, necessita de critérios de testabilidade das proposições (para evitar as contradições internas e reflexivas), por meios comparativos, que são os postulados, princípios e teoremas (meios de formação), com o fim de ‘construir’ proposições descritivas” (ibidem, loc. cit.). Adiante, o autor completa o raciocínio nos seguintes termos: “Essa linguagem ‘descritiva’ do sistema externo (ciência do direito), como visto, necessita de teoremas, princípios e postulados, cujas formulações deverão ser submetidas à testabilidade na base empírica da ciência jurídica, que é o direito positivo, como observa Souto Maior Borges, na linha de Karl Popper. E como são instrumentos unicamente do sistema externo, não se admite a utilização no sistema interno (ordenamento), onde só cabe a ocorrência de normas jurídicas (como regras de validade, regras de conduta, princípios ou garantias). Transpor categorias que só têm valência na ciência do direito para o âmbito do direito positivo é um grave erro de metodologia” (ibidem, loc. cit.).

analítica feita pela ciência do direito às fronteiras estritas do sistema jurídico posto e dos valores por ele internalizados. As “cercas” decorrentes do positivismo metódico-axiológico bloqueiam à dogmática jurídica o acesso tanto a valores sociais e crenças morais que correm em paralelo ao direito positivo como ainda às realidades sociais não filtradas pelos próprios termos da normatividade positiva do direito.

As reciprocidades entre sistema interno e sistema externo, e, especificamente, as limitações do último em face do primeiro, induzem a perquirir sobre a função assumida pela ciência jurídica no contexto do positivismo metódico-axiológico. Ressalte-se que se trata de um ponto crucial para a autocompreensão metodológica desta pesquisa, dado que o estudo ora proposto – analisar o federalismo enquanto cláusula pétrea no constitucionalismo brasileiro e a possível inconstitucionalidade de emendas que alterem a estrutura federativa das finanças públicas e da tributação – é, precisamente, expressão do sistema externo, construção no campo da ciência jurídica movida pela aspiração de emitir proposições corretas sobre o direito positivo.

O positivismo metódico-axiológico impulsiona um abrandamento do radicalismo que marca a tradição da teoria positivista do direito no que tange à função exclusivamente descritiva da ciência dogmática. Propõe, em substituição à mera apreensão neutra e análise distanciada, um autêntico *construtivismo crítico*, que estende o papel social dos juristas ao compromisso de diligenciar em prol de teses, princípios e interpretações que promovam com mais eficiência e justiça os valores cuja positivação transformou em chaves do sistema jurídico⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 75. HELENO TAVEIRA TORRES destaca o surgimento de sérias dificuldades para descrever e construir o sistema constitucional tributário “*em virtude do excesso de ontologia empregado costumeiramente na formulação de seus conteúdos*”. A prova desse apego ao *ontologismo* – terminologia utilizada também por HELENO TAVEIRA TORRES – adviria da “*excessiva preocupação com ‘natureza jurídica’, ‘essências’, ‘fontes’, ‘origem’, ‘dados empíricos’ nos conceitos tributários*”. Em tom de insatisfação com o estado atual da ciência jurídica tributária, o autor alega que “*O sinal mais candente desse apego à ontologia encontra-se no comportado descritivismo dos ‘regimes jurídicos’ dos tributos, dos modelos de cobrança dos tributos, dos procedimentos ou atos processuais e tantos outros. Seu uso é válido, pois facilita a compreensão do direito; contudo, sob seu manto, nada de novo se constrói ou vê-se inovar no mundo da ciência*” (ibidem, loc. cit.). Sem ignorar a existência de “*um mínimo de ontologia do ‘direito’*” do qual não se pode escapar por completo na reflexão jurídica, HELENO TAVEIRA TORRES propõe um caminho de superação do tipo de estudo meramente descritivo ou analítico, que busca essências, substâncias ou conteúdos necessários; busca, em vez disso, recuperar o papel criador do

Aos cientistas do direito, o positivismo metódico-axiológico estabelece o dever, tal qual indica a sua nomenclatura, de não se restringirem à apreensão dos aspectos sintáticos e semânticos das normas, pois lhes cabe, a partir da percepção pragmática dos textos jurídicos, explorar e desenvolver o direito positivo em busca da afirmação progressiva dos seus valores nas interações sociais, o que não se alcança sem uma cultura jurídica empenhada em prol de referido fim. O jurista dogmático precisa ser, portanto, um intelectual diligente, comprometido com a expansão da eficácia de uma ordem jurídica orientada pelos valores que a Constituição afiançou⁵⁴⁹.

Vê-se, afinal, que esta pesquisa exclui, por completo, a pretensão de desvendar a essência dos “objetos” a que se dirige. Não se cogita, sob o pressuposto de uma ontologia que se compreende como descrição das propriedades intrínsecas dos objetos, identificar o que signifique, de uma vez por todas, a federação, a autonomia financeira ou mesmo os limites do campo vedado para a reforma constitucional, segundo a cláusula pétrea. Ao contrário, valendo-se da linguagem da Ciência do Direito (sistema externo), que se manifesta sobre a linguagem do direito positivo (sistema interno), procura-se a *construção* de soluções prático-jurídicas orientadas por valores institucionalizados, o que acresce a qualificação *crítica* do empreendimento.

1.5.2.6 Subtese 6 – Construtivismo Metódico-axiológico como Doutrina da Interpretação

Nas subteses anteriormente expostas foram suscitadas as repercussões do positivismo metódico-axiológico para a atividade interpretativa. Referiu-se à interpretação sistemática

jurista, ligado à proposição de reformas e inovações postula um “*construtivismo crítico [que] não se limita às construções analíticas, mas visa à reconstrução racional, por elaboração crítica, de todos os conteúdos normativos*” (cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 76, 78/99).

⁵⁴⁹ TORRES, Heleno Taveira. *Segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 2009. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 110-119.

como decorrência direta da imputação do *status* de valor à sistematicidade do direito e apontaram-se os textos do direito positivo como os “materiais de trabalho” a serem descritos e construídos criticamente pela ciência jurídica; contudo, ainda é possível dizer mais sobre o *construtivismo metódico-axiológico*, que consiste na variante do positivismo jurídico de igual qualificação.

Dois pontos específicos permitem elucidar a teoria da interpretação que orientará esta pesquisa. Primeiro, a distinção entre texto e norma; segundo, o rol de “condicionantes interpretativas” que são corolários do positivismo metódico-axiológico e devem ser observadas para garantir a realização permanente dos fundamentos dessa teoria nas práticas jurídicas cotidianas.

O reconhecimento da diferença entre texto e norma parte da rejeição de toda teoria do significado das palavras que defenda a ideia de que estas possuem significados essenciais, que carregam sentidos inatos a serem revelados ou descobertos por quem interpreta essas palavras quando usadas em certa frase ou texto. A essa visão essencialista da linguagem opõe-se a perspectiva segundo a qual os enunciados linguísticos – e os termos que os compõem – não veiculam essências semânticas, mas sua significação depende dos usos, contextos e participantes que integram determinada língua. Para a interpretação jurídica, a consequência é impactante. De um mesmo enunciado prescritivo pertencente ao direito positivo, podem ser extraídos significados diferentes ou, em outras palavras, normas jurídicas diversas.

A combinação dos sentidos possíveis das palavras empregadas pelo legislador para pronunciar diretivas de conduta faz com que os textos resultantes da agregação dessas palavras tenham, por extensão à multiplicidade semântica das partes que os compõem, significações plurais, não unívocas. A conclusão é indisputável: cada significado obtido a partir de um dado texto jurídico é uma norma jurídica. Essa afirmativa, entretanto, não resolve por completo o problema: como se opera o “salto” do enunciado ao sentido, a passagem do texto à norma?

Exsurge, justamente aqui, o papel indispensável da interpretação, atividade que não se restringe à solução de situações que envolvam ambiguidade, vagueza ou contradições. A

atribuição de sentido à expressão linguística de qualquer ato comunicativo decorre de uma interpretação realizada por quem se dispõe a compreender o que foi transmitido. A tarefa interpretativa não assume, sob os pressupostos questionáveis antes prevalecentes, o objetivo de descobrir um significado que estaria subjacente às palavras; sua intenção efetiva é *construir*⁵⁵⁰ o sentido do texto em harmonia com os hábitos da comunidade linguística, às intenções identificáveis dos falantes e os contextos sociais em que se realiza o discurso⁵⁵¹. Interpretar não é tornar manifesto o que estava oculto; interpretar é adscrever sentidos mediante a oferta de justificativas que confirmem a coerência entre o significado *construído* e o texto *dado*⁵⁵². A interpretação é um acréscimo de novos elementos ao que se apresenta como objeto a ser interpretado. Daí se perceber o caráter *construtivo* da ciência jurídica em face do direito positivo, que será também *crítico* na medida em que ela se

⁵⁵⁰ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 273-274/531-532. Segundo HELENO TAVEIRA TORRES, “*Toda norma jurídica é uma ‘construção’ a partir de enunciados colhidos nos preceitos normativos. A interpretação das normas jurídicas equivale à criação de sentidos normativos, a partir dos textos e enunciados linguísticos de natureza jurídica [...]. Compete aos destinatários dos textos ou seus aplicadores interpretar o ato linguístico dos textos normativos, para daí construir a norma jurídica aplicável, adequar sua conduta ou possibilitar as condições para determinar as condutas de outros destinatários. A interpretação dos textos normativos oferece-se a inúmeras composições de sentido, segundo as combinações de regras e princípios aos quais o intérprete seja exposto [...]. A norma jurídica, em sentido estrito, é o resultado da construção interpretativa. Antes, tem-se o plano sintático de expressão textual dos enunciados normativos, no qual residem os enunciados prescritivos com sentido possível, mas não suficiente para falar de ‘norma jurídica’, na sua integridade, como juízo lógico-deontico completo do ‘dever ser’ (e seus valores) e na sua bimebridade de hipótese e consequente. Toda ‘norma jurídica’ pressupõe interpretação. Antes da norma jurídica, só há ‘texto’*” (ibidem, p. 273-274/531-532).

⁵⁵¹ Ibidem, p. 295. Pode-se dizer, portanto, que a admissão da tarefa interpretativa como construção de sentidos admissíveis implica substituir a pretensão de racionalidade plena (interpretação como busca do único sentido verdadeiro) pela meta de uma racionalidade modesta, ciente dos limites que resultam do uso da língua na expressão de normas: “*Abandonada a pretensa controlabilidade das interpretações segundo métodos racionais, tem-se que, segundo argumentos sistemáticos, os princípios do ordenamento são os únicos critérios de controle da interpretação, ou os valores possíveis admitidos pelo sistema, segundo a composição entre estes, pela ponderação ou mesmo pela aplicação prima facie do conteúdo. Mediante rigoroso emprego dos princípios (interpretados), é que o intérprete decide e cria normas jurídicas. Neste percurso gerativo de sentido, os cânones hermenêuticos da boa-fé e da confiança legítima exsurtem com força expressiva e oferecem caminhos seguros para função corretiva da atividade administrativa quanto à conformidade da atuação do contribuinte*” (ibidem, loc. cit.).

⁵⁵² Ibidem, p. 273-276. Ao assumir o ponto de partida mencionado, o positivismo metódico-axiológico de HELENO TAVEIRA TORRES considera a busca pela única resposta correta na interpretação do direito um mito a ser superado, dado que essa busca se assenta em uma errônea teoria do significado e, ainda, é reiteradamente desconfirmada pela prática jurídica e o modo como os juristas lidam com a divergência de interpretações (ibidem, loc. cit.).

compromete com a concretização socialmente contextualizada dos valores certificados pela Constituição e demais leis⁵⁵³.

Sob o influxo da teoria do positivismo metódico-axiológico, as construções interpretativas de sentido – ou, simplesmente, a obtenção de normas a partir de enunciados – não se realizam de modo arbitrário. O *construtivismo metódico-axiológico* encerra uma doutrina específica da interpretação, que se legitima não somente pela renúncia ao jusnaturalismo, a consideração do direito positivo em termos sistêmicos e a abertura aos valores incorporados à ordem jurídica. Em complemento a essas exigências, o construtivismo mencionado introduz pautas específicas de interpretação, que podem ser separadas em três grupos: (i) métodos e argumentos gerais de interpretação jurídica; (ii) princípios especiais de interpretação constitucional; e (iii) condicionantes hermenêuticas para a aplicação de valores.

1.5.2.6.1 Métodos e Argumentos Gerais de Interpretação Jurídica

Como é sabido, o direito apresenta-se, quase sempre, por meio de enunciados em linguagem escrita, sendo imperativo, assim, reconhecer o valor de face do *método literal*, que permite identificar os sentidos linguísticos dos termos empregados nas proposições prescritivas. A esse método hermenêutico ligam-se *argumentos* específicos, como o do *significado literal* (prefere-se adotar o sentido usual das palavras⁵⁵⁴), o da *constância*

⁵⁵³ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 514. Leciona HELENO TAVEIRA TORRES serem os valores “mutáveis e, ainda que preservado o núcleo essencial de algum princípio, recebem, a cada instante, novas compreensões e escalas de preferência, segundo o universo da comunidade dos intérpretes, até se sedimentar em novo ato decisório (fonte do direito) e, assim, passar a compor a semântica dos novos textos sucessivos, até que se chegue às decisões terminativas de conflitos. Os valores permeiam a existência do direito positivo e dele são parte integrante, sem qualquer necessidade de se recorrer ao sistema da moral, ao direito natural ou à interpretação includente” (ibidem, loc. cit.).

⁵⁵⁴ Observe-se que não há nenhuma pretensão de dispensar a interpretação quando se supõe não haver dúvida, tal qual havia na metodologia jurídica clássica, expressa na máxima *in claris cessat interpretatio*. Além disso, não se alude a revelar essências dos significados das palavras nem em separar a interpretação verdadeira da falsa sob o critério de obter ou não o significado ínsito dos termos.

terminológica (para o mesmo termo, atribui-se idêntico significado nas situações em que aparecer no mesmo ou em outros textos normativos), o *topográfico* ou da *sedes materiae* (o posicionamento dos termos ou uma classificação do próprio direito positivo determina o significado literal) e o *argumento de autoridade* (decisões anteriores fixam o sentido a ser atribuído a um termo).

O direito é uma prática social inserta no tempo; por isso, os juristas precisam tomar consciência da historicidade que marca as instituições, as normas e a própria cultura da esfera social especificamente jurídica. No campo da interpretação, a percepção temporal manifesta-se pelo recurso ao chamado *método histórico* ou *genético*. Em vez de ater-se aos significados linguísticos possíveis, o intérprete procura apreender o pensamento do sujeito criador do enunciado a ser compreendido, ou seja, volta-se para a *mens legislatoris* (a vontade, situada no passado, do legislador real). O sentido jurídico vai ser buscado na origem, no criador da regra de direito, o qual agira intencionalmente ao fazer a lei e atribuir aos termos utilizados certos significados que somente serão identificáveis se o intérprete se engajar em um esforço reconstutivo.

Os *argumentos* que se ligam ao método histórico são o *histórico stricto sensu* (investiga-se a evolução do uso dos textos normativos e dos sentidos que foram sendo atribuídos aos termos), o *psicológico* (obtenção da norma por meio da intenção original do legislador) e o *teleológico-psicológico* (recorre-se aos fins previstos pelo legislador com o propósito de reafirmá-los e atualizá-los).

A radicalização da ideia de sistema na teoria jurídica operou-se a partir do século XIX e legou a juristas teóricos e práticos a sua ferramenta constante de trabalho. Não basta conhecer a parte, o fragmento, nem mesmo a sua procedência histórica; questões de direito são resolvidas em face do ordenamento jurídico globalmente considerado, com seus múltiplos elementos e as variadas relações que se estabelecem entre eles.

O pensamento jurídico torna-se, intuitivamente, sistemático, pois assume a tendência de confrontar os problemas sociais com uma gama de normas que àqueles se aplicam. O jurista precisa “domar” o sistema, que, à primeira vista, apresenta-se como amontoado sem estrutura definida. A consideração do direito como um sistema e a apreensão dos

fragmentos (normas isoladas) segundo suas dependências recíprocas compõem o que se costuma denominar *método sistemático*, o qual, por ser a extensão, no campo hermenêutico, de um conceito sistêmico do direito, é tido como “*o método mais importante da hermenêutica jurídica*”⁵⁵⁵. Vinculam-se à interpretação sistemática o *argumento sistemático-conceitual* ou *dogmático* (a interpretação de um enunciado depende de uma doutrina sobre regimes jurídicos ou conceitos gerais), o *argumento da coerência* (o sentido de um termo deriva da cadeia de significações resultantes de diversos textos), o *argumento da conformidade aos princípios* (a interpretação de um enunciado específico deve ser materialmente adequada aos valores veiculados por princípios, notadamente os constitucionais) e o *argumento apagógico* (bloqueiam-se interpretações que conduzam a resultados absurdos ou desajustados aos valores e fins do ordenamento como um todo).

O positivismo metódico-axiológico não descarta das finalidades perseguidas pelo sistema jurídico. Prova disso é o reconhecimento do caráter normativo (jurídico, vinculante) dos chamados *objetivos de valor constitucional*. Na hermenêutica jurídica, há um modo de pensar as coisas que submete a boa interpretação à consideração dos fins juridicamente determinados que serão promovidos (ou obstados) graças à compreensão dos enunciados de um modo ou de outro. Está-se, aqui, diante do *método finalístico* ou *teleológico* de interpretação do direito, cuja suposição básica está em ver o direito como meio para a consecução de objetivos reputados fundamentais pelo próprio sistema jurídico. Relevam, neste ponto, o *argumento teleológico* (busca da máxima conformação entre sentido normativo e fins do ordenamento), o *argumento equitativo* (a melhor interpretação é a que promove mais a igualdade, ou ao menos não a prejudica) e o *argumento econômico* (algumas interpretações devem ser preferidas porque geram mais eficiência econômica – produtiva, alocativa ou distributiva – que outras).

⁵⁵⁵ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 284.

1.5.2.6.2. Princípios Especiais de Interpretação Constitucional

Além da atualização e desenvolvimento analíticos dos tradicionais métodos de interpretação desenvolvidos pelo pensamento jurídico moderno, o positivismo jurídico metódico-axiológico se junta aos movimentos intelectuais que reconhecem como imprescindível a consideração apartada da hermenêutica constitucional, em especial quando vinculada à aplicação de princípios, valores e direitos fundamentais. Esses problemas soam como novidade para o jurista do século XX, dado que resultam de modificações nos perfis dos textos constitucionais que atravessaram o Ocidente ao longo do referido século.

À teoria do direito cabia ser responsiva ao cenário agora composto por cartas de direitos fundamentais e a positivação de diversos princípios jurídicos passíveis de utilização por juízes em casos individuais e pelas cortes supremas no controle de constitucionalidade. A exemplo do fizeram autores como ALEXY, MÜLLER e CANOTILHO, o positivismo metódico-axiológico apresenta postulações direcionadas à interpretação constitucional.

A hermenêutica constitucional exhibe um conjunto de traços diferenciadores no tocante à interpretação nos demais setores do direito, mesmo que referido fato não confira plena autonomia ou independência aos problemas interpretativos da Constituição⁵⁵⁶. Não há dúvida de que “*os métodos clássicos de interpretação dispõem de reduzida utilidade na hermenêutica constitucional*”⁵⁵⁷, especialmente quando confrontados com a plasticidade e a abertura das disposições constitucionais. Essas características dos enunciados da Constituição permitem manter a sua amplitude na pretensão de regular diversas áreas da vida social, bem como possibilitem sejam as regras, princípios e garantias afirmados suficientemente maleáveis para se adaptarem a contextos imprevistos.

⁵⁵⁶ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 291.

⁵⁵⁷ Ibidem, loc. cit.

Se as normas constitucionais mostram-se flexíveis e abertas, o desafio primeiro da interpretação da Constituição está na busca de conciliação entre segurança jurídica (certeza, confiança, previsibilidade) e efetivação progressiva dos valores constitucionalmente reconhecidos. A solução possível está em identificar a segurança jurídica com a “*segurança jurídica da constitucionalidade*”⁵⁵⁸, da qual deriva o *princípio interpretativo da preservação máxima* das competências, regras de organização e direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Em face da plasticidade dos enunciados constitucionais, esse princípio funciona como meio de objetivação dos significados atribuídos, pois aponta para todos os intérpretes um compromisso com os valores institucionalizados, sem tolerar subjetivismos ou arbítrios. Uma manifestação concreta do princípio mencionado encontra-se no dever de permanente interpretação da lei conforme a Constituição, independentemente de a relação social disciplinada em termos legais ser de direito público ou de direito privado, e a par dos sujeitos envolvidos (órgãos do Estado, empresários, indivíduos).

Pode-se aludir, também, a um *princípio do diálogo* ou *do universalismo*, que remete à ideia de que a interpretação constitucional não cabe a um grupo restrito de agentes – *e.g.*, juízes de uma corte suprema –, mas é realizada por uma pluralidade de pessoas que conforma a comunidade de intérpretes da Constituição, todas elas legitimadas a construir sentidos jurídico-constitucionais, mesmo que algumas costumem ter o poder de fornecer a última interpretação (*e.g.*, um tribunal de cúpula). Nos termos desse princípio, a compreensão da Constituição deixa de ser monolítica e torna-se relativizada, fator que contribui para a promoção da segurança jurídica, na medida em que os significados vão sendo sedimentados pela comunidade interpretativa e passam a integrar uma cultura constitucional pública, ou seja, acessível a todos.

Além dos referidos princípios, exsurtem construções teóricas que propugnam uma metódica da interpretação constitucional em sentido forte, isto é, a definição de um modelo rigoroso e baseado em pautas explícitas para a consecução da tarefa interpretativa. O positivismo metódico-axiológico não formula, diretamente, uma metódica dessa natureza,

⁵⁵⁸ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 286.

mas conversa com as teorias que levantam esse tipo de pretensão, como exemplifica a obra de Konrad Hesse⁵⁵⁹.

Indispensável é, na análise ou decisão de qualquer questão jurídica, manter a concepção sistêmica do direito e reforçá-la com o reconhecimento de que a Constituição ocupa o centro do sistema jurídico, de modo que suas normas irradiam eficácia a todas as outras. É incumbência dos intérpretes, partindo da visão do direito como uma unidade estruturada com base no texto constitucional, manter a força normativa deste diante de cada ato de aplicação jurídica.

Além disso, é só no interior da prática jurídica que se consegue manter o reconhecimento dos valores que conferem unidade substantiva à Constituição; se juízes e doutrinadores propuserem soluções que desviem dessa unidade, a perda de eficácia tenderá a desintegrar o papel da Constituição como norma e símbolo da integração social. Mais ainda, não se ignora que a própria Constituição alberga princípios e valores que estão em potencial conflito e podem, diante de uma situação concreta, encaminhar a decisões não coincidentes.

Em razão disso, é necessário que o intérprete considere a própria Constituição como um sistema integrado por elementos múltiplos que guardam vínculos específicos entre si. É possível, *e.g.*, que o texto constitucional defina certos princípios como fundamentais, o que lhes confere hierarquia superior em face dos demais. Na hipótese de faltar hierarquia afirmada por antecipação, exsurtem conflitos horizontais que não admitem resolução com um descarte arbitrário de um dos valores em jogo. Nesse campo, ao intérprete cabe, diante das contingências do caso, coordenar meios e fins, buscar a maior realização possível e simultânea de fins incompatíveis ou dar preferência ao princípio que, na situação, mereça ser mais promovido em face da interferência negativa sobre o princípio concorrente – noutros termos, deve-se alcançar a justa medida ou a proporção adequada.

⁵⁵⁹ Cf. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 50. In: TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 288-290.

Esses encargos, bastante complicados, são referidos, na linguagem da teoria do direito e da dogmática constitucional, como colisão de bens, ponderação, concordância prática, proporcionalidade e razoabilidade. Ao contrário das demarcações precisas, aqui prevalecem a miscelânea e as zonas de contato.

1.5.2.6.3 Condicionantes Hermenêuticas para a Aplicação de Valores⁵⁶⁰

Conforme afirmado previamente, o positivismo metódico-axiológico não cede à confusão entre direito positivo e moralidade social. Os únicos valores que cumprem papel relevante na prática jurídica são aqueles incorporados, mediante positivação, ao próprio ordenamento. O raciocínio jurídico, nos termos da teoria do direito ora adotada, é infenso aos elementos axiológicos extra ou suprapositivos. Essa posição firmada não exclui, porém, as dificuldades presentes na aplicação de valores a casos concretos. Conceitos maleáveis, hierarquias móveis, diversidade de repercussões práticas: exemplos de problemas sérios ligados a valores que exsurtem como candidatos a razão que justifica decisões a serem tomadas.

A saída adotada pelo positivismo metódico-axiológico para contornar os óbices está no apelo a uma metódica de interpretação e aplicação dos valores jurídicos⁵⁶¹, a qual se explicita mediante cinco condicionantes:

- (i) *vinculação normativa*: os valores são construções da hermenêutica jurídica, elaboradas nos limites do ordenamento positivo. Além disso, os valores integram o dever-ser e apresentam-se como padrões normativos que se diferenciam dos fatos, mas se dirigem a eles com o intuito de moldá-los em certa direção;

⁵⁶⁰ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 510-515.

⁵⁶¹ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 510. Aduz HELENO TAVEIRA TORRES que “o conceito de cada valor deve construir-se segundo uma metódica dos valores, a partir dos cinco condicionantes inerentes à hermenêutica do positivismo jurídico metódico-axiológico” (ibidem, loc. cit.).

- (ii) *relatividade*: remete-se ao pluralismo ou relativismo axiológico, de modo que ao intérprete está vedada a adesão incondicional a certo valor ou a adoção de certa hierarquia axiológica que não encontre correspondência no direito positivo;
- (iii) *objetividade, historicidade e inesgotabilidade*: os valores objetivam-se no mundo da cultura mediante normas que os afirmam. Mais ainda, a recusa de valores transcendentais e universais encaminha à admissão de que os valores são defendidos ou rejeitados no curso de processos sociais históricos. Também se reconhece que cada valor é inesgotável, porquanto sua concretização não implica seu esgotamento, nem seu afastamento em benefício de valores concorrentes impede que, em outra situação, volte a prevalecer;
- (iv) *referibilidade, bipolaridade e complementaridade/implicação*: julgamentos de valor referem-se, sempre, a condutas ou estados de coisas, com a vocação para determinar o que deve ser. Esses são os objetos a serem avaliados e, no plano do direito, a disjunção entre objeto e valor jurídico pode acarretar algum tipo de resposta do sistema jurídico, como uma sanção. Vê-se, também, que cada valor, tomado em si, é bipolar, pois remete a um desvalor, que é o seu oposto. Quando um valor é confrontado com seu oposto ou com valores diversos, surge uma relação de complementaridade, pois se referem aos fatos de modo ora coincidente, ora conflitante. Em síntese, cada valor, na medida em que se concretiza, afeta os demais, a ponto de manterem uma implicação recíproca. Se o vínculo entre os valores for marcado pela dissonância, ressaltar-se-á a polaridade⁵⁶²;
- (v) *máxima observância e efetividade*: os valores, quando se encontrarem em colisão, não poderão ser excluídos por uma decisão abrupta do intérprete. Nessas situações, é preciso tentar realizar, na maior medida possível, cada valor envolvido. Se isso for inviável, restará colocar os valores em uma escala móvel de preferibilidade, a qual dependerá da percepção do intérprete sobre os

⁵⁶² REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 189-190.

elementos relevantes da situação e a necessidade de priorizar um valor em detrimento – provisório – de outro.

1.6 Conclusões Parciais

A exposição prévia de diversas visões teóricas sobre o conceito de direito e a atividade interpretativa permite a fixação de algumas pautas argumentativas aptas a nortear a aproximação ao problema investigado nos capítulos seguintes.

Primeiro, destacam-se as relações, nem sempre percebidas pelos juristas, entre as formulações abstratas da teoria do direito e as dogmática jurídicas especializadas, e entre essas dogmáticas e as atividades prático-profissionais de juízes, advogados e demais agentes dos procedimentos jurídicos. Há uma espécie de linha de continuidade entre os três níveis (teoria → dogmática → prática), sem que isso signifique harmonia ou dominância de uma visão única.

Segundo, formulam-se as bases para o combate ao sincretismo metodológico que infesta as escolhas teóricas e metódicas dos juristas. Se o pluralismo de visões e métodos é um fato, o sincretismo deve ser tratado como um vício, cuja remediação depende da explicitação das decisões teóricas e a indicação inequívoca das razões fundamentadoras de seleção operada.

Terceiro, o pluralismo metodológico é evidenciado na construção de uma síntese do percurso histórico das mais relevantes teorias do direito e da interpretação, as quais se relacionam das maneiras mais diversas – releituras benevolentes, rejeições implacáveis, confirmações (às vezes subservientes), reexposição sob outra linguagem, reinterpretação desajustada com vistas à crítica. Longe das pretensões de completude – muitas teorias jurídicas relevantes não foram expostas – e análise minudente de cada autor ou escola, o objetivo é mostrar os temas recorrentes e marcar as transições que influenciaram os contornos próprios do debate hermenêutico atual. Esse espírito norteia a discussão da

passagem do jusnaturalismo para o positivismo jurídico clássico e deste para a hermenêutica constitucional pós-positivista, centrada na consideração dos valores e dos princípios como elementos indispensáveis nos processos decisórios jurídicos. A perda da ilusão da força da lógica, do sistema e dos conceitos refinadamente construídos despejou sobre os juristas a esperança – e, sem demorar, o medo – do subjetivismo e da intuição como vias de acesso à decisão justa. O risco do decisionismo e do arbítrio incontido impulsionou o empenho dos teóricos na busca pelos métodos capazes de oferecer a fundamentação racional e objetiva das decisões jurídicas, mesmo quando estas fossem influenciadas por valores, princípios e conceitos abertos. Instalou-se, pois, a preocupação com o controle da segurança jurídica das manifestações judiciais, demanda própria ao Estado de Direito e à democracia, enquanto ambiente de tomada de decisão com base em razões submetidas à crítica pública. A necessidade da vez era, assim, conciliar o respeito à legalidade com a legitimação da autoridade mediante a postulação da correção substantiva das decisões.

Quarto, após o esclarecimento da acumulação intelectual que influencia as posturas concretas dos juristas, sob o critério da priorização das teorias do direito mais influentes no debate acadêmico brasileiro, procede-se à elucidação mais detalhada do “positivismo jurídico metódico-axiológico”, a teoria do direito e da interpretação selecionada para direcionar a investigação do problema relativo à cláusula pétrea da forma federativa e sua relação com possíveis alterações no sistema constitucional tributário. Em seis subteses, o positivismo metódico-axiológico é esmiuçado, inclusive quanto às suas concepções sobre o direito, as normas – princípios, regras e objetivos –, os valores, a função crítico-constructiva da ciência jurídica, os argumentos interpretativos e a metódica para aplicação de valores.

Cumpridas as necessidades de expor as pertinentes teorias sobre o conceito de direito e a metodologia de interpretação jurídica e de fundamentar a visão teórica escolhida para guiar a tese – o positivismo jurídico metódico-axiológico (Capítulo 1) –, fixando-lhe os respectivos parâmetros, passa-se ao estudo do tema objeto de pesquisa, qual seja, a possibilidade de alteração por emendas constitucionais de competências tributárias estaduais, em face da cláusula pétrea disposta no artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal brasileira.

A investigação tem início (Capítulo 2) com a análise dos conceitos teóricos fundamentais da forma federativa de Estado, tal como desenvolvido na doutrina política e jurídica modernas, pressuposto para a consideração do federalismo desenvolvido no Brasil, desde a primeira Constituição da República, culminando na forma federativa de Estado instituída pelo poder constituinte originário de 1988. Em seguida (Capítulo 3), examinam-se os conceitos teóricos relativos à alteração constitucional, para, então, problematizar as limitações instituídas por cláusula pétrea segundo o direito positivo vigente. Por fim, os suportes conceituais e normativos firmados permitem o enfrentamento específico do problema da constitucionalidade da alteração de competências tributárias estaduais em face da limitação à reforma constitucional referente ao resguardo da forma federativa de Estado (Capítulo 4).

CAPÍTULO 2

O FEDERALISMO E A AUTONOMIA DOS ESTADOS

EM UMA FEDERAÇÃO

A identificação, devidamente fundamentada, da base teórico-metodológica a ser utilizada para a solução do problema-mote da tese, a despeito de peça fundamental do trabalho jurídico-dogmático autorrefletido, não permite um salto direto para o trato das questões específicas. O exame da validade jurídica de emendas constitucionais que venham a alterar competências tributárias dos Estados em face do limite material previsto no artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, pressupõe a análise dos conceitos básicos de federalismo, encontrados na teoria geral do Estado, na ciência política e na doutrina do direito público. Objetiva-se, com esse passo, encontrar a ligação entre os conceitos de federação, autonomia e autonomia financeira, a qual é em grande parte garantida pela existência de competências tributárias próprias.

A sedimentação das ideias fundamentais sobre federalismo e autonomia cria as condições necessárias para proceder à interpretação histórica das estruturas federativas encontradas no Brasil ao longo da evolução constitucional brasileira, bem como das formas pelas quais a autonomia financeira dos Estados foi garantida em cada regime constitucional. A reconstrução do federalismo brasileiro será concentrada nas fontes textuais do direito positivo e nos valores apreensíveis das normas postas, conforme prescreve a opção pelo positivismo metódico-axiológico.

O ponto de chegada é a explicação detalhada da conformação federativa criada pela Constituição Federal de 1988; descrevem-se o desenho de competências impositivas dos Estados e as formas de garantia de autonomia financeira asseguradas pelo poder constituinte originário, entre as quais os fundos, as participações diretas na receita tributária alheia e as competências tributárias privativas.

2.1. Federalismo – Conceitos Gerais

2.1.1. O Conceito de Federalismo

Segundo ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, *Federalismo é “a fórmula histórico-pragmática de composição política que permite harmonizar a coexistência, sobre idêntico território, de duas ou mais ordens de poderes autônomos, em suas respectivas esferas de competência”*⁵⁶³.

Já nos dizeres de MAX HILDEBERT BOEHM, *“federalismo é um princípio que sustenta a Federação como um ideal para a vida social e política em determinados Estados, baseada no aspecto fundamental do pluralismo, na tendência de harmonização e no princípio regulador da solidariedade”*⁵⁶⁴.

WILLIAM HARRISON RIKER, por sua vez, define *federação* como sendo uma organização política na qual as atividades do governo são divididas entre os governos regionais e um

⁵⁶³ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo: José Brushatsky, 1972. p. 9.

⁵⁶⁴ Cf. BOEHM, Max Hildebert. *Encyclopedia of the Social Sciences*. New York: The Macmillan, 1933. p. 169-170.

governo central, de forma que cada tipo de governo tem certas atividades sobre as quais toma as decisões finais⁵⁶⁵.

Para CARL SCHMITT, a federação é união permanente, baseada em livre convênio e a serviço do fim comum de autoconservação de todos os seus membros, mediante a qual se modifica totalmente o *status* político de cada um de seus componentes, em atenção ao fim comum⁵⁶⁶.

Ressalte-se que, a despeito dos conceitos apontados – e de todos os outros encontrados na doutrina especializada –, para grande parte dos autores não existe um conceito universal de federalismo⁵⁶⁷, diante da impossibilidade de que uma única formulação defina todas as formas pelas quais os Estados se organizam internamente.

Esse é o entendimento de GILBERTO BERCOVICI⁵⁶⁸, que, com amparo na lição de JOSÉ JUAN GONZÁLEZ ENCINAR, afirma: “*não existe um ‘modelo de federalismo ideal, puro e abstrato, que englobe a variedade de organizações existentes nos Estados denominados federais. O que existe é uma série de soluções concretas, historicamente variadas, de organização do Estado, dentro de determinadas características comuns entendidas como necessárias a um regime federal*”⁵⁶⁹.

No mesmo sentido, a crítica de JOSÉ MAURÍCIO CONTI, segundo o qual “*as definições de Estados unitários e Estados Federais são pouco precisas para abranger as diversas*

⁵⁶⁵ Cf. RIKER, William Harrison. *The theory of political coalitions*. New Haven: Yale University Press, 1962. p. 22.

⁵⁶⁶ Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Bogotá: Temis, 1967. p. 61.

⁵⁶⁷ Cf. ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*. São Paulo: Apet/MP, 2005. p. 17. Para ANDRÉ ELALI, não se pode negar a dificuldade em analisar o conceito de federalismo, o qual é ambíguo (ibidem, loc. cit.).

⁵⁶⁸ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 9.

⁵⁶⁹ Cf. ENCINAR, José Juan González. *El estado unitario-federal: la autonomía como principio estructural del estado*. Madrid: Tecnos, 1985, p. 86-89. Em igual sentido, ver DALLARI, Dalmo de Abreu. *O estado federal*. São Paulo: Ática, 1986. p. 50-51/77-78.

formas pelas quais os países se organizam, bem como para estabelecer uma nítida distinção entre os vários sistemas vigentes”⁵⁷⁰.

Já para ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “*no mundo finito do pensamento, cada autor acaba por captar alguma peculiaridade que escapou à argúcia dos demais. Mas, acima de tudo, porque cada Federação tem uma fisionomia própria: a que lhe imprime o ordenamento jurídico local*”⁵⁷¹.

Também para JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO: “*não se pode falar, na verdade, em um Estado federal, mas em Estados federais. A idéia federal, apesar de ter seus objetivos fundamentais definidos, não precisa ter mecanismos idênticos, para que se possa compreender a forma de Estado ou aceitar a sua aplicação*”⁵⁷².

E conclui o autor em extensa análise de uma teoria geral do federalismo: “*o termo federação engloba uma multiplicidade de sentidos, em decorrência das particularidades que apresenta, quando passa a ser examinado nos diversos modelos que decorrem da prática federativa. Essa amplitude do fenômeno federativo dificulta a apresentação de uma tipologia que conseguisse englobar todas as variedades possíveis*”⁵⁷³.

Verifica-se que, segundo grande parte da doutrina, a diligência em prol de um conceito definitivo, universal e inalterável de federalismo será sempre infrutífera, na medida em que

⁵⁷⁰ Cf. CONTI, José Maurício. Apresentação. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*. Barueri: Manole, 2004. p. VIII.

⁵⁷¹ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 112.

⁵⁷² Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982. p. 47. Para o autor, “*nem sempre uma definição consegue apontar todas as particularidades de uma instituição, principalmente quando ocorre a pretensão de uma formulação da Teoria Geral que possa absorver todos os componentes vinculados aos aspectos possíveis do tema questionado*” (Ibidem, loc. cit.).

⁵⁷³ Ibidem, p. 145. Por sua vez, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO atribui a dificuldade de se encontrar um conceito definitivo de federalismo no fato da inexistência de dois Estados Federais absolutamente idênticos, escrevendo: “*nenhum Estado se assemelha a outro, de tal forma que se possa dizer que os respectivos regimes sejam idêntico. Eles, quando muito, podem ser análogos*” (cf. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do estado federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937. p. 12). Em igual sentido o pensamento de LUÍS EDUARDO SCHOUERI, para quem a idéia de federação não se limita a um modelo, podendo mudar e se atualizar no tempo (cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Prefácio. In: ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*, p. 7).

referido conceito unívoco pressupõe, erroneamente, que o Estado Federal possui forma única e geométrica, que se ajusta como luvas a arquétipos eternos⁵⁷⁴.

Ocorre que, na realidade, o Estado Federal é tão somente a denominação de uma organização política, encontrada em diversos Estados desde o final do século XVIII, a qual é estruturalmente distinta de um país para outro, bem como viva e mutante ao longo do tempo, com as alterações políticas e sociais de cada Estado.

Nesse panorama, em que se verifica apenas uma série de soluções concretas de Estados federais, resta para os acadêmicos dedicados à teoria geral do federalismo tão somente a análise desses sistemas políticos concretos, com o objetivo de, por meio de um exame dos parâmetros comuns às organizações políticas existentes, identificar os elementos mínimos que caracterizam a forma de Estado em questão.

Nesse sentido é a conclusão de OLIVEIRA BARACHO, quando sustenta o estudo dos sistemas federais, em termos de uma Teoria Geral⁵⁷⁵, objetiva delimitar os componentes da forma de Estado. Assim, a Teoria Geral parte de experiências concretas, com estudos jurídico-comparativos e de ciência política empírica, a fim de tomar os dados comuns e inerentes em vista de alcançar formulações de ordem geral⁵⁷⁶.

As posições previamente apontadas são as que melhor se coadunam com um método positivista normativo-construtivista – tal como a teoria eleita para fundamentar esta tese, qual seja, o positivismo jurídico metódico-axiológico –, que nega o recurso a conceituações ontológicas, as quais descrevem a essência de conceitos jurídicos como se

⁵⁷⁴ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed., p. 112.

⁵⁷⁵ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 323. “As preocupações em torno da Teoria Geral do Federalismo aparecem em vários doutrinadores, sendo que a de Georges Scelle é considerada, em 1932 como a primeira sistematização do federalismo, como um fenômeno através do qual será possível exprimir e organizar a solidariedade social” (ibidem, loc. cit.).

⁵⁷⁶ Ibidem, p. 324. Para o autor, “é complicado intentar um levantamento preciso do federalismo, em termos de Teoria Geral, devido à preocupação maior em descrever os modelos existentes, quando ela pressupõe, principalmente, análises de conjunto sobre o tema. Da evolução dos sistemas retiram-se dados fundamentais para a elaboração da Teoria Geral do Federalismo, alguns deles, mesmo que surjam em diversos modelos, apresentam na experiência interpretações e práticas diversificadas, com apenas referência nominal, que esconde as intenções do regime político instaurado. O federalismo clássico lançou dados essenciais à Teoria Geral, mas as experiências federalistas modernas têm adaptado essa forma de Estado a critérios de preservação do sistema político e de mecanismos que lhe são convenientes” (ibidem, loc. cit.).

eles sempre tivessem existido como figuras ideais, bem ao estilo das crenças jusnaturalistas. Ao contrário, referido método persegue a construção dos conceitos jurídicos, lastreado nos textos normativos do ordenamento⁵⁷⁷. Dessa forma, o conceito de federalismo deve ser tomado como base para o desenho constitucional de cada Estado cuja estrutura organizacional se queira explicitar.

2.1.2. Instituto Mínimo do Estado Federal: a Descentralização do Poder

Sem dúvida, a característica marcante do Estado Federal é a descentralização do poder político. Segundo as classificações tradicionais, os Estados são considerados unitários quando têm um poder central como núcleo exclusivo do poder político, sendo qualificados federais quando conjugam vários centros autônomos de poder decisório⁵⁷⁸.

Alguma medida de descentralização do poder, entretanto, pode ser encontrada em praticamente todo Estado, pois, conforme já ensinava HANS Kelsen, “*o direito positivo conhece apenas a centralização e a descentralização parciais*”⁵⁷⁹. Entre os diferentes níveis de descentralização possíveis, o certo é que, de acordo com o ministério de MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI, “*não é possível uma centralização total, assim como a descentralização*”⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ TORRES, Heleno Taveira. *Segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 117-118.

⁵⁷⁸ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 254. Modernamente alguns autores sustentam a existência de uma terceira espécie, o Estado Regional, menos centralizado do que o unitário, mas sem chegar aos extremos de descentralização do federalismo, como a Espanha e a Itália (ibidem, loc. cit.).

⁵⁷⁹ Cf. Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 433-451. Consoante salienta BARACHO, para Kelsen, o que distingue um Estado Unitário dividido em províncias autônomas é o grau de descentralização (cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 23).

⁵⁸⁰ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. Fundamentos da competência tributária municipal. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 13-14, p. 99-113, 1980. JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao apreciar a questão da unidade da ordem jurídica e o Estado Federal, inicia com a afirmativa de que “*os defensores da pluralidade das ordens jurídicas, dentro do Estado, destacam, com efeito, a existência de uma ordem jurídica federal e as ordens jurídicas das entidades regionais autônomas. Mesmo Kelsen, pelo visto, defensor do unitarismo,*

Para JOSÉ MAURÍCIO CONTI, entre os extremos há diversos tipos e formas pelas quais os Estados se organizam⁵⁸¹. Conclui MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI que federalismo é uma questão de grau, de sorte que cada país, em um campo de tensão entre forças centrífugas, desintegradoras e de diversidade, que se opõem a forças centrípetas, integradoras e unificadoras, encontra pontos distintos de equilíbrio⁵⁸².

No mesmo sentido, CARLOS VELLOSO conclui que, “*se o Estado Federal constitui forma de descentralização do poder, certo é, entretanto, que somente isto não basta para caracterizá-lo*”⁵⁸³. Nessa linha, o que se tem por finalidade na análise teórica do Estado Federal é estabelecer o nível de descentralização mínimo para que um Estado seja considerado federal. Para isso, faz-se necessário averiguar a origem do federalismo como sistema político, iniciado com instauração do primeiro protótipo de Pacto Federativo.

oferece, com sua doutrina das três ordens, fundamento para a tese contrária, ao afirma que as normas centrais formam uma ordem jurídica central; as normas locais formam ordens jurídicas locais; e todas dariam uma comunidade total, que formaria assim, uma ordem jurídica total, a despeito de o autor não ser tão explícito nesse sentido” (cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 201).

⁵⁸¹ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 6.

⁵⁸² Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. Federalismo, estado democrático de direito e imposto sobre o consumo. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 75, 1999, p. 195. No tocante à essência do Estado Federal, RUDOLF SMEND, após consignar ser o problema da correlação de Estado Federal e Estados-membros frequentemente traduzido na alternativa entre, de um lado, a coordenação de ambas as partes, e, de outro, a subordinação delas, infere que a questão está em como o Estado Federal pode ser compreendido enquanto realidade com dois polos políticos, quais sejam, o Estado Central (*gesamtstaatlich*) e os Estados-membros (*einzelstaatlich*). Nesse sentido, para o autor, uma teoria do Estado Federal deve ser compreensível por inteiro: não pode se limitar a supor, como fundamento da formação federal, *e.g.*, dois impulsos políticos (um federativo e um unitário) que, em dado momento, fundem-se em um compromisso – mesmo porque o Estado Federal, longe de ser um amálgama dessas tendências, como se fossem inimigas, consiste “na existência da unidade de vida delas em virtude de uma necessidade interna”, na qual ele não é um jogo heterônimo, mas a lei da essência comum delas – nem se cingir ao aspecto da participação ativa dos Estados-membros na vida política do Estado Federal; na verdade, ela há de explicar por que o Estado Federal pode ser um sistema político dotado de sentido e por que os Estados-membros, em vez de assumirem a forma de *hipotecas inevitáveis* do Estado Central (*Einheitsstaatlichkeit*) nem de *instituições paralelas* (*Ansichsein*), realizam sua essência e sua vida na realidade do Estado, ao tempo em que albergam, na sua autonomia, a “força do *Reich*”. Logo, o ponto nodal está no fato de que os Estados-membros, em um Estado Federal sadio, não são só *objeto de integração*, e sim, sobretudo, *instrumentos de integração*. Dessa sorte, os fatores em face dos quais o Estado central justifica a sua própria existência perante os Estados-membros, ao invés de vir a colocá-los a seu serviço, proporcionam a sua legitimidade, razão pela qual “*a doutrina do Estado Federal é, em última análise, a doutrina da sua legitimidade*” (cf. SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*, p. 186-189).

⁵⁸³ Cf. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Estado federal e estados federados na Constituição de 1988: do equilíbrio federativo. *Boletim de Direito Administrativo*, 1993. p. 290-310.

2.1.3. A Origem do Federalismo: o Pacto Federativo

Em uma análise semântica, JOSÉ NILO DE CASTRO mostra que “a noção de Federação (latim: *foedus*, *eris*, *aliança*, *associação* ou *pacto*) vincula-se à idéia de união, de modo permanente, de dois ou mais Estados em um só, o Estado Federal”⁵⁸⁴. Assim, o termo *federação* traz em seu bojo a ideia de pacto, de aliança que ocorre entre diferentes Estados, que forma, permanentemente, uma União, alicerçada em uma ordem jurídica única⁵⁸⁵.

Segundo parte minoritária da doutrina, referido pacto pode ser encontrado de forma embrionária na Antiguidade, mais especificamente no relacionamento que jungiu as chamadas “Cidades-Estados” da Grécia Antiga⁵⁸⁶. Essa é a posição de LOUIS LE FUR, que defende a existência do “Estado Federativo na antiguidade”, alicerçado na afirmativa de que a Grécia é a terra clássica das confederações⁵⁸⁷.

O Estado da Antiguidade, entretanto, não denota ter pontos em comum com o Estado Federal moderno⁵⁸⁸, pois inexistia uma organização política burocratizada e unificadora, traço da ideia de Estado em sua versão moderna. Embora se encontrem alguns elementos de união política nas Uniões das Cidades-Estados da Antiguidade, esta não se enquadra na concepção moderna de federalismo⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ Cf. CASTRO, José Nilo de, Considerações sobre o federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 22, n. 85, 1985, p. 46.

⁵⁸⁵ Cf. ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*, p. 18.

⁵⁸⁶ Cf. LOBO, Rogério Leite. *Federalismo fiscal brasileiro: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p.12.

⁵⁸⁷ Cf. LE FUR, Louis. *État fédéral et confédération d'états*. Paris: Machal et Billard, 1896. p. 52-53. In: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 14. Em contraposição, JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO ressalta não existirem pontos em comum entre o Estado Moderno e a Cidade Antiga (ibidem, p. 12-13).

⁵⁸⁸ Cf. LE FUR, Louis. Op. cit., p. 18.

⁵⁸⁹ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit., p. 11. “Péricles ensaiou criar uma união integrada de todas as cidades gregas. A liga lacedemônica, que teve que teve caráter estritamente militar e espírito oligárquico, tinha uma única política exterior, simples extensão da defesa comum, pelo que não chegou a ensaiar nem federação, nem confederação, pois estava organizada debaixo da hegemonia de Esparta.” (ibidem, p. 11). Essa forma confederativa antiga foi abandonada com os romanos e as invasões bárbaras. “Mesmo a palavra *foederati* que aparece em textos latinos não tem esse significado, nem denota a ocorrência do sistema federativo” (ibidem, p. 14).

Nesse sentido, aparenta haver consenso entre os autores que o Estado Federal só surgiu efetivamente com a Constituição americana de 1787, a qual inaugurou o primeiro Estado Federal da humanidade⁵⁹⁰.

O surgimento desse Estado, em uma análise histórica, iniciou-se em 1776, a partir da declaração de independência de treze colônias britânicas da América, passando a constituir, cada uma delas, um novo Estado. Poucos anos depois, celebraram entre si um tratado, em 1º de março de 1781, conhecido como *Federalist Papers*, aliando-se para uma ação conjunta visando, sobretudo, à preservação da independência⁵⁹¹.

A confederação possuía um órgão político central, o Congresso⁵⁹², de caráter predominantemente diplomático, que carecia de autoridade própria. Nele, os representantes dos Estados se reuniam para deliberar sobre interesses comuns, sendo seu poder subordinado ao dos Estados, pois estes detinham o poder de veto sobre as deliberações do

⁵⁹⁰ Cf. MELLO, José Luiz de Anhaia. *O estado federal e as novas perspectivas*. São Paulo: Max Limonad, 1960. p. 19. No mesmo sentido, ver. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 11. DALMO DE ABREU DALLARI, por sua vez, ensina que o Estado Federal é um fenômeno moderno, que só aparece no século XVIII, não tendo sido conhecido na Antiguidade e na Idade Média. Para o autor, sem dúvida houve muitas alianças entre Estados antes do século XVIII, mas quase sempre temporárias e limitadas a determinados objetivos, não implicando a totalidade dos interesses de todos os integrantes. Segundo alguns autores, o primeiro exemplo dessa união total e permanente foi a Confederação Helvética, surgida em 1291, quando três cantões celebraram um pacto de amizade e de aliança. Na verdade, porém, essa união, que se ampliou pela adesão de outros cantões, permaneceu restrita no tocante aos objetivos e ao relacionamento entre os participantes até o ano de 1848, quando se organizou a Suíça como Estado Federal (cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do estado*, p. 255). Essa também é a posição adotada por JOSÉ MAURÍCIO CONTI. O autor mostra que o Estado Federal surgiu formalmente com a Constituição dos Estados Unidos da América em 1776 (cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 10). No mesmo sentido, ver BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 11. Ressalte-se que os termos *confederação* e *federação* foram utilizados à época indistintamente, e que no próprio *Federalist Papers* ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON e JOHN JAY utilizavam ambos sem nenhuma diferenciação (cf. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. London; New York: Penguin Books, 1987. p. 215).

⁵⁹¹ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 255. No mesmo sentido, ver ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*, p. 27. UCHÔA CAVALCANTI, ao relatar essas profundas diferenças, afirma que, no caso da República norte-americana, as colônias existiram antes da União, sem um governo comum, tendo cada uma sua carta ou foral pela qual se regiam de forma autônômica, com as prerrogativas conferidas pela Coroa inglesa. Essas colônias romperam o vínculo de sujeição, proclamaram-se livres e independentes, assumindo seus próprios poderes soberanos. Após tentativa frustrada de formação de uma Confederação, esses novos estados, a fim de consolidar a União, constituíram-se em estado federal, por considerarem-no mais próprio e adequado à sua segurança, interesses e aspirações (cf. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal brasileira (1891) comentada*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002).

⁵⁹² Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 255. Já não havia colônias e sim Estados, que se uniam em uma confederação (ibidem, loc. cit.).

Congresso. As decisões só podiam ser tomadas, portanto, por unanimidade e possuíam muito mais o caráter de recomendações⁵⁹³.

A Constituição de 1787 criou não somente uma nova organização entre os Estados, mas um novo Estado, que é um Estado Federal, em que os Estados componentes estão ligados pela Constituição⁵⁹⁴.

Aqui já se pode encontrar a primeira característica básica de um Estado Federal, qual seja, a de que este é efetivamente um Estado único, nascido da formação da federação. Em consequência, aqueles que aderem à federação perdem a condição de Estado soberano. No caso norte-americano, no brasileiro e em vários outros, deu-se o nome de Estado a cada unidade federada, mas apenas como artifício político, porquanto não se trata de Estado em seu sentido jurídico⁵⁹⁵.

Os Estados-membros de uma federação não têm personalidade jurídica internacional e, por isso, não podem comparecer diretamente ante o foro do Direito das Gentes, nem manter relações diplomáticas com os Estados estrangeiros (*ius legationis*), declarar guerra (*ius belli*), ou celebrar a paz, bem como firmar tratados internacionais (*ius tractatum*)⁵⁹⁶. Da mesma forma, os cidadãos do Estado que aderem à federação adquirem a cidadania do Estado Federal e perdem a anterior⁵⁹⁷.

⁵⁹³ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 11-12.

⁵⁹⁴ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 36. Saliente-se que na época da formação da confederação americana, doze dos treze Estados já tinham Constituições individuais, e todas admitiam a superioridade da União Federal para a formação da Federação (cf. ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*, p. 27).

⁵⁹⁵ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do estado*, p. 257. O autor ressalta ainda que na federação não existe direito de secessão. Uma vez efetivada a adesão de um Estado, este não pode mais se retirar por meios legais. Em algumas Constituições essa proibição é expressa, mas, ainda que não o seja, ela é implícita (ibidem, loc. cit.).

⁵⁹⁶ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed., p. 126.

⁵⁹⁷ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 259. Da mesma forma, não há também, em relação aos direitos de cidadania, um tratamento diferenciado entre os que nasceram ou residam nas diferentes unidades da federação (ibidem, loc. cit.). Em uma síntese dos argumentos favoráveis ao Estado Federal, DALMO DE ABREU DALLARI ressalta, em primeiro lugar, a afirmação de que é *mais democrático*, pois assegura maior aproximação entre governantes e governados, uma vez que o povo tem sempre acesso mais fácil aos órgãos do poder local e por meio deste influi sobre o poder central. Outro argumento é justamente o que se refere à *maior dificuldade para concentração do poder*, o que, em última análise, também favorece a democracia. Além disso, argumenta-se que o Estado Federal, preservando as características locais e regionais, ao mesmo

Outra característica que se pode determinar para o Estado Federal é a de que a sua base jurídica é uma Constituição⁵⁹⁸ e não um tratado. Por se basear a união em uma Constituição, todos os assuntos que possam interessar a qualquer dos seus componentes da federação devem ser conduzidos de acordo com as normas constitucionais⁵⁹⁹.

Embora o conceito de Estado Federal tenha início com a Constituição americana de 1787, as expressões *federal*, *federação* e *Estado Federal* não surgem uma única vez naquele documento⁶⁰⁰, tendo grande parte da conceituação dessa forma de organização política sido exposta nos clássicos *Federalist Papers*⁶⁰¹.

Portanto, o federalismo nasceu nos Estados Unidos sem um esquema prévio, mas veio atender a necessidades práticas, com o propósito de encontrar uma fórmula híbrida, compatibilizando a existência de Estados-membros munidos de poderes reservados com a existência de um único Estado, representante da federação inteira⁶⁰².

Verifica-se, assim, ser a característica definidora do Pacto Federativo, suporte básico do Estado Federal, a peculiar separação de Poderes entre a esfera federal e a estadual, assunto merecedor de análise mais detida.

tempo *promove a integração*, transformando as oposições naturais em solidariedade. Os que são contra a organização federativa afirmam que o Estado Federal é inadequado para a época atual, em que, para atender a solicitações muito intensas, é necessário um *governo forte*. Um aspecto que nos últimos tempos vem sendo também bastante acentuado é o da planificação. Argumenta-se ainda que a organização federativa *tende a favorecer a ocorrência de conflitos jurídicos e políticos*, pela coexistência de inúmeras esferas autônomas, cujos limites nem sempre podem ser claramente fixados (cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do estado*, p. 260).

⁵⁹⁸ Cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 289. A Constituição Federal é o instrumento de criação jurídico-positiva do Estado Federal, encerrando a decisão fundamental sobre a forma de Estado (ibidem, loc. cit.).

⁵⁹⁹ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 258.

⁶⁰⁰ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 36.

⁶⁰¹ Cf. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*.

⁶⁰² Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit., p. 35.

2.2. A Soberania no Estado Federal

O Estado Federal, como visto, nasce com a peculiaridade de que, no domínio interno, seu poder não é único e exclusivo, mas, ao contrário, dividido entre os entes da federação. Contudo, carece de sentido pensar primeiro no fracionamento das esferas autônomas de decisão política, uma vez que a estrutura federativa supõe a existência de uma unidade política agregadora das diversas ordens parciais que a integram. A compreensão do Estado Federal como organização una (e não unitária) sugere explorar mais a fundo um dos conceitos políticos fundamentais da experiência social moderna: a soberania.

Segundo ALEXIS DE TOCQUEVILLE, a primeira dificuldade que se apresentou aos americanos na formação do Estado Federal dizia respeito à divisão da soberania, ou seja, como fixar de maneira exata e completa a parte do poder que ficaria com cada um dos dois governos (federal e estadual)⁶⁰³.

Na opinião do autor, o Estado Federal é dotado de dupla soberania: a federal e a dos Estados-membros⁶⁰⁴. Também nos *Federalist Papers* há menção à soberania dos Estados, conforme afirma ALEXANDER HAMILTON: “*the proposed Constitution, so far from implying an abolition of the State governments, makes them constituent parts of the national sovereignty, by allowing them a direct representation in the Senate, and leaves in their possession certain exclusive and very important portions of sovereign power. This fully corresponds, in every rational import of the terms, with the idea of a federal government*”⁶⁰⁵.

Verifica-se que, conforme entendimento dos próprios autores do *Federalist Papers*, parte da soberania do Estado Federal permanece com os Estados-membros após a formação do

⁶⁰³ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 37.

⁶⁰⁴ Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracia na América*. 3. ed. Belo Horizonte; São Paulo; Atibaia: EDUSP, 1987. p. 52-53/92-94/111/115/119-121/128-130/278-284. BERCOVICI mostra que ALEXIS DE TOCQUEVILLE afirmava que os Estados tinham direito à secessão, contrariando assim um dos pilares do sistema federal (cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 13).

⁶⁰⁵ Cf. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*, artigo 9.

Pacto Federativo, sendo este o traço distintivo do Estado Federal em detrimento de outros tipos de Estado⁶⁰⁶.

Logo, a questão da soberania e da divisão do poder entre os Estados é fundamental na decifração do Estado Federal e, por isso, merece ser examinada com mais profundidade. Para tanto, é imperativo fixar o sentido do conceito jurídico de soberania.

A ideia de soberania, conforme mostra PAULO BONAVIDES, inaugurou o Estado moderno, definindo-lhe a natureza⁶⁰⁷. De acordo com GIORGIO DEL VECCHIO, citado por ROQUE ANTONIO CARRAZZA, soberania é propriedade inerente ao próprio conceito de Estado em sua concepção moderna⁶⁰⁸.

No Estado da Antiguidade, desde a época mais remota até o fim do Império Romano, não se encontra nenhuma noção que se assemelhe à soberania⁶⁰⁹. O motivo de tal conceito não ter origem nesse período, de acordo com lição de GEORG JELLINEK⁶¹⁰, é que faltava ao mundo antigo o único dado capaz de trazer à consciência o conceito de soberania: a oposição entre o poder do Estado e os outros poderes. De fato, as atribuições muito restritas do Estado, limitadas quase exclusivamente aos assuntos ligados à segurança, não lhe davam condições para limitar os poderes privados⁶¹¹.

⁶⁰⁶ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p.13. Os autores dessa obra utilizavam constantemente a expressão “soberania dos Estados”, mas segundo Gilberto Bercovici essa utilização dá-se no sentido atual de autonomia, e não de soberania (ibidem, p.13).

⁶⁰⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 141 e ss.

⁶⁰⁸ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed., p. 114. Segundo DALMO DE ABREU DALLARI, o conceito de soberania é uma das bases da ideia de Estado Moderno, tendo sido de excepcional importância para que este se definisse, além de ter exercido grande influência prática nos últimos séculos, sendo ainda uma característica fundamental do Estado. Claramente afirmado e teoricamente definido desde o século XVI, o conceito de soberania é um dos que mais têm atraído a atenção dos teóricos do Estado, filósofos do direito, cientistas políticos, internacionalistas, historiadores das doutrinas políticas, e de todos quantos se dedicam ao estudo das teorias e dos fenômenos jurídicos e políticos (cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do estado*, p. 74-75).

⁶⁰⁹ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 18. “A soberania passou a ter importância na época da elaboração doutrinária e concreta do Estado nacional moderno, daí que nem os gregos nem os romanos, se aceitarmos a palavra Estado para as formas políticas ali existentes, tiveram-na como base de suas teorias sobre organização política” (ibidem, loc. cit.).

⁶¹⁰ Cf. JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 331-341.

⁶¹¹ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 75.

O problema ganharia importância durante a Idade Média, pois as atividades de segurança e tributação causariam frequentes conflitos, desaparecendo a distinção entre as atribuições do Estado e as de outras entidades, como, *e.g.*, os feudos e as comunas⁶¹².

Até o século XII a situação continuou precariamente definida, exsurgindo referências a duas soberanias concomitantes, uma *senhorial* e outra *real*. Já no século XIII o monarca começa a ampliar a esfera de sua competência exclusiva, afirma-se soberano de todo o reino, acima de todos os barões, e adquire o poder supremo de justiça e de polícia, acabando por conquistar o poder legislativo. Assim é que o conceito de soberano, inicialmente relativo, pois se afirmava que os barões eram soberanos em seu senhorio e o rei era soberano em todo o reino, começa a adquirir o caráter absoluto, até atingir o caráter superlativo, como poder supremo⁶¹³.

Denota haver consenso entre os doutrinadores que a formulação política do conceito de soberania tem origem com as lições do publicista francês JEAN BODIN⁶¹⁴, o qual, segundo BONAVIDES, foi o autor da primeira obra teórica, intitulada *Les six livres de la République* – inúmeras fontes apontam 1576 como ano de publicação –, a desenvolver especificamente o conceito de soberania⁶¹⁵.

A obra de BODIN exerceu grande influência sobre o desenvolvimento dos Estados da Europa Ocidental⁶¹⁶. Inicia-se o Livro I com a conceituação da República como um direito de governo de muitas famílias e do que lhes é comum, com um poder soberano. O Capítulo VIII do Livro I dedica-se exclusivamente ao esclarecimento do conceito de soberania⁶¹⁷.

Salienta BONAVIDES que BODIN ensina ser necessário formular a definição de soberania porque, embora não existisse à época nenhum jurisconsulto nem filósofo político que a tenha definido, trata-se do ponto principal e o mais necessário de ser entendido no trabalho da República. O autor esclarece então que a soberania é o poder absoluto e perpétuo de

⁶¹² Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do estado*, p. 76.

⁶¹³ Ibidem, loc. cit.

⁶¹⁴ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21.

⁶¹⁵ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 76-77.

⁶¹⁶ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 18.

⁶¹⁷ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 77.

uma República (*summum imperium, suprema potestas*), palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de uma República, expressão equivalente ao moderno significado de Estado⁶¹⁸.

A partir daí, cuida BODIN de tornar mais claro o sentido das características apontadas⁶¹⁹: (i) sendo um poder *absoluto*, a soberania não é limitada nem em poder, nem pelo cargo, nem por tempo certo e, assim, nenhuma lei humana, nem as do próprio príncipe, nem as de seus predecessores, podem limitar o poder soberano; e (ii) como poder perpétuo, a soberania não pode ser exercida com um tempo certo de duração.

Consoante aduz DALMO DE ABREU DALLARI, quase dois séculos depois, JEAN JACQUES ROUSSEAU publica, em 1762, a obra intitulada *O contrato social*, na qual dá grande ênfase ao conceito de soberania e já transfere sua titularidade da pessoa do governante para o povo. Segundo o autor, entre as características fundamentais da soberania está a de que ela é inalienável, por ser o exercício da vontade geral, bem como indivisível, porque a vontade só é geral se houver a participação do todo⁶²⁰.

Destarte, a soberania em sua acepção clássica da ciência política, cujo significado provém de *soperanus*, tem como sentido designar uma posição de supremacia irresistível⁶²¹. Esse conceito foi recepcionado pela ciência do direito a partir da metade do século XIX, com o surgimento, na Alemanha, da teoria da personalidade jurídica do Estado, que passa a ser apontado como o verdadeiro titular da soberania. Em decorrência disso, a soberania passa a ser indicada como uma das notas características do ente estatal e se coloca entre os temas

⁶¹⁸ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do estado*, p. 77.

⁶¹⁹ Ibidem, p. 77.

⁶²⁰ Ibidem, p. 78.

⁶²¹ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da soberania. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: UFMG, n. 63/64, p. 12-15, 1986. A essas características acrescenta ainda Dalmo de Abreu Dallari que a soberania é um poder: originário, porque nasce no próprio momento em que nasce o Estado e como um atributo inseparável deste; exclusivo, porque só o Estado o possui; incondicionado, uma vez que só encontra os limites postos pelo próprio Estado; coativo, pois, no seu desempenho, o Estado não só ordena, mas dispõe de meios para fazer cumprir suas ordens coativamente (cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 81).

fundamentais do direito público, desenvolvendo-se uma completa teoria jurídica da soberania⁶²².

Na ciência do direito, acentua OLIVEIRA BARACHO que JELLINEK define a soberania como o poder do Estado de estruturar livremente a sua ordem jurídica, poder esse necessariamente submetido ao direito; soberania, portanto, é a qualidade do Estado em virtude da qual ele não pode ser obrigado juridicamente, a não ser por sua própria vontade⁶²³. Daí a conclusão de HELENO TAVEIRA TORRES, para quem a promulgação do texto constitucional opera a transferência da soberania do povo à Constituição, na forma de competências. Segundo essa visão, a soberania passa a ser o conteúdo da competência dos órgãos do Estado por ela criados, com regência material plena sobre todo o ordenamento e, conseqüentemente, sobre todo o Estado⁶²⁴.

Uma concepção puramente jurídica conduz ao conceito de soberania como o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas⁶²⁵ ou, em síntese, sobre a eficácia do direito. Como se nota, embora continuando a ser uma expressão de poder, a soberania é poder jurídico utilizado para fins jurídicos⁶²⁶.

No que tange às características da soberania, a quase totalidade dos estudiosos a reconhece como *una, indivisível, inalienável e imprescritível*. Ela é *una* porque não se admite em um mesmo Estado a convivência de duas soberanias. Seja ela poder incontestável ou poder de decisão em última instância sobre a atributividade das normas, é sempre poder superior a todos os demais que existam no Estado, não sendo concebível a convivência de mais de um

⁶²² Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do estado*, p. 79.

⁶²³ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 20. No mesmo sentido, ver BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da soberania*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 63/64, p. 12-15.

⁶²⁴ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 265.

⁶²⁵ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed., p. 113. No Brasil, ROQUE ANTONIO CARRAZZA explica que “soberania é a faculdade que, num dado ordenamento jurídico, aparece como suprema. Tem soberania quem possui o poder supremo, absoluto e incontestável, que não reconhece, acima de si, nenhum outro poder. Bem por isso, ele sobrepõe toda e qualquer autoridade (daí: *supra, supramus, soberano, soberania*)” (ibidem, loc. cit.).

⁶²⁶ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. p. 80. Segundo BETINA TREIGER GUPENMACHER, “a soberania é, na concepção clássica, fenômeno vinculado à noção de poder reconhecido internacionalmente” (cf. GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 11).

poder superior na mesma esfera. De igual maneira, é *indivisível* porque, além das razões que impõem sua unidade, ela se aplica à universalidade dos fatos ocorridos no Estado, sendo inadmissível, em razão disso, a existência de várias partes separadas da mesma soberania⁶²⁷.

Uma vez que o conceito tradicional e jurídico de soberania determina o atributo de um Estado para estruturar, em última instância, sua ordem jurídica, resta clara a impossibilidade de se verificar em um mesmo Estado ou Território a existência de duas soberanias – o que explica a característica intrínseca à soberania de ser una e indivisível.

Em razão disso, com a evolução do conceito jurídico de soberania, tornou-se inviável aceitar a teoria clássica de ALEXIS DE TOCQUEVILLE de que o Estado Federal é dotado de dupla soberania: a federal e a dos Estados-membros⁶²⁸. Referida doutrina, seguida no Brasil à época da promulgação da Constituição Federal de 1891⁶²⁹, tem como pressuposto

⁶²⁷ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do estado*, p. 80. Da mesma forma, a soberania é *inalienável*, pois aquele que a detém desaparece quando ficar sem ela, seja o povo, a nação, ou o Estado. Por fim, é *imprescritível* porque jamais seria verdadeiramente superior se tivesse prazo certo de duração. Todo poder soberano aspira a existir permanentemente e só desaparece quando forçado por uma vontade superior (ibidem, loc. cit.).

⁶²⁸ Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracia na América*, p. 52-53/92-94/111/115/119-121/128-130/278-284; BERCOVICI, G. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 13. Ademais, ALEXIS DE TOCQUEVILLE afirmava que os Estados tinham direito à secessão, contrariando assim um dos pilares do sistema federal (cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. Op. cit., p. 52-53/92-94/111/115/119-121/128-130/278-284; BERCOVICI, G. Op. cit., p. 13). No mesmo sentido, ver. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 828-832. O Decreto nº 1º, de 15 de novembro de 1889, mostra claramente a concepção da existência de soberania dos Estados-membros. Essa inspiração teórica não perdurou no direito positivo federal, pois o Decreto nº 7/1889 explicitou o alcance dos poderes estaduais, desfazendo o equívoco cometido pela natural exaltação dos sentimentos revolucionários (cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 333-334). O Decreto nº 510/1890 reconhecia o duplo conteúdo da autonomia do Estado-membro: a capacidade de auto-organizar-se, pelo exercício do poder constituinte, e a de construir, além do ordenamento constitucional, o ordenamento jurídico ordinário, mediante o exercício da atividade legislativa (ibidem, p. 335). CAMPOS SALLES desenvolveu o discurso de que “o Estado Federativo é aquele que se caracteriza pela existência de uma dupla soberania na tríplice esfera do Poder Público” (cf. *Anais da Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, v. 2, p. 111). Já BERNARDINO DE CAMPOS foi outro defensor do princípio da soberania dual, que chegou a utilizar para caracterizar o Senado Federal como estuário de confluência de duas soberanias (cf. *Anais da Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, v. 1, p. 356). As Constituições dos Estados do Piauí (arts. 1º e 2º), Rio de Janeiro (art. 3º), Paraná (art. 1º), Mato Grosso (art. 4º), Bahia (art. 1º), São Paulo (art. 1º) e de Santa Catarina (art. 1º) consagraram a soberania do Estado-membro, revelando a exorbitante compreensão dos poderes estaduais alimentados pelo Constituinte.

⁶²⁹ Cf. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal brasileira (1891) comentada* p. 10. Na doutrina brasileira, UCHÔA CAVALCANTI, comentarista da Constituição de 1891, explicava que esse problema de indivisibilidade da soberania não existia. Para ele, a soberania reside nos cidadãos que compõem a nação, que detêm o poder de constituir, emendar e reformar o sistema de governo. Sem se demitir de sua autoridade, mas conservando-a como forma primitiva de toda a autoridade, o povo, por meio de seus delegados, distribui

a possibilidade de existência de mais de uma soberania em um mesmo tempo e território, o que determinaria, em última análise, que esse poder não seria definitivo e único.

Conclui-se, em face das considerações formuladas, pela impossibilidade da existência de mais de uma soberania em um Estado, o que impõe a análise de como o poder jurídico é repartido no Estado Federal. A divisão territorial do poder, que qualifica as organizações de tipo federal, foi desenvolvida no campo teórico mediante o conceito político-jurídico de autonomia, como adiante será explicado.

2.3. A Autonomia no Estado Federal

Em extensa apreciação acerca da teoria jurídica do Estado Federal, MICHEL MOUSKHELI demonstra que a noção de soberania é fundamental para a teoria jurídica do Estado Federal, sendo em última instância o que define a distinção entre Estados-membros e Estado total, pois apenas este último é considerado soberano⁶³⁰.

os poderes soberanos entre os diversos órgãos do governo. No sistema federalista daquela Constituição, são criados dois níveis de órgãos: a União e os Estados, aos quais são atribuídos todos os poderes e direitos que não foram reservados à União, para que os exerça de forma livre e independente. Nas suas palavras, os dois níveis são “soberanos no círculo que lhes pertence”. Esse autor afirma, portanto, que a divisão do estado federal não rompe com os princípios da alienabilidade e indivisibilidade da soberania. Segundo ele, a soberania, no Estado Federal, continua em seu lugar, *no povo e na nação*, e de modo algum é alienada, sendo provas disso as previsões de Constituição de 1891 de voto político, de renovação parcial e periódica dos membros do Senado, de nomeação do Chefe do Executivo pelo voto popular, de julgamento por jurados tirados do povo e da justiça de paz. O que se delega, na visão de UCHÔA CAVALCANTI, é o *exercício* da soberania, efetuado mediante a repartição das funções soberanas entre órgãos diferentes. Para o autor, deve-se ainda admitir que os Estados particulares concorrem para o exercício da soberania, sendo, igualmente, membros dela. Nota-se a divergência de UCHÔA CAVALCANTI dos postulados positivistas, segundo os quais a soberania é sim transferida ao Estado, que dela se vale para atribuir funções aos seus vários órgãos. Com base na análise dos artigos 39 e 41 da Constituição mexicana, João Barbalho Uchôa Cavalcanti conclui que no sistema federativo, em face da soberania do povo, não pressupõe quebra de sua unidade e indivisibilidade, e, ainda, que “*se pôde, sem erro, dizer que os Estados são soberanos, como o disse o primeiro decreto do Governo Provisório de 1889 (art. 3)*”. (cf. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal brasileira (1891) comentada*, p. 10).

⁶³⁰ Cf. MOUSKHELI, Michel. *La théorie juridique de l'état fédéral*. Paris: A. Pedone, 1931. p. 73. In: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 21.

Por isso, o traço distintivo fundamental entre a Confederação e o Estado Federal é a soberania, presente nos Estados-membros na primeira e não no segundo⁶³¹. Como consequência, a Federação, ao contrário da Confederação, tem uma existência política com um *ius belli* independente. Toda federação é sujeito de direito internacional e de direito político⁶³² ante o foro do direito das gentes⁶³³, com o direito de conferir cidadania a seus habitantes, manter relações diplomáticas com os Estados estrangeiros (*ius legationis*), declarar guerra (*ius belli*), celebrar a paz e firmar tratados internacionais (*ius tractatum*)⁶³⁴.

Dessa maneira, resta natural que os membros de uma federação não sejam dotados de soberania, pois, consoante SAMPAIO DÓRIA, “*se os Estados federados fossem soberanos, gozariam, em consequência, os dois direitos da soberania: o de nulificação e o de separação*”⁶³⁵.

Embora os membros da federação não possuam soberania, como visto, o traço definidor do Estado Federal é justamente a descentralização do poder, assim entendida como a manutenção de parte das prerrogativas de domínio pelos entes subnacionais. Esse poder

⁶³¹ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed., p. 120.

⁶³² Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 33.

⁶³³ Ibidem, p. 57. A soberania externa é definida como a independência e a igualdade entre os Estados, o que significa, principalmente, o reconhecimento da obrigatoriedade das normas de Direito Internacional, no qual a reciprocidade tem papel fundamental para a sua legitimidade. Assim, em lugar de uma anarquia de soberanias, prossegue o autor, pautando-se em Heller, tem-se na situação internacional contemporânea uma sociedade de Estados independentes, unidos pelo Direito e ligados por intensa solidariedade de interesses (cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit., p. 57).

⁶³⁴ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. Op. cit., p. 126. Assim, completa o autor que os Estados-membros são autônomos, mas não soberanos, já que encontram limites ao seu agir na Constituição. Em rigor, soberano era o Poder que deu estampa e fez obedecida a Constituição (ibidem, p. 120).

⁶³⁵ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Problemas de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1919. p. 166. Da mesma forma, o que prova a ausência de soberania nos Estados-membros da Federação é a existência do instituto da intervenção federal, inadmissível em entes dotados de soberania. “*Considera-se a intervenção federal como peça decisiva no funcionamento do regime federativo; por meio desse instrumento aponta-se a superioridade política e jurídica da União sobre os Estados-membros*”. A intervenção federal é denominada execução federal ou *Bundesexecution* pelos doutrinadores alemães (cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit., p. 86). Ressalte-se que, segundo ROSAH RUSSOMANO, “*a intervenção, porém, que não visa esmagar a autonomia estadual, mas, sim, suprimindo-a, visa a restabelecer o equilíbrio, firmando o predomínio da União, não se estende de modo indefinido*” (cf. RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 102). A Federação visa, com esse instrumento, “*assegurar o vinculum foederis, utilizando inclusive o meio hábil para afastar as causas que possam perturbar a estabilidade federal. Entretanto, para que haja a sobrevivência da federação, é preciso que esse instrumento constitucional seja utilizado dentro das previsões normativas que não sejam objeto de desfiguração do Estado Federal.*” (cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit., p. 88).

conferido e garantido aos Estados-membros pela Constituição, entretanto, não pode ser confundido com a soberania, pois sua caracterização se vincula ao conceito jurídico de autonomia⁶³⁶. A soberania dá a personalidade de direito público para a União, ao passo que a autonomia caracteriza os Estados-membros⁶³⁷ e, com isso, a existência de uma federação.

Contudo, não basta afirmar a autonomia para caracterização do Estado Federal. JOSÉ JOAQUIM CANOTILHO registra que, mesmo em Portugal, Estado considerado unitário, atribui-se Autonomia aos territórios insulares e às autarquias locais⁶³⁸. Então, o que distinguiria a Autonomia do Estado Federal, para que ele possa ser caracterizado como tal? Para responder a essa pergunta, faz-se necessário compreender o sentido peculiar da Autonomia no federalismo.

Segundo RAUL MACHADO HORTA, *autonomia* provém etimologicamente de *nómos* e designa, tecnicamente, a edição de normas próprias que organizam e constituem um ordenamento jurídico⁶³⁹. O autor define autonomia como “*a revelação da capacidade para expedir as normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos. Essas normas variam na qualidade, na quantidade, na hierarquia e podem*

⁶³⁶ Cf. JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*, p. 15. Nesse sentido, a teoria de GEORG JELLINEK teve grande aceitação (ibidem, loc. cit.). Já em sentido contrário, OLIVEIRA BARACHO mostra que S. SCHNEIDER sustenta que a essência do Estado Federal está na soberania distribuída (cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 170).

⁶³⁷ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit., p. 21.

⁶³⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 253.

⁶³⁹ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 332. SANTI ROMANO destaca a autolegislação, a competência para criar ordenamento jurídico, com dado individualizador do conceito jurídico de autonomia (cf. ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1953. p. 14, 17). MASSIMMO SEVERO GIANINNI, depois de classificar formas plurais de sua manifestação, concentra, unitariamente, na figura da autonomia normativa, a expressão abrangente do termo (cf. GIANINNI, Massimo Severo. Saggio sui concetti di autonomia. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, p. 852-853, out./dez. 1951). CONSTANTINO MORTATI identifica dois elementos que integram o conceito de autonomia: *autoorganizzazione* e *autonormazione*. A ordem normativa se apresenta em desdobramento que abrange, no primeiro momento, a organização própria, no seu interior, e, no segundo momento, a ordem normativa se projeta para fora, por meio do estabelecimento das relações e das normas reguladoras dessas relações (cf. MORTATI, Constantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1969. p. 640). SALVATORE ROMANO associa a autonomia ao poder de criação do ordenamento jurídico (cf. ROMANO, Salvatore. Autonomia privata. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, p. 817-818, out./dez. 1956). VINCENZO SICA salienta a capacidade de auto-organização e a de determinar as normas relativas à organização própria (cf. SICA, Vincenzo. *Contributo Alla teoria della autonomia costituzionale*. Napoles: Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 184/224). PAUL LABAND, de forma mais desenvolvida, apresenta a autonomia como poder de direito público não soberano capaz de estabelecer direito próprio, e não por simples delegação, regras de direito obrigatório. É a legislação própria (*Selbstgesetzgebung*) (cf. LABAND, Paul. *Le droit public de l'empire Allemand*. Paris: Giard Birère, 1900. t. I, p. 178).

ser, materialmente, normas estatutárias, normas legislativas, e normas constitucionais, segundo a estrutura e as peculiaridades da ordem jurídica”⁶⁴⁰.

O conceito não é metajurídico ou inapreensível ao conhecimento jurídico, mas tem como cenário a atividade normativa que distingue o próprio cosmos jurídico. RAUL MACHADO HORTA conclui que “*a relação necessária entre a autonomia e a criação de normas próprias, para constituir ordenamento típico, é suficiente para justificar a noção jurídica de autonomia*”⁶⁴¹.

Em lição clássica, PAUL LABAND esclarece que o conceito jurídico de autonomia pressupõe o poder de direito público não soberano, em virtude de direito próprio, e não de uma delegação, para estabelecer regras jurídicas obrigatórias⁶⁴². Ainda conforme LABAND, os Estados-membros não são simples partes constitutivas da República Federal, pois eles também possuem personalidade de direito público, capacidade de ação e vontade independentes⁶⁴³. O poder de organização própria é competência exclusiva do Estado-membro e nele é possível localizar relevante elemento que diferencia o Estado-membro da Região e da Comunidade autônoma, entidades componentes dos Estados Unitários⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 332.

⁶⁴¹ Ibidem, p. 332.

⁶⁴² Cf. LABAND, Paul. *Le droit public de l'empire Allemand*, p. 178.

⁶⁴³ Ibidem, loc. cit. Denota ser consenso entre os autores que o sentido jurídico de autonomia guarda essa estreita relação com a etimologia da palavra. Também para NINA BEATRIZ STOCO RANIERI, a autonomia indica a *competência para a autonormação* (cf. RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Aspectos jurídicos da autonomia universitária no Brasil. *Revista CEJ*, v. 9, n. 31 out./dez. 2005, p. 20). Ao esmiuçar essa ideia, a autora oferece uma definição muito completa, segundo a qual autonomia é “*a possibilidade de dar-se um ordenamento jurídico, o que consiste em poder funcional derivado, circunscrito ao peculiar interesse da entidade que o detém, e limitado pelo ordenamento geral em que se insere, sem o qual, não existiria*” (ibidem, loc. cit.). Para NINA RANIERI, esse poder tem conteúdo eminentemente político, pois a autonomia é a disposição de prerrogativa de criação do direito, mesmo que em áreas restritas (ibidem, loc. cit.).

⁶⁴⁴ Cf. HORTA, Raul Machado. Op. cit., p. 297. “*A autonomia do Estado-membro constitui elemento essencial à configuração do Estado Federal. Não se recolhe divergência substancial entre os estudiosos da forma de Estado a respeito dessa caracterização. O que se nota, ao contrário, é a preocupação de empregar o termo próprio para traduzir a intensidade da idéia*” (ibidem, p. 329). Essa questão da gradação da intensidade da autonomia resta evidenciada pelo exemplo que fornecido por RAUL MACHADO HORTA, da renovação estrutural pela qual vem passando o Estado Unitário, que decorre da ampliação do grau de descentralização regional, como ele se encontra organizado nas Constituições italiana de 1947 e espanhola de 1978, representa o ensaio de uma nova forma estatal – o Estado Regional – como tipo intermediário entre o Estado Unitário e o Federal (ibidem, p. 273). Há ainda outra figura – a Confederação –, a qual é uma união de Estados soberanos. Ainda, JOSÉ MAURÍCIO CONTI propõe uma divisão entre Estados de primeiro, segundo, terceiro e quarto graus. Ressalva que mesmo com muitos graus os Estados podem conferir pouca autonomia

Logo, a diferença fundamental da Federação para o Estado Unitário descentralizado é que neste as competências dos governos locais estão subordinadas juridicamente ao governo central, que por seu Poder Legislativo pode lhes restringir as ações⁶⁴⁵. Já na Federação, ao contrário, os governos estaduais são livres de incursões do Poder Legislativo central, em vista de sua autonomia⁶⁴⁶.

Daí a definição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, segundo a qual o Estado Unitário corresponde à organização em que a descentralização nela existente está à mercê do poder central⁶⁴⁷, enquanto o Estado Federal possui sua estrutura delimitada constitucionalmente, na qual são assegurados poderes autônomos às entidades periféricas⁶⁴⁸.

Também para JOSÉ NILO DE CASTRO “*os Estados-Membros ou federados conservam a sua autonomia interna, debaixo, porém, da autoridade central, a União ou o Estado federal. E esta união é materializada na Constituição Federal*”⁶⁴⁹.

RAUL MACHADO HORTA, por sua vez, consigna que “*o Estado Federal acrescentou noções e técnicas novas à instituição estatal. A autonomia legislativa e a autonomia*

às suas entidades descentralizadas (cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 5-10).

⁶⁴⁵ Cf. RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1965. p. 123. Nesse sentido, PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA apresenta as principais linhas esquemáticas da figura jurídica do Estado Federal: (I) deve ser formado por três elementos genéricos constitutivos do Estado – governo, povo e territórios próprios –, sob pena de ser caracterizado como Confederação; (II) esses elementos devem estar ao lado de outro, formado por dois ou mais Estados-membros; (III) os Estados-membros devem formar entre si uma corporação paritária, na qual encontram, essencialmente, suas garantias na participação direta no Governo Federal (ibidem, loc. cit.).

⁶⁴⁶ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed., p. 121. Há, no entanto, autores que consideram como traço essencial da federação a participação direta e indireta dos Estados-membros na formação da vontade federal, ou seja, na composição dos órgãos federais e na elaboração de suas decisões. Esse é o caso de Louis Le Fur e Michel Mouskheli (cf. LE FUR, Louis. *État fédéral et confédération d'états*. Paris: Machal et Billard, 1896. p. 586; MOUSKHELI, Michel. *La théorie juridique de l'état fédéral*, p. 30).

⁶⁴⁷ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 49.

⁶⁴⁸ Cf. CONTI, José Maurício. Op. cit., p. 5-10. Há também quem entenda existir uma terceira figura – a Confederação –, a qual é uma união de Estados soberanos. Outros, ainda, defendem a figura do Estado Regional, tal como na Espanha. JOSÉ MAURÍCIO CONTI propõe, conforme salientado em nota anterior, uma divisão entre Estados de primeiro, segundo, terceiro e quarto grau. Ressalva que mesmo com muitos graus os Estados podem conferir pouca autonomia às suas entidades descentralizadas (ibidem, loc. cit.).

⁶⁴⁹ Cf. CASTRO, José Nilo de. Considerações sobre o federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 22, n. 85, p. 46.

constitucional, situadas além do poder central, são novidades que o federalismo integrou na figura do Estado”⁶⁵⁰. Segundo o autor, a autonomia exerceu considerável influência na elaboração inicial da teoria do Estado Federal, pois esse conceito é necessário para a definição conceitual dessa forma organizativa⁶⁵¹ e permitiu conceber o Estado não soberano, mas autônomo⁶⁵².

A autonomia conferida a cada unidade federativa varia de acordo com a estrutura de cada Estado Federal. MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI adverte que, no entanto, “*a variabilidade de um instituto não significa que qualquer coisa possa ser aceita, nem tampouco que inexistam parâmetros mínimos ou lindes, além dos quais compromete-se a existência do federalismo*”⁶⁵³.

Cabe perquirir o mecanismo que estrutura a divisão do poder entre os membros de uma federação. A resposta somente pode ser atingida com a apreensão do vínculo entre poder e direito a partir da ideia de Constituição.

A soberania, enquanto poder supremo e fundante do Estado, não estaria incluída no sistema de direito positivo, pois este compreende apenas as normas jurídicas inerentes ao sistema, segundo os critérios de validade e pertinência. A validade de uma norma jurídica decorre do exercício de competências juridicamente atribuídas, de modo que o elemento político da soberania resta fora e antes do sistema jurídico positivo, o qual será validado como unidade pela pressuposição de um axioma (Norma Fundamental)⁶⁵⁴. Nesse sentido, o

⁶⁵⁰ Cf. HORTA, Raul Machado. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1964. p. 25.

⁶⁵¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 99. Nesse sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA faz referência à possibilidade de haver Estados unitários descentralizados, que, no entanto, não atribuem aos entes autonomia político-constitucional, tratando-se em verdade de formas de autarquias territoriais, do tipo autárquico (ibidem, loc. cit.). Segundo ALAOR CAFFÉ ALVES, “*A sobrevivência da autonomia não significa outra coisa senão a garantia da unidade federal. Essa unidade se fará por intermédio da ação integradora do poder central*” (cf. ALVES, Alaor Caffé. Planejamento e federação: algumas reflexões sobre seus princípios. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, n. 6, 1975, p. 20).

⁶⁵² Cf. HORTA, Raul Machado. Op. cit., p. 25. Para o autor, “*o Estado-membro, que é um Estado não soberano, com poder de dominação, dispõe de autonomia e não de soberania*” (ibidem, loc. cit.).

⁶⁵³ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. Federalismo, estado democrático de direito e imposto sobre o consumo. *Revista de Direito Tributário*, n. 75, p. 195.

⁶⁵⁴ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 310-311. Para HELENO TAVEIRA TORRES, “*o poder de tributar é concebido, neste estudo, como parcela dos poderes*

poder soberano transmuda-se em juridicidade explicitada pela imputação de competências fixadas no texto constitucional, as quais são as primeiras normas a fazer parte do sistema de direito positivo. A dependência à noção de soberania, que marca a inauguração e a resistência temporal da ordem estatal, converte-se em domesticação do caráter irresistível e superior do poder político, na medida em que este é apreendido como conjunto de autorizações advindas de normas jurídicas, isto é, competências, as quais são, simultaneamente, fonte de poder e de limitação vinculativa da ação estatal.

Uma vez assentado na doutrina jurídica que o poder, atributo da soberania, atua somente na distribuição original de competências (a competência originária das competências), com a promulgação da Constituição, tem-se que essas competências, e todas as demais que delas derivam, possuem natureza estritamente jurídica.

Assim, não há competência jurídica sem a correspondente norma jurídica que a defira a um sujeito específico. Essa compreensão consiste, seja bem esclarecido, em uma derivação da ideia de Estado de Direito (*rule of law*, *rechtsstaat*, *état de droit*) a qual exclui os elementos de personalização e tradicionalismo do exercício de poder, para submetê-lo à objetividade das normas, fontes de autorizações específicas e limites para a ação política⁶⁵⁵.

Logo, devem-se determinar os limites mínimos garantidos aos Estados-membros de uma federação por sua autonomia constitucionalmente assegurada.

constituídos, na forma de consolidação das competências tributárias, razão pela qual se nega cabimento à existência de qualquer ‘poder de tributar’ prévio ou superior à Constituição, ao tempo que se reconhece sua vinculação à soberania do Estado limitadamente ao poder distribuído pela Constituição entre os órgãos estatais, na forma de competências materiais típicas”. (ibidem, loc. cit.).

⁶⁵⁵ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009. p. XXVI/XXIX. Essa “juridificação” do poder estatal antipatiza com qualquer ideia de soberania como poder ilimitado, condição natural para a promoção da ordem a ponto de alcançar todo e qualquer meio idôneo para a consecução de fins gerais. Tal se passa, em idêntico tom, no campo da tributação, a qual é concebida como “*atividade exercida pela criação de normas (...) o conjunto que regula direta ou indiretamente a instituição, arrecadação e fiscalização de tributos não é outra coisa senão normas [...] a ação de instituir, arrecadar e fiscalizar tributos é exercida pela criação de normas. Reduzindo-se o fenômeno da tributação ao seu aspecto jurídico, nada existe no sistema de direito tributário que não seja norma, vale dizer, a linguagem jurídica prescritiva*”. (ibidem, loc. cit.).

2.4. A Distribuição de Competências no Estado Federal

Para RAUL MACHADO HORTA, que estudou com grande profundidade o conceito de autonomia na obra *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*, o conteúdo desse conceito, referido aos Estados-membros, é o elemento essencial à configuração do Estado Federal, mas as dificuldades despontam quando se procura precisar o conceito da Autonomia, revelar o seu conteúdo e, com isso, o princípio essencial da organização federal⁶⁵⁶.

No entendimento do autor, é a existência de competências legislativas exclusivas, ao lado do poder de auto-organização constitucional, que demonstra a personalidade autônoma de direito público dos Estados-membros e revela a sua capacidade de ação e vontade independente⁶⁵⁷.

A relação entre Constituição Federal e repartição de competências é, para os Estados Federais autênticos, uma relação causal, de modo que, havendo a primeira, haverá, necessariamente, a segunda, ou seja, a repartição de competências no próprio documento de fundação jurídica do Estado Federal⁶⁵⁸. Por isso, a repartição de competências em nível constitucional é tema central da organização federal. Na avaliação dos publicistas que lidam com o tema, ora a repartição é qualificada de “*La grande affaire du fédéralisme*”⁶⁵⁹, “*key to the interfederal power structure*”⁶⁶⁰, “*o elemento essencial da construção federal*”⁶⁶¹, “*o problema típico do Estado Federal*”⁶⁶², evidenciando-se a essencialidade

⁶⁵⁶ Cf. HORTA, Raul Machado. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*, p. 13.

⁶⁵⁷ Cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 309-310.

⁶⁵⁸ Ibidem, p. 310.

⁶⁵⁹ Cf. AUBERT, Jean François. *Traité de droit constitutionnel suisse*. Suíça: Ides et Calendes, 1967. v. 1, p. 229. In: HORTA, Raul Machado. Op. cit., p. 310.

⁶⁶⁰ Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970. p. 356.

⁶⁶¹ Cf. DOUIN, Claude-Sophie. *Le fédéralisme autrichien*. Paris: LGDJ, 1977. p. 17.

⁶⁶² Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1974. p. 355.

da repartição de competências e a razão de sua localização direta no documento constitucional, como parte inexcludente da Constituição Federal material⁶⁶³.

A esse propósito, HELENO TAVEIRA TORRES explica que, nos Estados Unitários, todo o poder normativo é concentrado e, conseqüentemente, as competências apenas se limitam pelas vedações constitucionais. Já no federalismo, há uma necessária descentralização das competências legislativas, concretizada mediante a separação da matéria legislada – criam-se campos próprios para o ente central, de um lado, e para os entes periféricos, de outro⁶⁶⁴.

Para AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, o Estado Federal depende, necessariamente, da existência, em um mesmo Estado soberano, de entidades autônomas que sejam titulares de competências próprias para realizar sua autodeterminação e evitar qualquer interferência do governo central⁶⁶⁵.

Também para GILBERTO BERCOVICI, “o Estado-membro é dotado apenas de autonomia, compreendida como governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal”⁶⁶⁶. Segundo o autor, “essa delimitação, chamada de repartição de

⁶⁶³ Cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 310. “A importância da repartição de competências reside no fato de que ela é a coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal. A organização federal provém da repartição de competências, pois a repartição vai desencadear as regras de configuração da União e dos Estados, indicando a área de atuação constitucional de cada um” (ibidem, p. 279). Sem dúvida, o critério fundamental da determinação da autonomia de um ente federativo é a existência de competências legislativas próprias do Governo subnacional, definidas na Constituição Federal. Essa questão foi analisada por RAUL MACHADO HORTA, que identificou os seguintes pontos a serem considerados em uma Federação: (i) dualidade de ordens governamentais; (ii) repartição constitucional de competências; (iii) autonomia constitucional do Estado-membro; (iv) organização peculiar do Poder Legislativo Federal de forma a haver participação dos Estados-membros; e (v) existência de técnica específica (intervenção federal) para fins de manutenção da integridade nacional (cf. HORTA, Raul Machado. *Problemas do Federalismo. Perspectivas do federalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais, 1958).

⁶⁶⁴ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 595-596. Essa opção evoca a segurança jurídica das unidades federativas e dos contribuintes (ibidem, loc. cit.).

⁶⁶⁵ Cf. FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Sistema tributário brasileiro: discriminação de rendas*. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1965. p. 18.

⁶⁶⁶ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 13. Segundo o autor, “todo Estado, inclusive o federal, nesse sentido é unitário, pois tem como um de seus objetivos a busca da unidade. A autonomia não se opõe à unidade, mas à centralização em determinados órgãos ou setores do Estado. Neste sentido, em um Estado federal em que a autonomia não se limita a ser um objeto passivo (garantia), mas é, essencialmente, sujeito ativo na formação dessa unidade estatal (participação)” (ibidem, p. 10).

competências, é o ponto central do federalismo, pressuposto da autonomia dos entes federados”⁶⁶⁷.

Para RAUL MACHADO HORTA, a autonomia demanda a repartição constitucional de competências, cujo objetivo é o exercício e desenvolvimento da atividade normativa⁶⁶⁸. Identificam-se, de forma geral, as seguintes possibilidades esquemáticas de repartição horizontal de competências: (i) repartição exaustiva da competência de cada ordenamento; (ii) enumeração da competência da União e atribuição aos Estados dos poderes reservados ou não numerados; (iii) enumeração da competência dos Estados-membros e atribuição à União dos poderes reservados⁶⁶⁹.

Segundo o teórico, a autonomia é a revelação de capacidade para expedir as normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos⁶⁷⁰, as quais variam na qualidade, quantidade e hierarquia, bem como podem ser, materialmente, estatutárias, legislativas e constitucionais, de acordo com a estrutura e as particularidades

⁶⁶⁷ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 14. No mesmo sentido, manifesta-se JOSÉ AFONSO DA SILVA: “autonomia envolve capacidade normativa sobre assuntos de competência exclusiva da entidade autônoma” (cf. SILVA, José Afonso da. Participação do município na arrecadação da União e do estado. *Revista de Direito Público*, n. 10, p. 82). O autor defende, portanto, que para que uma entidade possa ser considerada autônoma é preciso, no mínimo, existir um governo próprio e competência exclusiva, sendo o primeiro formado sem interferência de outra entidade, isto é, governo proveniente de escolha da própria comunidade autônoma (ibidem, loc. cit.).

⁶⁶⁸ Cf. HORTA, Raul Machado. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*, p. 40. Para RAUL MACHADO HORTA, a autonomia é conceito jurídico que pressupõe um poder de direito público não soberano, que poderá, em virtude de direitos próprios e não em face de delegação, estabelecer regras de direito obrigatórios (ibidem, loc. cit.). Sobre a divisão de competências, deve-se ressaltar que o nº 45 do *Federalist Papers* determina que “os poderes delegados pela Constituição ou governo federal são poucos e definidos. Os que devem permanecer com os governos estaduais são numerosos e indefinidos. Os pertinentes ao governo federal seriam exercidos principalmente tendo em vista objetos como guerra, paz, negociação e comércio exterior. Os poderes dos Estados iriam a todos os objetos que tivessem a finalidade de manter a ordem interna e a prosperidade do Estado” (cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 37).

⁶⁶⁹ Cf. HORTA, Raul Machado. Op. cit., p. 50-55. Afirma ainda o autor que “o constituinte estadual encontrou um quadro de competências enumeradas da União particularmente propício ao desenvolvimento dos poderes reservados e, portanto, de autonomia” (ibidem, loc. cit.).

⁶⁷⁰ Ibidem, p. 40. Em sentido similar, tem-se a lição de Dalmo de Abreu Dallari, para quem no Estado Federal as atribuições da União e as das unidades federadas estão fixadas na Constituição, por meio de uma distribuição de competências. Não existe hierarquia na organização federal, porque a cada esfera de poder corresponde uma competência determinada (cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do estado*, p. 259). Ressalte-se que, no domínio das competências privativas, a afirmativa de certa prevalência da lei federal esgota-se com a declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais que entram em conflito com as de origem federal (cf. LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 109). Em igual sentido, ver BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit., p. 68.

da ordem jurídica⁶⁷¹. Autonomia consiste, portanto, na “*capacidade de auto-organizar-se, pelo exercício do poder constituinte, e a de construir, além do ordenamento constitucional, o ordenamento jurídico ordinário, mediante o exercício da atividade legislativa*”⁶⁷².

Também para JOSÉ AFONSO DA SILVA “*autonomia envolve capacidade normativa sobre assuntos de competência exclusiva da entidade autônoma*”⁶⁷³. O doutrinador sustenta, pois, que para uma entidade vir a ser considerada autônoma é necessário, no mínimo, a existência de governo próprio e de competência exclusiva, acrescentando que governo próprio significa governo formado sem interferência de outra entidade, isto é, governo proveniente de escolha da própria comunidade autônoma⁶⁷⁴.

Uma vez existentes em uma federação competências privativas dos Estados, designadas pela obra inaugural do poder constituinte originário, percebe-se que não há hierarquia entre os entes federativos, os quais devem ser considerados iguais para fins do exercício do poder político⁶⁷⁵. Segundo ROQUE ANTONIO CARRAZZA, o que há, na verdade, são campos de atuação “autônomos e exclusivos”, estritamente traçados pela Lei Suprema⁶⁷⁶.

⁶⁷¹ Cf. HORTA, Raul Machado. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*, p. 17. Naturalmente, há também o entendimento de que a autonomia dos Estados-membros tem como requisito fundamental a participação dos Estados nas decisões nacionais, intitulado “*princípio da participação, garante que as unidades [sic] que compõem a federação, a fim de que colaborem na formação das decisões adotadas como próprias da União Federal. [...] A participação é necessária, caso contrário, existiria subordinação e não colaboração, circunstância que desfiguraria a federação*” (cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 50).

⁶⁷² Cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 335. Sobre a questão, ressalte-se que nem sempre as Constituições recorrem à enumeração exaustiva das competências atribuídas aos Estados, tendo, na jurisprudência constitucional americana, a doutrina dos poderes implícitos sido construída por meio da Suprema Corte a explicação admitiu “*que os constituintes, mesmo que tacitamente, deram certos direitos à Federação na solução de problemas comuns*” (cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit., p. 53).

⁶⁷³ Cf. SILVA, José Afonso da. Participação do município na arrecadação da União e do estado. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, 1969, p. 82. Como explica CANOTILHO, a separação do poder, tanto horizontal (Legislativo, Executivo e Judiciário), quanto vertical (divisão entre poder central e poderes periféricos, tal como acontece no federalismo) “*implica a articulação de órgãos e funções do Estado, sendo lícito falar-se de um princípio organicamente referenciado e funcionalmente orientado*” (cf. CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., p. 551). O autor ainda esclarece que, quando se faz referência a repartição de poderes, está-se aludindo, na verdade, à repartição da atividade do Estado, e não do poder propriamente dito.

⁶⁷⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., loc. cit. No mesmo sentido, ver CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 12.

⁶⁷⁵ Cf. ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*, p. 32.

⁶⁷⁶ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 96.

Destarte, na ordem constitucional federal uma esfera não é superior a outra⁶⁷⁷, pois, em termos estritamente jurídicos, só se pode falar em hierarquia de normas quando umas extraem a validade e legitimidade das outras. Por esse motivo, as leis federais e estaduais ocupam o mesmo nível, uma vez que umas não pertencem a outras: todas encontram seu fundamento de validade na Constituição⁶⁷⁸.

Da existência de competências legislativas próprias dos Estados-membros, com fundamento de validade diretamente remissível ao texto constitucional, decorre a correspondente necessidade prático-funcional de viabilização de competências privativas relativamente ao fornecimento de bens e serviços públicos⁶⁷⁹, bem como à estruturação de órgãos políticos próprios com os quais exercerá as incumbências que lhes foram delimitadas pela Constituição⁶⁸⁰.

A combinação entre exercício legislativo e fornecimento de bens e serviços públicos pressupõe existirem recursos próprios, cuja administração deve ser autônoma e livre de

⁶⁷⁷ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 12-13. Naturalmente, é possível o mandamento de que, em determinadas circunstâncias, o poder federal prevaleça. Nesse sentido a interpretação hoje dominante de que, nas hipóteses de competência concorrente ou em que não há elementos suficientes para uma afirmação indubitável de competência, prevalece a federal (ibidem, loc. cit.).

⁶⁷⁸ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. p. 126. Como afirma o autor, “*não importa se mais ou menos vastos, ricos ou populosos: perante a Ciência Jurídica são todos isônomos, possuindo, portanto, os mesmos direitos e deveres e participando, de igual modo, da formação da vontade nacional*” (ibidem, p. 143).

⁶⁷⁹ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 13. Tem-se ainda, como decorrência, que os entes subnacionais membros da Federação possuem autonomia administrativa. Referido poder manifesta-se pela capacidade conferida pela Constituição às entidades descentralizadas de se auto-organizarem, ou seja, de estabelecerem os órgãos, meios e formas pelas quais se encarregarão de cumprir as tarefas que lhe foram atribuídas pela Constituição (ibidem, loc. cit.).

⁶⁸⁰ Ibidem, loc. cit. Na mesma direção, MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI, preconizando que um Estado-membro não goza apenas de autonomia administrativa e financeira, nem apenas de personalidade pública. Trata-se de ente político, de personalidade pública, a que é atribuída parcela de poder estatal de tal modo que a ordem jurídica, que somente vale em seu âmbito territorial, nasce de fonte legislativa própria (cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Federalismo, estado democrático de direito e imposto sobre o consumo*. *Revista de Direito Tributário*, n. 75, p. 200). Com conclusões semelhantes, JOSÉ MAURÍCIO CONTI traz também características intrínsecas à forma federativa de Estado, quais sejam: (i) existência de ao menos duas esferas de governo; (ii) autonomia das entidades descentralizadas; (iii) organização do Estado expressa em uma Constituição; (iv) repartição de competências; (v) participação das entidades na formação da vontade nacional; e (vi) indissolubilidade (Cf. CONTI, José Maurício. *Op. cit.*, p. 10). “*As bases sob as quais deve ser efetivada a repartição de competências entre a Federação e seus membros variam de acordo com a Constituição que a determina.*” Em linhas gerais, entretanto, as demandas de interesse geral são de competência da União, já que possui competência para determinar livremente sua própria competência (cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 28).

quaisquer intervenções dos outros níveis da federação. Distingue-se, assim, outro aspecto fundamental da autonomia no Estado Federal – a autonomia financeira.

Para o exercício de competências, o ente federativo deve ter um governo próprio, com poder legislativo e aparato administrativo independentes. Essas competências legislativas têm como pressuposto a disponibilidade de fontes próprias de recursos, que provejam a sustentação financeira sem submeter os entes subnacionais a condições impostas pelo ente central, bem como a possibilidade de escolher livremente a realização dos gastos, o que é caracterizado doutrinariamente como autonomia financeira.

2.5. A Autonomia Financeira

A autonomia dos entes federativos, além de pressupor competências legislativas e administrativas exclusivas, compreende também a possibilidade de empreender seus objetivos constitucionalmente delimitados, motivo pelo qual resta necessária a atribuição de poder financeiro para os Estados-membros⁶⁸¹, fator imprescindível de garantia dos meios em vista dos fins públicos a serem perseguidos em cada nível de governo da federação, como observa JOSÉ MAURÍCIO CONTI⁶⁸².

Desse modo, é imperativo que a Constituição, ao determinar as funções de fornecimento de bens e serviços públicos das entidades federadas, institua também a discriminação de fontes de recursos para que estas possam atingir seus objetivos políticos⁶⁸³. Daí a

⁶⁸¹ Cf. UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 101. Também para VICTO UCKMAR, nos Estados de estrutura federal o problema da distribuição de poderes em matéria financeira é de grande relevância, pelo que não pode ficar marginalizado nos estudos sobre a autonomia dos Estados-membros (ibidem, loc. cit.).

⁶⁸² Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 14. Contudo, a autonomia dos entes federativos não se resume à autonomia legislativa. A autonomia que possibilita a autorregulação de um ente federativo presta-se à satisfação dos seus próprios interesses. Por isso, conforme explica ROGÉRIO LEITE LOBO, a autonomia pressupõe que os entes federativos disponham dos meios necessários ao exercício pleno das atividades e das competências que lhes tenham sido conferidas. Assim, a ideia conceitual de federalismo e de autonomia dos entes federativos imbricará necessariamente nos aspectos financeiro e administrativo (cf. LOBO, Rogério Leite. *Federalismo fiscal brasileiro: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa*, p. 42).

⁶⁸³ Cf. CONTI, José Maurício. Op. cit., p. 1. A autonomia das fontes de arrecadação, conforme JOSÉ MAURÍCIO CONTI, pressupõe que elas independam da interferência do poder central, constituindo esta uma característica fundamental do Estado de Direito (ibidem, p. 16).

conclusão do autor de que “a autonomia financeira é de fundamental importância. Não é exagero dizer ser ela quem garante a sobrevivência da federação”⁶⁸⁴.

SAMPAIO DÓRIA posiciona-se nesse mesmo sentido, ao mostrar que “o poder político, distribuído pelas camadas da federação, encontra seu necessário embasamento na simultânea atribuição de poder financeiro”⁶⁸⁵.

Nessa linha, SACHA CALMON NAVARRO COELHO adverte que “não há determinação possível onde a entidade que pretende exercitá-la não dispõe de meios de ação – serviços e coisas – que, no mundo contemporâneo, só são obtidas com dinheiro. [...] Um governo local investido de autonomia pela letra expressa do diploma constitucional, ou legal, mas que depende da generosidade ou da boa vontade de outro governo, no plano provincial ou nacional, dificilmente transforma em fatos sua capacidade de autodeterminação”⁶⁸⁶.

Segundo RUY BARBOSA NOGUEIRA, a soberania fiscal e financeira é parte da autonomia do Estado, decorrendo da soberania que o Estado possui sobre as pessoas em seu território a possibilidade de fato que ele tem de exigir tributos⁶⁸⁷. Também AREND LIJPHART já observava que um dos elementos capazes de identificar se um Estado é mais ou menos centralizador é “a medida da participação nos impostos, que baseia-se no razoável pressuposto de que o escopo das atividades dos governos centrais e não-centrais pode ser medido segundo seus gastos e rendimentos”⁶⁸⁸.

Na lição de DALMO DALLARI, a cada “esfera de competências se atribui renda própria”⁶⁸⁹. Logo, para o autor, a decisão sobre as prioridades, dentro de sua esfera de competência e afetando seus recursos financeiros, é uma decorrência da autonomia e cabe a cada

⁶⁸⁴ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 14.

⁶⁸⁵ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*, p. 11.

⁶⁸⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 63.

⁶⁸⁷ Cf. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 117-118.

⁶⁸⁸ Cf. LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 217.

⁶⁸⁹ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Competências municipais. *Estudos de Direito Público – Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo*, São Paulo, n. 4, 1983, p. 7.

entidade política, por preceito constitucional, não se podendo exigir comportamento diverso sob alegação de ser mais conveniente”⁶⁹⁰.

Da mesma forma, para GILMAR MENDES, “*a descentralização de poderes, que engendra o Estado Federal, torna-se letra morta se não vier acompanhada ou da repartição de competências tributárias ou da partilha do produto da arrecadação de certos tributos ou de ambas as técnicas*”⁶⁹¹.

Esse é um ponto de grande importância e que só recentemente começou a ser tratado com o devido cuidado. É indispensável, portanto, que se assegure a quem tem os encargos uma fonte de renda suficiente, caso contrário, a autonomia política se torna apenas nominal, pois não pode agir – e agir com independência – quem não dispõe de recursos próprios⁶⁹².

Nas palavras de MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI, “*a aptidão para criar impostos mediante lei é a maior de todas as manifestações de autonomia política*”⁶⁹³. Como se registrou, a competência para instituir tributos mediante lei constitui uma das pedras fundamentais da autonomia dos membros de uma federação.

Para a autora, o federalismo repousa na ideia de que as competências tributárias conferem aos entes estatais receita suficiente – e até excedente – para a manutenção dos serviços e finalidades públicas que lhe são atribuídos⁶⁹⁴. Essa receita é, em princípio, a garantidora da

⁶⁹⁰ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Competências municipais. *Estudos de Direito Público – Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo*, n. 4, p. 7.

⁶⁹¹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 1.452/1.453/1.456.

⁶⁹² Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do estado*, p. 259. No mesmo sentido, GILMAR MENDES mostra que o exercício da autonomia do Ente só se torna possível se houver, igualmente, uma repartição constitucional de rendas a possibilitar que os Estados-membros disponham de recursos para desempenhar as tarefas que lhes cabem, de acordo com o desenho do Estado Federal (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 828-832).

⁶⁹³ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. Federalismo, estado democrático de direito e imposto sobre o consumo. *Revista de Direito Tributário*, n. 75, p. 210.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 204. É lapidar a colocação de BARACHO sobre o tema da repartição de recursos financeiros em uma Federação, ao afirmar: “*sucede que o federalismo tem problemas além daqueles que decorre de sua natureza legal. A natureza essencial do federalismo não se esgota no exame de sua terminologia constitucional ou legal, mas decorre também de forças econômicas, sociais, políticas, culturais, que contribuem, muitas vezes, para que ele se torne necessário. Da mesma maneira de que outras formas institucionais, é uma espécie de solução para os problemas de organização política, que não decorrem de circunstâncias acidentais*” (cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 8).

governabilidade de cada pessoa estatal⁶⁹⁵. Também segundo VICTOR UCKMAR, “descentralização significa, em boa parte, concessão de autonomia, e esta só pode subsistir se acompanhada da autonomia das finanças públicas”⁶⁹⁶.

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, “a autonomia federativa compreende: a) capacidade de auto-organização; b) existência de autogoverno; c) existência de competências exclusivas. Nesta, há de incluir-se a outorga de fontes tributárias próprias e a gestão própria dos seus assuntos tributários e financeiros, que exatamente servirão de base material da autonomia”⁶⁹⁷.

TÁCIO LACERDA GAMA, ao discorrer sobre autonomia financeira, defina-a como “o conjunto de faculdades jurídicas que possibilita ao ente federativo adquirir os recursos necessários para o desenvolvimento das demais autonomias – política, administrativa e legislativa. Pode abranger tanto aquelas que se referem à imposição de tributos – tributária – quanto às questões de repasse de receitas – orçamentária”⁶⁹⁸.

Também conforme sustenta MIGUEL DELGADO GUTIERREZ, para que os entes da federação gozem de autonomia, é necessário que haja “previsão de recursos suficientes e não sujeitos a condições, para que os entes federativos possam desempenhar suas atribuições”⁶⁹⁹.

⁶⁹⁵ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. Federalismo, estado democrático de direito e imposto sobre o consumo. *Revista de Direito Tributário*, n. 75, p. 204. Já para ROQUE ANTONIO CARRAZZA, sendo o Estado-membro autônomo, a Constituição conferiu a cada um o direito de regular suas despesas e instituir e arrecadar em caráter privativo e exclusivo os tributos que os atenderão (cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed., p. 144).

⁶⁹⁶ Cf. UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*, p. 113-115. ROQUE ANTONIO CARRAZZA, por sua vez, preconiza que, em nome de sua autonomia, a União e os Estados-membros podem, nos assuntos de sua competência, estabelecer prioridades, decidindo quais problemas deverão ser resolvidos preferencialmente e que destino dar a seus recursos financeiros. É-lhes também permitido exercer suas competências tributárias com ampla liberdade. Assim, dependendo da decisão política, podem ou não criar os tributos de sua competência. E se os criarem, poderão fazê-lo de modo mais ou menos intenso, dentro dos limites constitucionais CARRAZZA, Roque Antonio. Op. cit., p. 127).

⁶⁹⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. Federalismo, autonomia e discriminação de rendas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 19, 2008, p. 18.

⁶⁹⁸ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 199.

⁶⁹⁹ Cf. GUTIERREZ, Miguel Delgado. Repartições de receitas tributárias: a repartição das fontes de receita; receitas originárias e derivadas. A distribuição da competência tributária. In: CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal*, p. 38.

Diante disso, conclui-se que a autonomia garantida aos Estados-membros de uma federação, a qual é o fundamento e traço definidor do Estado Federal, tem como componente fundamental a existência de autonomia financeira, entendida como a capacidade de obter e gerir recursos financeiros próprios para fazer frente às suas competências constitucionalmente delimitadas.

Constitui, igualmente, objeto do presente trabalho a determinação dos limites mínimos de autonomia financeira dos Estados que foram assegurados pelo poder constituinte originário no federalismo brasileiro atual, uma vez que a Constituição de 1988 firmou a forma federativa como barreira intransponível à atuação do poder de reforma. Sob as bases do positivismo metódico-axiológico, vai-se construir o sentido jurídico dessa cláusula pétrea, inclusive no tocante ao elemento financeiro que concorre para a estruturação da autonomia dos entes da federação. Para uma aproximação adequada aos pontos específicos da pesquisa, é imperioso averiguar as compleições tomadas pelo federalismo no Brasil ao longo do tempo, o que se faz, principalmente, dado o influxo da teoria jurídica escolhida como base argumentativa, mediante análise dos vários textos jurídicos positivos que se foram acumulando ao longo da história constitucional brasileira.

2.6. Origem e Evolução da Forma Federativa de Estado no Brasil

Preliminarmente à abordagem da autonomia financeira dos Estados no atual regime constitucional, resta oportuno examinar os regimes constitucionais anteriores, destacando-se o surgimento e a evolução da forma federativa de Estado no Brasil, bem como o desenvolvimento do poder financeiro dos Estados nessa evolução, em grande parte forjado pela distribuição de competências tributárias, contextualizando-se, quando necessário, os fatores econômica e politicamente relevantes.

2.6.1. Estado Unitário na Constituição de 1824

A *Constituição Política do Império do Brasil*, outorgada por D. PEDRO I, em 25 de março de 1824, adveio de um gradativo movimento constituinte, iniciado por D. PEDRO I, desde o “Fico”, em 9 de janeiro de 1822, quando o então Imperador convocou o Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil⁷⁰⁰.

O primeiro Estado brasileiro independente possuía caráter unitário⁷⁰¹, o qual foi dividido em províncias, tal como estipulado pela Constituição outorgada de 1824 estipulava. Segundo GILBERTO BERCOVICI, o maior exemplo da falta de autonomia das províncias naquele ordenamento jurídico se encontrava no artigo 165 daquela Carta, ao determinar que “*haverá em cada Província um Presidente, nomeado pelo Imperador, que o poderá remover, quando entender, que assim convém ao bom serviço do Estado*”⁷⁰².

Ademais, as Províncias não podiam legislar sobre seus assuntos específicos⁷⁰³, e não havia na Constituição nenhuma menção à repartição de receitas entre o governo central e as Províncias ou Municípios⁷⁰⁴. A única referência se encontra no artigo 36, inciso I, da

⁷⁰⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional). São Paulo: Malheiros, 2011. p. 45.

⁷⁰¹ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 22. Embora na Constituição de 1824 o País fosse dividido em províncias, o governo tinha características muito centralizadoras, não caracterizando uma Federação (ibidem, loc. cit.).

⁷⁰² Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 23.

⁷⁰³ Ibidem, p. 23.

⁷⁰⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 50. A despeito das introduções trazidas pela Constituição do Império, consoante preconiza JOSÉ AFONSO DA SILVA, quais sejam, “*forma de governo monárquico hereditário, constitucional e representativo (art. 3º); princípio da divisão e harmonia dos Poderes políticos: foi adotado como ‘princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece’ (art. 9º), mas segundo a formulação quadripartita de Benjamin Constant: Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Judiciário (art. 10), o Poder Legislativo era exercido pela Assembleia-Geral, composta de duas Câmaras: a dos Deputados, eleita e temporária, e a dos Senadores, integrada de membros vitalícios nomeados pelo Imperador dentre componentes de uma lista triplíce eleita por Província (arts. 13, 35, 40 e 43); eleição indireta e censitária; o Poder Moderador, considerado a chave de toda a organização política, era exercido praticamente pelo Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu primeiro Representante, para que incessantemente velasse sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes políticos (art. 98); o Poder Executivo, exercido pelos ministros de Estado, tinha como chefe também o Imperador (art. 102); o Poder Judiciário, independente, era composto de juízes e jurados (art. 151); no art. 179 a Constituição trazia uma declaração de direitos e garantias individuais que, nos seus fundamentos, permaneceu nas*

Constituição Imperial, dando à Câmara dos Deputados a iniciativa privativa sobre impostos⁷⁰⁵.

Em que pese o regime monárquico ser, em geral, incompatível com a democracia, a Constituição do Império, que dirigiu o Brasil antes da proclamação da República, tinha contornos de um regime liberal, que aqui significava apenas “*a liquidação dos laços coloniais. Não se pretendia reformar a estrutura colonial de produção, não se tratava de mudar a estrutura da sociedade: tanto é assim que em todos os movimentos revolucionários se procurou garantir a propriedade escrava*”⁷⁰⁶.

Essas forças centrífugas iriam se manifestar até o início do Segundo Reinado. Um fato interessante, ao contrário do que possa parecer, é que a divisão da republicana América espanhola em vários países acabou por se tornar forte estímulo à unidade, sendo sempre invocada como modelo a ser evitado pelo Brasil a qualquer preço⁷⁰⁷.

Com a instauração da Regência, prevista nos artigos 122 a 129 da Constituição do Império –, tentou-se criar uma espécie de “monarquia federativa” já em outubro de 1831, quando foi apresentado à Assembleia Geral o *Projeto Substitutivo Miranda Ribeiro*, o qual transformava os Conselhos Gerais em Assembleias Provinciais, dividindo o poder tributário entre a Assembleia Geral e as Provinciais, discriminava as rendas públicas e instituíam a autonomia municipal. Referido projeto, entretanto, nem sequer foi discutido no Senado, uma vez que um dos artigos acabava com a vitaliciedade dos senadores⁷⁰⁸.

Com o Ato Adicional, ocorreu uma relativa desconcentração de poder. Embora sem autonomia, as Províncias foram dotadas de poder legislativo próprio e tutela sobre os Municípios. Foram criadas, em substituição aos Conselhos Gerais, as Assembleias Legislativas Provinciais, com prerrogativas de elaboração de projetos e leis ampliadas

Constituições posteriores” (cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 50).

⁷⁰⁵ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 23.

⁷⁰⁶ Cf. COSTA, Emília Viotti da. Introdução ao estudo da emancipação política do Brasil. In: MOTA, Carlos Guilherme. *Brasil em perspectiva*. 11. ed. São Paulo: Difel, 1980. p. 90/93.

⁷⁰⁷ Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque. A herança colonial – sua desagregação. In: HOLANDA, Sérgio Buarque. *História geral da civilização brasileira*. 6. ed. São Paulo: Difel, t. II, v. 3, p. 15.

⁷⁰⁸ Cf. BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 25.

(arts. 10 e 11 do Ato Adicional). Já o Presidente da Província continuou, entretanto, um delegado da Corte, a ser nomeado pelo poder central⁷⁰⁹.

Segundo BERCOVICI, o paradoxo do alargamento das franquias provinciais foi o fato de ter sido feito à custa dos Municípios. A defesa da ideia de separar do poder central tudo aquilo que poderia ser resolvido em âmbito provincial não teve a sua contrapartida no que toca aos Municípios⁷¹⁰. As Assembleias Provinciais passaram a poder legislar sobre impostos, despesas e empregados municipais, além de criar ou revogar leis municipais sem precisar esperar ou depender da iniciativa das Câmaras Municipais (arts. 10, IV a VII e XI, e 11, III, do Ato Adicional)⁷¹¹. Sobre a competência para a criação de impostos das Assembleias Legislativas Provinciais, instituída pelo Ato Adicional de 1834, ALIOMAR BALEEIRO sustenta que esse ato representa o início do surgimento da repartição de rendas no Brasil⁷¹².

O começo da descentralização promovida pelo Ato Adicional teve vida curta. As condições políticas geradas pela constante instabilidade do período regencial fizeram com que a maioria conservadora instalada no Legislativo, autodenominada “Regresso”, aprovasse a Lei de Interpretação do Ato Adicional (Lei nº 105, de 12 de maio de 1840)⁷¹³. A lei em comento reforçou o centralismo, retirando várias das prerrogativas recém-adquiridas pelas Províncias, concentrando o poder na Corte e no Imperador. Os liberais reagiram à onda conservadora estimulando o chamado “Golpe da Maioridade”⁷¹⁴.

Note-se que, perdurando entre 1931 e 1940, a Regência restou em um período conflituoso; no entanto, vislumbrou-se a ascensão das ideias liberais, as quais almejavam a supressão do Poder Moderador e do Conselho de Estado⁷¹⁵.

⁷⁰⁹ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 25-26.

⁷¹⁰ Ibidem, p. 26.

⁷¹¹ Ibidem, p. 26.

⁷¹² Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Discriminação de rendas e reforma constitucional*. Conferência no Auditório do Ministério da Fazenda. Brasília: IBDF, abr. 1952. p. 9.

⁷¹³ Cf. BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 27.

⁷¹⁴ Ibidem, p. 27-28.

⁷¹⁵ Cf. NOGUEIRA, Octaviano. *Constituições brasileiras: 1824*. 2. ed. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 66-67. (Coleção Constituições brasileiras, v. I), apoiado em LIMA, Oliveira. *O movimento da Independência – o Império brasileiro (1821-1889)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, [s/d], p. 387.

Com o deslocamento do centro dinâmico da economia após 1850, o desequilíbrio criado entre o poder econômico e o poder político deu novo vigor à aspiração federalista. As regiões fornecedoras da maior parte dos estadistas do Império, o Nordeste açucareiro e os núcleos cafeicultores do Rio de Janeiro estavam em crise. O novo centro econômico era o Oeste Paulista⁷¹⁶.

No caso paulista, a defesa do republicanismo com federalismo tinha como motivo o desejo de aumentar seus recursos: os republicanos defendiam uma redistribuição das rendas para que São Paulo pudesse financiar os custos de sua economia em expansão, baseada no café⁷¹⁷.

O Segundo Reinado, com duração de 69 anos, foi comandado por D. PEDRO II, desde os seus 14 anos de idade. Esse período ficou marcado – dentre outros fatos históricos – pela proibição do tráfico de escravos, tendo caminhado para a transição que culminou na Proclamação da República e que trouxe com ela a nova Constituição, promulgada em 1891⁷¹⁸.

2.6.2. A Federação na Constituição de 1891

Na doutrina de JOSÉ AFONSO DA SILVA, a Federação brasileira é resultado da luta dos liberais contra o Poder Moderador⁷¹⁹. No mesmo sentido a lição de ALCIDES JORGE COSTA, segundo o qual a ideia de Federação não apareceu no Brasil em tempos imediatamente

⁷¹⁶ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 29.

⁷¹⁷ Ibidem, p. 30. Consoante assevera JOSÉ AFONSO DA SILVA, “com isso, sobram recursos para outros investimentos, ao mesmo tempo em que se verifica o tráfico interno entre as Províncias, em decorrência especialmente da transferência do centro econômico do Nordeste para o Sul. Dá-se importante modificação econômica. Não em sua natureza. Era agrária e continuou agrária. Decai a economia açucareira e se alevanta a cafeeira. São Paulo, assim, se tornou o novo centro da economia agrária e passou a ser o grande importador dos escravos do Nordeste. O engenho de açúcar era uma autarquia. Provia-se de tudo. A fazenda de café não era diferente. Escravocratas ambas, monárquicas, em princípio, ambas até que veio a abolição da escravatura, daí mais um passo para a República” (cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 485-486).

⁷¹⁸ Cf. FREYRE, Gilberto. *Ordem e progresso*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1962. t. 2, p. 397.

⁷¹⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 76-77.

anteriores à data da proclamação da República – e anota: RUY BARBOSA disse que mesmo antes de ser republicano tinha sido federalista⁷²⁰.

Corroboram-se as afirmações apontadas ao se olhar para os fatos históricos ocorridos a partir da segunda metade do século XIX, quando os ideais republicanos começam a se aglomerar. Com características mais federalistas que republicanas, é lançado, em São Paulo, o “Manifesto Republicano”, de 1870, e, três anos mais tarde, funda-se o Partido Republicano. Em 15 de novembro de 1889, o Império tomba, dando lugar à proclamação da República Federativa⁷²¹.

A esse propósito, esclarece com propriedade FÁBIO FRANCO PEREIRA, que *“a Federação, no Brasil, resultou, efetivamente, do declínio do Império. Não decorreu de ruptura revolucionária, mas surgiu como alternativa liberal ao esgotamento do modelo monárquico centralizado, que distanciou o centro decisório do centro produtivo. O federalismo brasileiro se desenvolveu, na verdade, apenas com a necessidade histórica de unir o poder econômico ao poder político, separados pela centralização imperial e pelas mudanças econômicas e sociais do final do século XIX”*⁷²².

Com efeito, a República foi instaurada com alguma indiferença, sem qualquer resistência do Imperador⁷²³, por meio do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889⁷²⁴, cujo artigo 2º dispunha que *“as províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil”*. Já o artigo 3º mencionava *“o exercício da legítima soberania”* das Províncias, que foram transformadas em Estados⁷²⁵. Pode-se

⁷²⁰ Cf. COSTA, Álvaro Júlio. *Prefácio*. In: CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. XIII.

⁷²¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 52.

⁷²² Cf. PEREIRA, Fábio Franco. *A federação no constitucionalismo brasileiro*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010. p. 9.

⁷²³ Cf. FREIRE, Felisbello. *História constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Tipografia Aldina, 1894. v. I, p. 5/14-15.

⁷²⁴ Cf. COSTA, Álvaro Júlio. *Prefácio*. In: CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. XIII. Comentário ao art. 1º da Constituição Federal de 1891: *“A nação brasileira adota como forma de governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpetua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil”*.

⁷²⁵ Cf. COSTA, Álvaro Júlio. *Prefácio*. In: CONTI, José Maurício. *Op. cit.*, p. XIII.

afirmar que o Brasil, por ter partido de um Estado Unitário, apresenta um federalismo por segregação ou de formação centrífuga⁷²⁶.

Ao comentar o artigo 2º da Constituição de 1891⁷²⁷, JOÃO BARBALHO UCHÔA CAVALCANTI aduz que, para o Estado se manter como membro de uma União Federal e nela subsistir, não pode ter completa a sua personalidade política a respeito de certos interesses e negócios reservados à União.

No domínio das relações exteriores, o que existe é o Governo Federal, não tendo os Estados capacidade política nesse âmbito. No domínio da política interna, sua esfera de atuação sofre restrições essenciais ao regime federativo, deduzidas da existência em comum e respeito recíproco dos Estados sob a égide da União. Adotou-se a técnica da “competência residual”, segundo a qual as competências da União são diretamente discriminadas na Constituição⁷²⁸ e aos Estados são atribuídas, por exclusão, todas as demais competências.

O federalismo na Constituição de 1891, moldado no federalismo dual clássico americano, praticamente ignorou a cooperação entre a União e os entes federativos⁷²⁹. O artigo 5º daquela Constituição restringia o auxílio federal aos Estados exclusivamente no caso de calamidade pública⁷³⁰. De modo paradoxal, foram as calamidades públicas, mais especificamente as secas no Nordeste, que justificariam as primeiras medidas de relações intergovernamentais tomadas sob o federalismo dualista do regime de 1891, em particular

⁷²⁶ Cf. COSTA, Álvaro Júlio. *Prefácio*. In: CONTI, José Maurício, *Federalismo fiscal e fundos de participação* p. 23. UCHÔA CAVALCANTI, em comentários à Constituição de 1891, afirmou: “a Constituição Federal consagrou a liberdade dos Municípios de constituírem, fazendo cada um deles mesmo sua lei orgânica, respeitadas a Constituição Federal e a do Estado e garantindo-lhes esta o poder de promoverem e zelarem, conforme mais conveniente entendessem, tudo quando se refere a sua vida econômica e administrativa, sem dependência alguma de estranha autoridade” (cf. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal brasileira – comentários*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1924. p. 38).

⁷²⁷ O teor do dispositivo era o seguinte: “Art. 2º – Cada uma das antigas províncias formará um Estado e o antigo município neutro constituirá o Districto Federal, continuando a ser a capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte.”

⁷²⁸ Artigo 7º da Constituição de 1891.

⁷²⁹ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 31.

⁷³⁰ Texto original: “Art. 5º – Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar”. Referido artigo seria regulado em 1897 (cf. BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 31).

com as obras contra as secas levadas a cabo durante o Governo de Epitácio Pessoa (1919-1922)⁷³¹.

O resultado desse sistema foi a manutenção de desigualdades gritantes entre os vários membros da Federação. Os três Estados mais fortes – São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul – dominavam a República, sendo inclusive os únicos que não sofreram intervenção federal⁷³². Assim explica-se o chamado “governismo” de praticamente todas as situações municipais durante a Primeira República. Apesar da falta de grande autonomia legal, os chefes municipais, que custeavam todas as despesas do alistamento e das eleições poderiam ter ampla autonomia “extralegal”, isto é, sua opinião prevaleceria no Governo em tudo o que dissesse respeito ao seu Município, mesmo no tocante a assuntos de competência exclusiva da União e dos Estados, como a nomeação de certos funcionários considerados “estratégicos” para a manutenção do poder local⁷³³.

Segundo UCHÔA CAVALCANTI, a Constituição de 1891 dividiu o anterior Estado Unitário brasileiro em Estados particulares, conferindo-lhes a significativa denominação Estados Unidos e criando um governo comum (a União) a cujo cargo foram confiados os assuntos de mais alta monta ou de impossível gestão pelos Estados isoladamente – *e.g.*, comércio marítimo, internacional, dívida pública etc. –, com vantagem para eles e para a comunhão⁷³⁴.

O autor afirma que as diversas disposições sobre federalismo da Constituição de 1891 conferiram aos Estados todos os poderes e direitos que não lhes são negados pela própria Constituição, e é esse o critério discriminativo dos limites respectivos dos poderes da União e dos poderes dos Estados. De acordo com o sistema traçado por aquela Constituição, foram formadas duas qualidades de governo no mesmo território – o

⁷³¹ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 32.

⁷³² Ibidem, loc. Cit.

⁷³³ Ibidem, p. 35-36.

⁷³⁴ Cf. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal brasileira (1891) comentada*, p. 08-09.

Nacional e o Estadual –, formou-se o povo nacional e o povo de cada Estado, além de duas ordens de autoridade coexistentes, sem subordinação hierárquica entre elas⁷³⁵.

Sobre a divisão de competências, UCHÔA CAVALCANTI mostra que foi adotado o federalismo dual clássico, em que os Estados ficam com a competência maior e residual. Nas palavras do autor⁷³⁶, “a disposição deste art. 65, § 2º pode se considerar a chave mestra da Federação. É a regra áurea da discriminação de competências”. Como explica o autor, a Constituição de 1891 estabeleceu um governo geral para ficar encarregado de assuntos de relevância nacional e, para esse propósito, “do complexo de poderes que entram na esphera do governo de uma nação, separou ella os que têm aquelle caracter e, para enfeixa-los na mão da autoridade central que creou para exercel-os (governo federal), teve que especificar designadamente taes poderes de declaral-os inherentes á União. Os demais poderes, que não entram no numero desses assim separados, evidentemente escapam á competencia federal, ficam todos com os Estados”⁷³⁷.

Já para a doutrina contemporânea, os Estados não precederam a federação, fizeram-se com ela, ao mesmo em tempo que ela e para ela. A preexistência dos Estados particulares nos

⁷³⁵ Cf. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal brasileira (1891) comentada*, p. 08-09. Segundo UCHÔA CAVALCANTI, a soberania reside nos cidadãos que compõem a nação, que detêm o poder de constituir, emendar e reformar o sistema de governo. Sem se demitir de sua autoridade, mas conservando-a como forma primitiva de toda a autoridade, o povo, por meio de seus delegados, distribui os poderes soberanos entre os diversos órgãos do governo. No sistema federalista daquela Constituição, foi criado um órgão afeto aos interesses nacionais, a União, que é aparelhada com o que é preciso para gerir, sem dependência, autoridade ou conselho dos outros órgãos, os negócios que lhe são atribuídos, estendendo seu poder aos cidadãos dos Estados particulares, constituindo assim o Governo Nacional ou Federal. Outra espécie de órgão criado pela soberania nacional é o Governo Estadual, ao qual são atribuídos todos os poderes e direitos que não foram reservados à União, para que os exerça de forma livre e independente, e, nas palavras do autor, “soberanos no circulo que lhes pertence, como no seu é delles independente a União” (ibidem, p. 09). Como explica UCHÔA CAVALCANTI, na Constituição de 1981, o Supremo Tribunal Federal surgiu com a importante missão de intérprete final e guarda da Constituição, com poderes para dirimir os conflitos que poderiam surgir entre os poderes estaduais e federais, e entre os próprios poderes estaduais, no domínio constitucional (ibidem, p. 10). Como relata o autor, muito se criticou e se tentou expungir a expressão “união perpétua e absoluta” do art. 1º da Constituição de 1891. Contudo, do ponto de vista do autor, com a utilização da expressão, “o registro ‘d’esse grandioso compromisso de perpetuidade e indissolubilidade de uma união destinada a dar-nos ‘um regimen livre democratico’, não ficou sendo mal cabido, nem inútil, mas antes traz uma vantagem. Elle lembra que a união faz a grandeza e a força, o – que sem ella os Estados caminharão fatalmente para a sua ruína e com ella teremos, na phrase do celebre magistrado norte-americano, Estados indestructiveis n’uma União indestructivel” (ibidem, p. 10-11).

⁷³⁶ Diz o referido artigo: “É facultado aos Estados: [...] 2º. Em geral todo e qualquer poder, ou direito que lhes não fôr negado por clausula expressa ou implicitamente contida nas clausulas expressas da Constituição.”

⁷³⁷ Cf. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. Op. cit., p. 273.

Estados Unidos da América assegurava-lhes, no entendimento de JOÃO BARBALHO UCHÔA CAVALCANTI, uma situação de força, vigor e superioridade sobre o governo central, a ponto de a Constituição norte-americana de 1787 ter de lembrar aos Estados que não podiam pretender a posse completa de todos os direitos de soberania e que deveriam fazer concessões em prol da União⁷³⁸.

O artigo 1º da Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891 determinava que a República Federativa e os Estados Unidos do Brasil decorriam da “*união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias*”, para, na seguinte, tornar explícito que “*cada uma das antigas províncias formará um Estado*” (art. 2º), caracterizando a criação jurídica do Estado-membro no texto constitucional. Os artigos inaugurais da Constituição de 1891 descrevem a formação simultânea da República Federativa e dos Estados-membros⁷³⁹.

Desde a criação originária do Estado-membro na Constituição de 1891, advém uma consequência inafastável: em relação às Constituições Federais posteriores, que mantiveram a forma federal, o Estado-membro torna-se ente preexistente a cada Constituição posterior⁷⁴⁰, como realidade territorial e política⁷⁴¹. Entre uma Constituição e

⁷³⁸ Cf. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal brasileira (1891) comentada*, p. 12-13. Conclui o autor sobre o contraste apontado: “*Alli, Estados cheios de pujança e ciosos de seus direitos, ausencia de poder central, accordo e trasacção para a criação delle. Aqui poder central, vigoroso, absorvente, sem contraste, anterior á apparição dos Estados, – e criação d’estes, sobre o alicerce das provincias fracas, pobres, sem direitos, – não por arranjo e pacto entre ellas, mas por acto de poder a ellas superior que as erigio áquella nova categoria*” (ibidem, loc. cit.). A natureza e a intensidade do vínculo federativo. A Constituição de 1891 conferiu a este vínculo a qualificação enérgica de “*união perpétua e indissolúvel das antigas Províncias*” (art. 1º). A Constituição de 1934 manteve a cláusula “*união perpétua e indissolúvel dos Estados*” (art. 1º). A Carta de 1937 conservou “*a união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios*” como elemento instituidor do Estado Federal (art. 3º. A Constituição de 1946 afastou-se dos antecedentes, deixando de qualificar a indissolubilidade do vínculo federativo, e absorveu o Estado Federal na União, em identificação conceitual tecnicamente equivocada, para dispor que “*União compreende, além dos Estados, o Distrito Federal e os Territórios*” (art. 1º, par. 1º). A Constituição de 1967 restabeleceu a norma da indissolubilidade do vínculo federativo, tornando explícito que a República Federativa é formada “*pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios*” (art. 1º). A Constituição Federal de 1988 retirou a cláusula de indissolubilidade do título consagrado à Organização Federal, ou Organização Nacional, como preferiam as Constituições anteriores. Promoveu, então, inovação material para integrar os Municípios na união, dando o artigo 1º a seguinte redação: “*A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal*” (cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 290-291). Interessante notar que as Constituições Federais brasileiras não designam nominalmente cada Estado-membro que integra a República Federativa, ao contrário do encontrado nas Constituições de outros países.

⁷³⁹ O antecedente remoto dos Estados reside nas Províncias em que se dividia territorialmente o Brasil Império (ibidem, p. 289-290).

⁷⁴⁰ Na lição de MICHEL TEMER, o Estado nasce a cada manifestação constituinte: “*ressalte-se a idéia de que surge novo Estado a cada nova Constituição, provenha ela de movimento revolucionário ou de assembleia*

outra, na sucessividade histórica de Constituições Federais, o Estado-membro não se reintegra à Província, da qual ele proveio juridicamente. Perdura na condição jurídica de Estado, que não desaparece, para ser confirmado sucessivamente, em cada Constituição Federal⁷⁴².

No tocante à autonomia financeira, segundo JOSÉ MAURÍCIO CONTI, na Constituição de 1891 surgem as primeiras formas expressas de repartição de receitas tributárias⁷⁴³, inaugurando a clara autonomia financeira dos Estados-membros da federação.

Sobre a questão, UCHÔA CAVALCANTI mostra que a destinação de recursos suficientes para os Estados-membros constituiu uma das preocupações centrais do Constituinte de 1891. E como a discriminação de rendas acarretava parcial limitação à autonomia estadual, o Constituinte federal restaurou, no domínio da competência não discriminada, a plenitude da autonomia tributária do Estado-membro⁷⁴⁴.

No que tange à repartição de fontes de receita, o artigo 9º da Constituição de 1891 atribui competência à União para instituir impostos sobre (i) a exportação de mercadorias de sua própria produção; (ii) imóveis rurais e urbanos; (iii) transmissão de propriedade; (iv) indústrias e profissões, bem como taxas de selos quanto aos atos emanados de seus respectivos Governos e negócios de sua economia e contribuições concernentes aos seus

*popular. O Estado brasileiro de 1988 não é o de 1969, nem o de 1946, o de 1937, de 1934, de 1891, ou de 1824. Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente. A cada manifestação constituinte, editora de atos constitucionais como Constituição, Atos Institucionais e até Decretos (veja-se o Decreto n. 1, de 105.11.1889, que proclamou a República e instituiu a Federação como forma de Estado), nasce o Estado. Não importa a rotulação conferida ao ato constituinte. Importa a sua natureza. Se dele decorre a certeza de rompimento com a ordem jurídica anterior, de edição normativa em desconformidade intencional com o texto em vigor, de modo a invalidar a normatividade vigente, tem-se novo Estado” (cf. TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 33).*

⁷⁴¹ cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 290.

⁷⁴² Ibidem, p. 290.

⁷⁴³ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 61.

⁷⁴⁴ Cf. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal brasileira (1891) comentada*, p. 342-343.

telégrafos e correios⁷⁴⁵. O imposto de exportação era o mais importante tributo estadual, sendo os Estados exportadores de café os que apresentavam maior arrecadação.

Já o artigo 12 da Constituição de 1891⁷⁴⁶ previa a possibilidade de a União e os Estados criarem outras fontes de receita, abrindo um enorme campo de “competência concorrente”, alcunhada de “terra de ninguém” por RUBENS GOMES DE SOUZA⁷⁴⁷.

No entanto, como bem esclarece JOSÉ AFONSO DA SILVA, “*os conflitos cedo se manifestaram entre os dois campos de competências, especialmente em matéria tributária, com a famigerada competência cumulativa do art. 12 da Constituição. Os Estados-membros ficaram com ampla liberdade de se auto-organizarem, respeitados os princípios da União (art. 63) – o que gerou controvérsias, porque malgrado os esforços publicistas, nunca se chegou a uma delimitação satisfatória a respeito de tais princípios, que a Constituição não definira.*”⁷⁴⁸.

Por considerar que as inovações trazidas pela Constituição de 1891 não foram tão eficazes, pois a maioria dos Estados continuavam a depender econômica e politicamente da União, já que não conseguiam manter sua própria autonomia⁷⁴⁹, fomentou-se a Revolução de 1930⁷⁵⁰.

⁷⁴⁵ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 61.

⁷⁴⁶ Redação original: “Art. 12 – Além das fontes de receita discriminadas nos arts. 7º e 9º, é lícito à União como aos Estados, cumulativamente ou não, criar outras quaisquer, não contravindo, o disposto nos arts. 7º, 9º e 11, nº I”.

⁷⁴⁷ Cf. SOUZA, Rubens Gomes de. O sistema tributário federal. *Revista de Direito Administrativo*, p. 1-22, n. 72, 1963. Ressalte-se que não havia nenhuma menção aos Municípios.

⁷⁴⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 283.

⁷⁴⁹ Cf. PEREIRA, Fábio Franco. *A federação no constitucionalismo brasileiro*, p. 10.

⁷⁵⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 62.

2.6.3. A Federação na Constituição de 1934

Foi no cenário pós-crise econômica mundial de 1929, com o fim da economia cafeeira⁷⁵¹, demandando uma intervenção do Estado, que o Brasil adentra 1930 em ano eleitoral. Sob o comando de GETÚLIO VARGAS, tem início a Revolução de 1930, cujo objetivo maior era “romper com a estrutura arcaica”⁷⁵² da economia brasileira.

O desmonte da máquina política da Primeira República teve início com o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, que instituía e regulamentava as funções do Governo Provisório formado pelos revolucionários vitoriosos⁷⁵³. Em todos os Estados haveria interventores federais nomeados por GETÚLIO VARGAS, Chefe do Governo Provisório, e estes nomeariam Prefeitos para todos os Municípios, sempre assistidos por um conselho consultivo. Esse sistema era extremamente hierarquizado, dadas as suas condições de governo de exceção transitório. O Governo Provisório propôs, ainda, a centralização da arrecadação tributária pela União e a proibição dos Estados contraírem empréstimos externos sem sua autorização. Como contrapartida, todas as dívidas estaduais passariam à União⁷⁵⁴.

Na Constituinte de 1933, havia consenso sobre a manutenção, ainda que nominal, do federalismo brasileiro. Não foi apresentada nenhuma proposta abertamente unitarista; o que se procurou foi uma definição mais precisa de federalismo, que se pode denominar cooperativo. O artigo 9º da Constituição de 1934 estabelecia: “*é facultado à União e aos Estados celebrar acordos para a melhor coordenação e desenvolvimento dos respectivos*

⁷⁵¹ Cf. CARONE, Edgard. *A república nova (1930/1937)*. 2. ed. São Paulo: Difel, 1976. p. 25 e ss.

⁷⁵² Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 63.

⁷⁵³ Cf. CARONE, Edgard. Op. cit., p. 82. O autor acrescenta que “*A revolução de 1930 é o momento que marca a queda do antigo sistema político, dominado em grande parte por grupos familiares, e é, também, o início do processo de declínio de sistema agrícola. Esta passagem, marcada pela Revolução, leva à falsa ideia de que 1930 representa, automaticamente, a ascensão absoluta da indústria e da burguesia.*” (ibidem, loc. cit.)

⁷⁵⁴ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 39.

serviços, e, especialmente, para a uniformização de leis, regras ou práticas, arrecadação de impostos, prevenção e repressão de criminalidade e permuta de informações”⁷⁵⁵.

Já o artigo 10 dessa Constituição fixou, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a repartição das competências concorrentes, dando ênfase à solidariedade entre a União e os entes federados. A cooperação propriamente dita foi instaurada com os artigos 140 e 177 daquela Constituição, que tratavam do combate às epidemias e às secas do Nordeste⁷⁵⁶.

Além disso, outras importantes novidades também foram trazidas com a Constituinte de 1934: “*os princípios formais fundamentais: a República, a Federação, a divisão de Poderes [...], o Presidencialismo o regime representativo. [...] discriminou, com mais rigor, as rendas tributárias entre União, Estados e Municípios, outorgando a estes base econômica em que se assentasse a autonomia que se lhes assegurava*”⁷⁵⁷.

No tocante à repartição de competências tributárias, não se pode deixar de admitir que a Constituição de 1934 representou um grande avanço em relação ao sistema anterior⁷⁵⁸. O artigo 8º determinava que competia aos Estados instituir impostos sobre: (i) propriedade territorial, exceto a urbana; (ii) transmissão de propriedade *causa mortis*; (iii) transmissão de propriedade imobiliária *inter vivos*, inclusive a sua incorporação ao capital da sociedade; (iv) consumo de combustíveis de motor de explosão; (v) vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive os industriais, ficando isenta a primeira operação do pequeno produtor, como tal definido na lei estadual; (vi) exportação das mercadorias de sua produção até o máximo de 10% *ad valorem*, vedados quaisquer adicionais; (vii) indústrias e profissões; (viii) atos emanados do seu governo e negócios da sua economia ou regulados por lei estadual⁷⁵⁹.

⁷⁵⁵ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 39-40.

⁷⁵⁶ Ibidem, p. 40. É curioso notar que a principal influência dos Constituintes de 1933 foi a Constituição de Weimer, o que demonstra, do ponto de vista do presente estudo, um desenvolvimento em direção ao federalismo cooperativo praticamente simultâneo dos federalismos norte-americano e brasileiro (ibidem).

⁷⁵⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 69.

⁷⁵⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. *Federalismo, autonomia e discriminação de rendas*, p. 28.

⁷⁵⁹ Assim como o estabelecimento de taxas.

O imposto sobre indústrias e profissões, embora lançado pelos Estados, deveria ser arrecadado por estes e pelos Municípios em partes iguais⁷⁶⁰. Já o artigo 10, parágrafo único, declarava que os impostos criados no exercício da competência residual, pela União e pelos Estados, teriam sua arrecadação partilhada entre as três esferas de governo⁷⁶¹.

A Constituição de 1934 foi a primeira a prever a competência para o imposto sobre vendas e consignações, que passou a ser estadual. Como mostra ALCIDES JORGE COSTA, a origem desse tributo sobre consumo é o imposto do selo. Após os apelos dos contribuintes, a Lei nº 4.625/1922 autorizou o Presidente da República “*a cobrar o imposto do selo proporcional sobre as vendas mercantis, a prazo ou à vista*” e o Decreto nº 22.061/1932 regulamentou sua cobrança, de competência federal. Com a Constituição de 1934, o referido imposto passou a ser de competência estadual⁷⁶².

Note-se que foi dado um grande passo no que tange à partilha de rendas, com fito de afastar aqueles defeitos insertos na Constituição de 1891, conferindo-se aos entes da Federação fontes tributárias específicas (arts. 6º, 8º e 13), o que se fez até mesmo de forma exaustiva. JOSÉ AFONSO DA SILVA, no entanto, adverte que “*o equilíbrio não foi encontrado [...] se a fórmula houvesse disso adotada com a Primeira República, o Federalismo brasileiro se teria firmado no correr das décadas que antecederam a Revolução de 1930. O mais seria questão de retoque e aprimoramento em face da evolução do País. Quando foi, porém, acolhido na Constituição de 1934, as dissensões políticas, especialmente as pressões do espírito disjuntivo, naturalmente ressabiado com o unitarismo recente, e novos fatores políticos, de natureza ideológica, acabaram por*

⁷⁶⁰ Redação original: “§ 2º – O imposto de indústrias e profissões será lançado pelo Estado e arrecadado por este e pelo Município em partes iguais” (cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001. p. 62).

⁷⁶¹ Redação Original: “Parágrafo único – A arrecadação dos impostos a que se refere o número VII será feita pelos Estados, que entregarão, dentro do primeiro trimestre do exercício seguinte, trinta por cento à União, e vinte por cento aos Municípios de onde tenham provindo. Se o Estado faltar ao pagamento das cotas devidas à União ou aos Municípios, o lançamento e a arrecadação passarão a ser feitos pelo Governo federal, que atribuirá, nesse caso, trinta por cento ao Estado e vinte por cento aos Municípios” (cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 62).

⁷⁶² Cf. COSTA, Alcides Jorge. *O ICM na Constituição e na lei complementar*. São Paulo: Resenha Tributária, 1979. p. 3.

provocar o domínio exacerbado do princípio integracionista, que eclipsou o ideal federativo, sufocado pela Constituição de 1937”⁷⁶³.

Ademais, com a Constituição de 1934, deu-se início ao intervencionismo estatal de ordem econômica e social. Também, com o seu advento, restou obrigatório o repasse de ao menos 4% da receita tributária federal a obras de serviços contra as secas no Nordeste⁷⁶⁴. No entanto, em que pese o aumento das atribuições estatais, não houve aumento das atribuições do Poder Executivo, restando mantidas basicamente as mesmas que já constavam da Constituição de 1891⁷⁶⁵.

GETÚLIO VARGAS, eleito pela Assembleia Constituinte, deu Golpe de Estado, instaurando, em 10 de novembro de 1937, a ditadura, que persistiu até 1946, quando então se inicia um novo momento constitucional do País.

2.6.4. A Federação na Constituição de 1937

Com a instauração do Estado Novo, em 10 de novembro de 1937, foi decretada a intervenção federal em todos os Estados. Cabia aos interventores nomear os Prefeitos de todos os Municípios (art. 27 da Constituição). Os interventores serviriam como elo entre os Estados, os Ministérios e o Presidente da República. Para evitar o surgimento de máquinas políticas autônomas em Estados “fortes”, como São Paulo e Rio Grande do Sul, foi realizado um verdadeiro “rodízio” de interventores⁷⁶⁶.

Nesse cenário, foi outorgada a Carta Constitucional de 1937, que, dentre seus diversos objetivos, pretendia fortalecer o Poder Executivo, dar ao Estado o papel de orientador e

⁷⁶³ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 285.

⁷⁶⁴ Cf. PIETRO, Juliano Di. Repartição das receitas tributárias: a repartição do produto da arrecadação. As transferências intergovernamentais. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*, p. 72.

⁷⁶⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 374.

⁷⁶⁶ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 41.

coordenador da economia nacional, bem como nacionalizar atividades e fontes de riqueza⁷⁶⁷.

De fato, com a Constituição de 1937, houve a revogação do federalismo no Brasil, em que pese o disposto no artigo 3º – “*O Brasil é um Estado Federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios*” –, pois foram estabelecidas características nítidas de centralismo de poder, visível por meio de uma política ditatorial e intervencionista (o Decreto-lei nº 1.202/1939 eliminou a autonomia das comunidades regionais), não se podendo esquecer do manifesto desrespeito à autonomia dos Estados⁷⁶⁸.

A despeito disso, há quem reconheça que o sistema de partilha das competências entre os entes federativos na Constituição de 1937 foi melhor do que o instituído nas Constituições que a antecederam, tendo sido elencados nos artigos 15 e 16 as competências da União, que poderiam ser delegadas aos Estados-membros⁷⁶⁹.

Com efeito, manteve-se o sistema misto de repartição de receitas, com tributos exclusivos para as três esferas de governo, bem como transferências intergovernamentais⁷⁷⁰. Restou mantida, portanto, a discriminação exaustiva das rendas tributárias já existente, que atribuía fontes próprias tanto para a União (art. 20) como para os Estados-membros (art. 23) e Municípios (art. 28), em harmonia com aquele sistema de cotas em tributos de outra entidade.

O artigo 23 da Constituição de 1937 instituía a competência tributária dos Estados para os impostos sobre (i) propriedade territorial, exceto a urbana; (ii) transmissão de propriedade *causa mortis*; (iii) transmissão da propriedade imóvel *inter vivos*, inclusive a sua incorporação ao capital de sociedade; (iv) vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, isenta a primeira operação do pequeno produtor, como tal

⁷⁶⁷ Cf. SPÍNOLA, Eduardo. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18.9.1946)*. Rio de Janeiro; São Paulo: Freitas Bastos, 1952. v. I, p. 28-29.

⁷⁶⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 286.

⁷⁶⁹ Ibidem, p. 287: “*no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais*”, ou, “*não havendo lei federal, sobre as matérias previstas no art. 18*”.

⁷⁷⁰ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 62.

definido em lei estadual; (v) exportação de mercadorias de sua produção até o máximo de 10% *ad valorem*, vedados quaisquer adicionais; (vi) indústrias e profissões; (vii) atos emanados de seu governo, e negócios da sua economia, ou regulados por lei estadual.

A União, por sua vez, ficava com a competência para instituição de impostos sobre (i) a importação de mercadorias de procedência estrangeira; (ii) de consumo de quaisquer mercadorias; (iii) de renda e proventos de qualquer natureza; (iv) de transferência de fundos para o exterior; (v) sobre atos emanados do seu governo, negócios da sua economia e instrumentos ou contratos regulados por lei federal.

A autonomia dos Municípios foi fortalecida apenas formalmente e os Estados eram administrados por interventores⁷⁷¹. A aplicação da Carta Magna de 1937 não foi regular, pois sofreu 21 emendas, tendo vigorado em uma ditadura pura e simples, cujo poder concentrava-se nas mãos do Presidente da República, até que GETÚLIO VARGAS fosse deposto pelas Forças Armadas, em 29 de outubro de 1945⁷⁷².

PONTES DE MIRANDA, ao instalar-se na comissão nomeada por GETÚLIO VARGAS para a elaboração do anteprojeto da Constituição de 1937, a despeito da inaplicabilidade das regras constitucionais, nem mesmo respeitadas pelo próprio outorgante, e de sua ideologia avessa ao regime ditatorial, propôs dar-lhe o título de “República Socialista do Brasil”⁷⁷³ e prestou elogio à nova Carta política: *“o legislador constituinte de 1937, a par do que vai pelo mundo, teve a coragem de adotar o novo sistema de guarda da Constituição e de agastar do texto constitucional a proibição das leis retroativas. Pode-se dizer que a Carta de 1937 é a primeira Carta da Revolução brasileira. A sua função histórica transcende, talvez, a visão dos seus contemporâneos, não daqueles mesmos que a fizeram, mas por certo de muitos dos que, solidários com o movimento que se operou a 10.11.1937, observaram a segurança e a unanimidade de manifestação das classes armadas, a ordem*

⁷⁷¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 287.

⁷⁷² Ibidem, p. 71.

⁷⁷³ Ibidem, p. 507.

com que se processou a passagem de um regime a outro, sem atentarem na mudança de conteúdo do Direito nacional.”⁷⁷⁴.

A essa Constituição sucedeu-se a de 1946, que, a despeito das críticas a serem tecidas, teve pontos positivos significativos.

2.6.5. A Federação na Constituição de 1946

A redemocratização possibilitou que se elaborasse a Constituição de 1946, *“agasalhando um compromisso entre o Estado Liberal e o Estado Social, propiciava o avanço democrático deste, numa transição que rompia com fórmulas caducas, é que a reação lutava para derrubar suas normas intervencionistas, enquanto os esquerdistas postulavam sua reforma no sentido de adaptá-la às novas realidades que o após-guerra trouxe para os Países subdesenvolvidos*”⁷⁷⁵.

A Constituição de 1946 consolidou a estrutura cooperativa no federalismo brasileiro⁷⁷⁶, prevista já em 1934, com grande ênfase na redução dos desequilíbrios regionais, favorecendo, apesar do reforço do poder federal, a cooperação e a integração nacional. Vislumbrou-se, então, reajustar a disjunção e a integração⁷⁷⁷. É pertinente anotar que, a

⁷⁷⁴ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição Federal de 10.11.1937*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1938. t. I, p. 25.

⁷⁷⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 288.

⁷⁷⁶ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*, p. 149. D acordo com SAMPAIO DÓRIA, *“a Constituição de 1946, esvasiando-se progressivamente de sua normatividade, foi o fecho de um ciclo, o do federalismo centrífugo”* (ibidem, loc. cit.). Para o autor, a centralização política e financeira do país descreveu um *“movimento comparável ao de um pêndulo que riscasse, num grande arco, dois pólos extremos, o da Constituição de 1891, que configurava o federalismo dualista, clássico e ortodoxo, de marcada autonomia periférica, e o da Constituição de 1967, particularmente na redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que procurou introduzir novo tipo de federalismo, conceptualmente classificado como de integração ou cooperativo, em que se reduzem a um mínimo as autonomias locais”* (ibidem, p. 149-150).

⁷⁷⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 287.

partir daí, todas as Constituições brasileiras têm a preocupação de tentar consagrar instrumentos para a superação das desigualdades regionais⁷⁷⁸.

Conforme disserta JOSÉ DUARTE, “*sentira-se, de início, que as correntes de opinião tinham a preocupação de assentar, com nitidez, sem artifícios, as fórmulas, os princípios cardeais do regime representativo, e estabelecer com precisão os rumos próprios à harmonia e independência dos Poderes; a redução das possibilidades de hipertrofia do Poder Executivo; a conservação do equilíbrio político do Brasil, pelo regime de seus representantes no Senado e na Câmara; a fixação da política municipalista, capaz de dar ao Município o que lhe era indispensável, essencial, à vida, à autonomia; a revisão do quadro esquemático da declaração de direitos e garantias individuais; o traçado, em contornos bem definidos, do campo econômico e social, onde se teriam de construir, em nome e por força da evolução e da justiça, os meios legítimos postulados constitucionais*”⁷⁷⁹.

Com isso, estruturou-se novamente o Poder Executivo no Presidencialismo⁷⁸⁰, a quem competia a tomada de decisões governamentais, como um forte guia político incumbido do dever de promoção da unidade nacional. Em contrapartida, ela acabou por provocar um desequilíbrio entre os Poderes, instalando-se conflitos constitucionais e políticos⁷⁸¹.

Não obstante, por meio da Constituição de 1946 obteve-se maior liberdade democrática, muito embora o país já se encontrasse em fase de expansão da urbanização e desenvolvimento industrial⁷⁸².

⁷⁷⁸ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 42-43.

⁷⁷⁹ Cf. DUARTE, José. *A Constituição brasileira de 1946, exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembleia Constituinte*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. v. I, p. 105-106.

⁷⁸⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 375-376. Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, “*Se o Estado é forte, o Presidente da República, como Chefe do Poder Executivo presidencialista, tem suas atribuições enormemente ampliadas – com o quê sua autoridade é sumamente reforçada, a fim de bem conduzir os destinos da Nação. Mas isso, por outro lado, fomenta o desequilíbrio entre os Poderes, com a consequência, historicamente comprovada, de se manifestar sua hegemonia; ou, quando tal não se dá, porque a representação do Congresso Nacional é também reforçada por homens de estatura destacada, os conflitos constitucionais se instalam.*” (ibidem, p. 287).

⁷⁸¹ Ibidem, loc. cit.

⁷⁸² Ibidem, p. 75.

Nesse cenário, a política estatal desenvolvida em “regiões-problema” como o Nordeste e a Amazônia direcionou-se para a redução dos desníveis existentes entre as várias partes do País. Os vários órgãos criados – a exemplo da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (Sudene) tinham por função dinamizar as forças produtivas das suas áreas de atuação e integrá-las ao sistema nacional⁷⁸³.

No que diz respeito à repartição de competências tributárias, a Constituição de 1946 manteve o sistema misto, prevendo tributos exclusivos para as três esferas de governo, bem como inaugurando um incremento no sistema de transferências intergovernamentais⁷⁸⁴. De acordo com o artigo 18, § 2º, “*os Estados proverão as necessidades do seu governo e da sua administração*”. Assim, os Estados tinham sua competência tributária explicitada no artigo 19 e possuíam, também, participação nos impostos federais (art. 15, §§ 2º e 4º)⁷⁸⁵. A competência tributária dos Estados permaneceu praticamente a mesma, porquanto perderam apenas a competência para o imposto sobre consumo de combustíveis de motor de explosão e o imposto de indústrias e profissões, o qual passou para competência municipal.

A Constituição de 1946 foi propulsora de muitas alterações no sistema de repartição de receitas tributárias, promovidas por modificações parciais no texto constitucional, até que se chegasse à forma atual⁷⁸⁶, consoante esclarece JOSÉ AFONSO DA SILVA: “*a Constituição de 1946 ampliou a técnica de cooperação financeira, que a Constituição de 1967 procurou racionalizar. Essas experiências são acolhidas pela Constituição de 1988 com expansão e aperfeiçoamento*”⁷⁸⁷.

Com as Constituições seguintes, de 1967 e 1969, o federalismo recrudescceu, conforme demonstrado nos itens seguintes.

⁷⁸³ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 43.

⁷⁸⁴ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 63.

⁷⁸⁵ Ibidem, p. 22.

⁷⁸⁶ Ibidem, p. 64.

⁷⁸⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. *Federalismo, autonomia e discriminação de rendas*, p. 28.

2.6.6. A Reforma Tributária de 1965

O sistema tributário, desde a proclamação da República, era marcado por um cenário em que a União, os Estados e Municípios dispunham da competência para diversos tributos sobre os mesmos fatos geradores, a ponto de se configurar uma espécie de bitributação constitucionalmente autorizada. Predominavam, pois, a superposição de exações e a incerteza para os contribuintes, bem como faltava a imprescindível racionalidade que permitisse melhor a integração da economia nacional⁷⁸⁸.

Nesse panorama, foi convocada pelo Governo Federal uma comissão para estudar a reforma tributária, composta por notáveis especialistas⁷⁸⁹. A comissão foi encarregada de elaborar o anteprojeto de reforma tributária, instituída pela Portaria conjunta do Ministério de Estado de Negócios da Fazenda e do Ministério do Planejamento GB-30, de 27 de janeiro de 1965. Em 18 de junho do mesmo ano, a comissão entregava um esboço de emenda constitucional dividido em duas proposituras, designadas A e B. Com algumas modificações introduzidas pelos Ministros da Fazenda e do Planejamento, o projeto revisto da Emenda B foi encaminhado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República, com a mensagem nº 21, de 4 de novembro de 1965. Menos de um mês depois, o Congresso Nacional aprovou o projeto, o qual foi convertido na Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965.

⁷⁸⁸ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*, p. 179. Para SAMPAIO DÓRIA, “Não seria preciso reiterar o quanto já dissemos sobre a extrema conveniência dessa integração, tão distante do afrontamento ou alheamento entre as unidades federativas, que caracterizava os anteriores ciclos do federalismo brasileiro, ocasionando negativos bolsões de econômicas autárquicas, nocivas ao pleno entrelaçamento da economia do país, antessuposto de um grande mercado nacional para o qual se possa irradiar a produção das respectivas entidades menores” (ibidem, loc. cit.).

⁷⁸⁹ A Comissão de revisão de rendas foi composta por LUIZ SIMÕES LOPES, RUBENS GOMES DE SOUSA, GERSON AUGUSTO DA SILVA, SEBASTIÃO SANTANA E SILVA, GILBERTO DE ULHOA CANTO e MARIO HENRIQUE SIMONSEN (ibidem, p. 162).

O motivo subjacente aos trabalhos da comissão era promover a centralização do sistema financeiro, explicitada na atração centrípeta exacerbada e hipertrofiada de todos os seus comandos operativos⁷⁹⁰.

A comissão identificou como a causa principal dos defeitos de que padecia a repartição de competências tributárias prevista na Constituição de 1946 o fato de “*o assunto ser tratado como problema jurídico e não econômico*”⁷⁹¹. Proliferavam as figuras tributárias concebidas em termos puramente jurídico-formais, ocasionando, como resultado mais nocivo, a sobreposição de tributos, do mesmo ou de outro poder, economicamente idênticos, diferenciados somente pelas roupagens jurídicas⁷⁹². Nesse sentido, conclui-se como primordial em uma reforma tributária não fossem os impostos cumulativos com outros⁷⁹³.

Esse acúmulo de tributos sobre as mesmas substâncias econômicas foi claramente refletido nos tributos sobre o consumo. Referidos tributos cresceram em sua importância durante o período de 1946 a 1966, em face da alteração da base da economia brasileira, que passou a desenvolver um mercado interno. Tanto é que, às vésperas da reforma tributária, o imposto de consumo era responsável por mais de 45% da receita tributária da União, o imposto de vendas e consignações correspondia a quase 90% da receita tributária estadual e o imposto de indústrias e profissões gerava quase 45% da receita tributária dos Municípios. Em conjunto, esses três tributos perfaziam 65% da receita tributária total do País⁷⁹⁴.

Nesse sentido, após diagnosticar este problema, a comissão de revisão das rendas propôs a consolidação dos impostos de idênticas naturezas em figuras unitárias, definidas por via de

⁷⁹⁰ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*, p. 180-181. A concentração do sistema pela Emenda nº 18 ocorreu, entre outras, pela (i) atribuição à União de dez rubricas fiscais e duas figuras tributárias exclusivas a cada Estado e Município; (ii) reserva à União da competência residual, dos empréstimos compulsórios e de contribuições parafiscais; (iii) poder definidor de atuação dos impostos locais, por meio de lei complementar, fixando pressupostos de incidência base de cálculo, contribuintes, isenções etc.; (iv) fixação, por meio de resolução do Senado Federal ou lei complementar, dos níveis máximos de incidência dos impostos estaduais e municipais (exceção do IPTU); (v) preferência em favor de uma discriminação pelo produto ao invés de uma discriminação pela fonte (ibidem, loc. cit.).

⁷⁹¹ Ibidem, p. 163.

⁷⁹² Ibidem, loc. cit.

⁷⁹³ Sendo essa a finalidade do projeto (ibidem, p. 167).

⁷⁹⁴ Cf. VARSANO, Ricardo. *A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século*: anotações e reflexões para futuras reformas. Texto para discussão n. 405. Rio de Janeiro: IPEA, 1996. p. 6.

referência às suas bases econômicas, antes que a uma das modalidades jurídicas diferentes que pudessem revestir. Assim, criaram quatro categorias de impostos, quais sejam: (i) comércio exterior; (ii) patrimônio e renda; (iii) produção e circulação de bens; e (iv) impostos especiais⁷⁹⁵.

Dos trabalhos realizados pela referida comissão advieram a modificação mais radical do sistema tributário ocorrida na história brasileira, lançando as bases do sistema tributário que vigora até os dias atuais⁷⁹⁶.

Essa alteração deu-se, inicialmente, por meio da Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, absorvida com discretos reparos pela Constituição de 1967. Essas mudanças culminaram com a edição do Código Tributário Nacional pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (assim denominado pelo artigo 7º do Ato Complementar nº 36/1967)⁷⁹⁷, e da Emenda Constitucional nº 1/1969⁷⁹⁸.

Inicialmente, ocorreu uma simplificação das figuras tributárias até então existentes, eliminando-se aquelas de pequena produtividade, como os impostos sobre licença, de diversões públicas, sobre atos e instrumentos regulados por lei estadual e sobre atos da economia municipal ou assuntos de sua competência⁷⁹⁹. Ocorreu também a abolição do imposto do selo, símbolo do retardamento de um país⁸⁰⁰.

Outra alteração significativa ocorreu no regime jurídico das taxas, espécie tributária que já existia no regime constitucional de 1946, a qual não havia normatizado sua cobrança.

⁷⁹⁵ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*, p. 167.

⁷⁹⁶ Ibidem, p. 162. A modificação do sistema tributário foi radical, abrangendo não só a discriminação nominalística das rendas, mas também todos os fundamentos da estrutura tributária nacional, no que se constituiu talvez na mais eficaz e fecunda das reformas empreendidas no novo ciclo federativo, de integração ou cooperação (ibidem, loc. cit.).

⁷⁹⁷ Ibidem, p. 162.

⁷⁹⁸ Sobre a Emenda nº 18, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES afirma que “*trata-se de uma reforma revolucionária no sentido de uma ruptura profunda na linha tradicional de evolução da tributação no Brasil, até então nitidamente descentralizadora, posto algumas das características anteriores do nosso regime tributário*” (cf. BORGES, José Souto Maior. *A Reforma do Sistema Tributário Nacional – Emenda Constitucional nº 18*. Recife: Imprensa Universitária, 1967. p. 14).

⁷⁹⁹ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Op. cit., p. 172.

⁸⁰⁰ Ibidem, p. 172/173.

Desse vácuo resultou a criação de severas distorções em seu conceito, não sendo raras as criações de taxas com fatos geradores de impostos, com invasão da competência alheia.

A reforma tributária de 1965 manteve a competência comum para a instituição de taxas, mas condicionada aos pressupostos de incidência definidos. Nesse sentido, o artigo 18, inciso I, da Constituição de 1967 condicionou a incidência desse tributo a serviços prestados e divisíveis, (i) prestados ao contribuinte (utilização efetiva); (ii) postos à sua disposição (utilização potencial); e (iii) poder de polícia (provocados por sua atividade), cujo conceito é regulado nos artigos 77, 78 e 79 do Código Tributário Nacional⁸⁰¹.

Do mesmo modo, foram introduzidas medidas recomendadas pela comissão no que se refere à integração dos sistemas tributários⁸⁰², entre as quais (i) a proibição de limitações ao tráfego no território nacional, de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos⁸⁰³; bem como (ii) a proibição à distinção tributária entre bens de qualquer natureza em razão de procedência ou destino⁸⁰⁴. A segunda grande inovação integracionista foi o reconhecimento dos créditos da incidência do ICM ainda que provenientes de outro Estado⁸⁰⁵. Por fim, foram propostas as substituições de praticamente todos os impostos vigentes⁸⁰⁶, a fim de coibir a incidência de impostos sobre fatos geradores idênticos.

⁸⁰¹ A Constituição de 1967 também manteve a figura da contribuição de melhoria.

⁸⁰² A uniformidade dos tributos federais e a paridade de tratamento dos portos do país são postulados clássicos do federalismo ortodoxo. Constaram os preceitos da Constituição de 1891, art. 6º, § 2º, e art. 8º “os impostos decretados pela União devem ser uniformes para todos os Estados”. “É vedado ao Governo Federal criar, de qualquer modo, distinções e preferências em favor dos portos de uns contra os de outros Estados”. As Constituições posteriores repetiram o estabelecido até a de 1967, com a redação da Emenda nº 1/1969, artigo 20, vedando à União “instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou implique distinção ou preferência em relação a qualquer Estado ou Município em prejuízo de outro”.

⁸⁰³ Artigo 2º da Emenda nº 18/1965.

⁸⁰⁴ Artigo 3º, inciso II, da Emenda nº 18/1965.

⁸⁰⁵ Artigo 12, § 2º, da Emenda nº 18/1965 (cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*, p. 178).

⁸⁰⁶ A Emenda nº 18 não admitiu a existência de uma cédula impositiva residual, determinando o artigo 5º que os impostos componentes do sistema tributário nacional seriam exclusivamente os dela constantes, permitindo contraditoriamente à União a criação de impostos extraordinários de guerra, que compreendessem ou não na enumeração dos impostos privativos federais, estaduais ou municipais. A Constituição de 1967 reabriu, com cautelas, a competência residual, disciplinando a possibilidade da União instituir outros impostos que não os previstos no texto constitucional, desde que não tenham base de cálculo e fato gerador idênticos aos dos nele previstos (sendo possível transferir o exercício da competência tributária destes aos Estados e Municípios) (cf. art. 18, § 5º, na nova redação da Emenda nº 1/1969).

A União recebeu a competência exclusiva relativa aos impostos sobre o comércio internacional (Constituição de 1967, com redação da EC nº 1/1969, art. 21, I e II), incorporando assim o imposto de exportação estadual, que como visto anteriormente, foi de grande relevância para as finanças estaduais sob a vigência das Constituições anteriores, perdendo arrecadação na medida em que a exportação de café perdia força⁸⁰⁷.

Recebeu também competência para o imposto sobre a propriedade territorial rural (art. 21, III), embora a arrecadação devesse ser transferida aos Municípios. Já os impostos sobre a renda, profissões e impostos menores sobre a renda auferida passaram ao imposto sobre a renda e o imposto sobre serviços⁸⁰⁸.

No mais, suprimiu-se o imposto federal sobre transferência de fundos ao exterior, cujas finalidades regulatórias poderiam ser desempenhadas pelo imposto de renda e pelo então criado imposto sobre operações de câmbio (Emenda nº 18, art. 14, I)⁸⁰⁹.

Além disso, permaneceu com aquele considerado como sendo “*um tributo insignificante*” sobre serviços de transportes e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal (art. 21, VII), bem como com o imposto sobre a produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e de energia elétrica e sobre extração, circulação, distribuição ou consumo dos minerais do país (art. 21, VIII e IX).

Com efeito, a Constituição de 1967 incluiu as contribuições parafiscais dentro do sistema tributário, facultando à União instituí-las “*tendo em vista a intervenção no domínio*

⁸⁰⁷ Sobre a instituição da competência para o imposto de exportação para a União, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES mostra que “*Este critério de atribuição de competências fiscais constante na Carta Magna foi, como vimos, algo de críticas acerbadas, sob o fundamento de que, sendo conferida à União, a atribuição de regular o comércio exterior (art. 5º, inc. XV, letra k), o imposto de exportação deveria se descolado para a competência privativa federal*” (cf. BORGES, José Souto Maior. *A Reforma do Sistema Tributário Nacional – Emenda Constitucional nº 18*, p. 67).

⁸⁰⁸ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*, p. 169.

⁸⁰⁹ Artigo 21, inciso IV, da Constituição de 1969.

econômico e o interesse da previdência social ou de categorias profissionais” (art. 21, § 2º, I)⁸¹⁰.

Entretanto, a maior inovação ocorreu nos impostos sobre a produção e circulação, que eram os impostos sobre consumo (federal), vendas e consignações (estadual) e o de indústrias e profissões (municipal), correspondentes à época por 65% da arrecadação tributária nacional. Os três tributos foram extintos, tendo sido criados (i) o imposto sobre produtos industrializados; (ii) o imposto sobre circulação de mercadorias – ICM; e (iii) o imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS.

A figura tributária nova de maior relevância foi o imposto sobre circulação de mercadorias (Emenda nº 18/1965, art. 12), substitutivo do imposto de vendas e consignações, concebido para alimentar os Estados, ao lado do imposto sobre transmissão de bens imóveis⁸¹¹. Essa substituição teve como consequência inicial o alargamento do campo de incidência, passando a alcançar todas as modalidades de circulação das mercadorias, e não apenas aquelas realizadas juridicamente por vendas ou consignações. Criou-se, assim, o critério material de incidência que se mantém até os dias atuais – as operações de circulação de mercadorias.

A modificação maior, entretanto, ocorreu no processo de incidência ou mensuração da base de cálculo de cada operação, pois o IVC caracterizava-se pela incidência em cascata, sendo o novo imposto não cumulativo⁸¹². A fonte de inspiração do princípio da não cumulatividade seria o *taxe sur la valeur ajoutée*, pois o próprio parecer do relator da

⁸¹⁰ Outra competência privativa foi de lançar empréstimos compulsórios, os quais, silente a Constituição de 1946, ameaçavam tornar-se fator de grave perturbação do sistema.

⁸¹¹ Além do ICM, com receita repartida com os Municípios, os Estados receberam competência para o imposto sobre a “transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e acessão física e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre a cessão de direitos à sua aquisição” (art. 28, I), sendo nova roupagem dos antigos impostos sobre a transmissão imobiliária *inter vivos* e sobre a transmissão *causa mortis*. Foi fixada a competência territorial, como tradicionalmente, no Estado de situação do imóvel, ainda que a sucessão se abra no estrangeiro (art. 23, § 2º).

⁸¹² Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*, p. 174.

comissão reconhece o trabalho de Maurice Lauré, intitulado *La taxe sur La valeur ajoutée*⁸¹³.

No ICM, criou-se um diferencial inferior para as alíquotas de incidência nas operações interestaduais⁸¹⁴, permitindo que o Estado de destino auferisse as incidências superiores sobre o valor total da mercadoria, nas operações internas⁸¹⁵. Já a grande inovação integracionista foi o reconhecimento dos créditos da incidência do ICM ainda que provenientes de outro Estado⁸¹⁶, ensejando a chamada “*regra de aceitação recíproca de créditos*”.

O grande sacrificado foi o imposto sobre indústrias e profissões, tributo de maior importância para os Municípios. Com o desaparecimento desse tributo, os Municípios ficaram com dois tributos privativos, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana e o imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária federal ou estadual e definidos em lei complementar⁸¹⁷.

Como a receita desses dois impostos não atenderia às perdas decorrentes da exclusão do antigo imposto sobre indústrias e profissões, que foi a maior supressão tributária da época, haveria a necessidade de os Municípios terem uma compensação para essa perda. A escolha mais óbvia seria a criação de um novo imposto de competência municipal, mas,

⁸¹³ Cf. LAURÉ, Maurice. *La taxe sur La valeur ajoutée*. Paris: Sirey, 1953. Sobre a questão, ver TROTABAS, Louis *Finances publiques*. Paris: Dalloz, 1964, n. 238, p. 446; e. DUVERGER, Maurice. *Finances publiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1963. p. 568.

⁸¹⁴ Ao Senado, no sistema da Emenda Constitucional nº 18, incumbe a função primordial de objetivar, mediante resoluções, o que sobre matéria tributária dispuser a lei complementar. “*A Câmara Alta do Congresso Nacional, livre das inunções implícitas na representação proporcional, e tradicionalmente depositária do ‘poder moderador’, é, com efeito, o órgão mais indicado para a função constitucional de ajustar a lei às condições econômicas atuantes, em um dado momento, em assunto que interesse simultaneamente a mais de um governo*” (COMISSÃO DE REVISÃO DE RENDAS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Reforma da discriminação constitucional de rendas*. Relatório apresentado ao término dos trabalhos da comissão. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 1965. p. 13).

⁸¹⁵ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*, p. 200.

⁸¹⁶ Artigo 12, § 2º, da Emenda nº 18/1965 (ibidem, p. 178).

⁸¹⁷ A lei complementar poderá fixar-lhe as alíquotas máximas de incidência (cf. Art. 25, I e II, da Constituição de 1967).

surpreendentemente, a maioria dos pleitos reclamava mais participações nos tributos federais e estaduais, no lugar de mais competências privativas⁸¹⁸.

A causa dessa reivindicação provém da técnica utilizada para a cobrança do anterior imposto municipal de indústrias que profissões. Por haver mesmo fato gerador e base de cálculo que o imposto sobre vendas e consignações, muitos Municípios adotaram a técnica de cobrança consistente no estabelecimento de um percentual sobre o valor pago pelo contribuinte do imposto estadual, transformando, assim, esse tributo em mero adicional⁸¹⁹.

Nesse sentido, o anteprojeto que originou a Emenda nº 18 previa que os Estados distribuíssem 15% do produto da arrecadação do ICM aos Municípios em que tivessem realizado as operações tributáveis (art. 21, I). O projeto revisto da reforma modificou essa questão, ao criar um adicional ao ICM – baseado na legislação estadual –, com alíquota não superior a 20% da instituída pelo Estado (art. 14), limitada a cobrança às operações ocorridas em seu território, independente da arrecadação do Estado. Assim também constou na Emenda nº 18, elevando a alíquota para 30% da instituída pelo Estado (art. 13).

O Ato Complementar nº 31/1966 voltou à sistemática original, na qual os Municípios receberiam 20% do produto do ICM (art. 1º) arrecadado pelo Estado, instituindo normas cautelares visando à rapidez e ao automatismo no crédito das parcelas, sendo esse o método que prevaleceu na Constituição de 1967 (art. 23, § 8º)⁸²⁰.

Desde as reformas de 1965-1967, as mudanças processadas no regime tributário não ousaram alterar a essência do modelo posto em prática pela reforma de 1967, pois seus fundamentos coincidem com as bases do modelo tributário atual⁸²¹. Há quem diga que o equilíbrio foi perdido, especialmente após a Constituição de 1988, que levou a novas

⁸¹⁸ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*, p. 203.

⁸¹⁹ Tal como demonstra SOUTO MAIOR BORGES, “O imposto de indústrias e profissões, sem contornos jurídicos definidos, possibilitou a adoção pelos Municípios de uma técnica de cobrança consistente no estabelecimento de uma porcentagem do que o contribuinte pagou a título de vendas e consignações. Esta base de cálculo o transforma num mero adicional do imposto de vendas e consignações e acarreta uma terceira incidência econômica da carga tributária sobre a mesma operação” (cf. BORGES, José Souto Maior. *A Reforma do Sistema Tributário Nacional – Emenda Constitucional nº 18*, p. 21-22).

⁸²⁰ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Op. cit.*, p. 203.

⁸²¹ Cf. SILVA, Antonio Rezende da. *A reforma tributária e a federação*. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 140-142.

responsabilidades para a União Federal no campo dos direitos sociais. Esse desequilíbrio foi alterado pela ampliação da arrecadação proveniente das contribuições sociais.

2.6.7. A Federação na Constituição de 1967

Com os militares, o governo central passou a enfeixar uma série de poderes e atribuições, ocasionando forte centralização na esfera da União. O federalismo praticamente desapareceu nesse período, apesar de nominalmente estar previsto nas Constituições outorgadas de 1967 e 1969.

A Carta de 1967, a despeito do autorrótulo de promulgada, foi, em verdade, outorgada em 24 de janeiro de 1967, sob forte influência da Constituição de 1937, após a convocação do Congresso Nacional, por meio do Ato Institucional nº 04/1966, a fim de discutir, votar e sancionar o projeto da Constituição, elaborado pelo Presidente da República, não tendo sido, portanto, convocada uma Assembleia Constituinte. Seu redator, CARLOS MEDEIROS E SILVA, focou na segurança nacional, reformulou o Sistema Tributário Nacional e a discriminação de rendas, reduziu a autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e garantias constitucionais, aspecto que se revelava mais autoritário que nas Letras antecessoras, exceto a de 1937⁸²².

Muito embora a Constituição de 1967 mantivesse os contornos de República Federativa (art. 1º), já que reconheceu a existência dos Estados-membros (art. 13), os quais até dispunham de competências privativas, faltava-lhes, de fato, autonomia para determinar seus serviços administrativos. Ressalte-se, ainda, que *“sua administração financeira estava subordinada às regras da lei federal (art. 13, V, e art. 19, § 1º). [...] Estruturou-se o Sistema Tributário Nacional de tal forma que a discriminação constitucional das rendas podia ser praticamente anulada por lei complementar federal ou simples lei ordinária*

⁸²² Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 77-79.

federal – e isso é uma característica marcante dos Estados Unitários, onde os poderes impositivos das entidades menores podem ser diminuídos ou aumentados segundo critério do poder nacional”⁸²³.

Para matizar a total falta de autonomia dos entes federativos, criaram-se eufemismos como o “federalismo de integração”⁸²⁴. A elaboração teórica desse conceito é de ALFREDO BUZAID, então Ministro da Justiça do General ERNESTO GARRASTAZZU MÉDICI, que enxergava o desenvolvimento e a segurança nacional como fundamentos do novo “federalismo”. Sob o pretexto da “integração nacional”, exigia-se que todos os instrumentos de promoção do desenvolvimento econômico fossem centralizados na esfera da União⁸²⁵.

Para BUZAID, o “federalismo de integração” iria além do federalismo cooperativo, atribuindo à União os poderes necessários para dirigir a política nacional, evitar conflitos com as unidades federadas e promover o desenvolvimento econômico com o máximo de “segurança coletiva”⁸²⁶. Esse sistema, segundo GILBERTO BERCOVICI, foi tão além do federalismo cooperativo que praticamente extinguiu o sistema federativo brasileiro, sempre com a justificativa da “segurança nacional”. Em síntese, sob a denominação “federalismo de integração”, procuraram os juristas ligados à ditadura militar esconder a supressão do federalismo ocorrida no período⁸²⁷.

JOSÉ AFONSO DA SILVA adverte que os Estados-membros tiveram suas autonomias tolhidas na Constituição referida, pois os poderes próprios que detinham não eram eficazes, já que *“de nada valem poderes próprios sem competência privativa para atuar”*⁸²⁸.

Na Constituição de 1967⁸²⁹, a partir da qual, segundo SAMPAIO DÓRIA, teve início um “federalismo financeiro de integração”⁸³⁰, a competência tributária dos Estados manteve-se

⁸²³ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 290.

⁸²⁴ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 50.

⁸²⁵ Cf. BUZAID, Alfredo. *O estado federal brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça, 1971. p. 31-34.

⁸²⁶ Ibidem, p. 40-41.

⁸²⁷ Cf. BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 51.

⁸²⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 290.

praticamente inalterada em relação às inovações trazidas pela reforma tributária de 1965. Já em 1968, com o Ato Complementar nº 40, retirou-se dos Estados a possibilidade de tributarem as operações de circulação de mercadorias que se referissem a combustíveis, com a supressão de parte do texto do artigo 24, inciso II, da Constituição então vigente⁸³¹. Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 27/1985, os Estados e o Distrito Federal viriam a ser contemplados com a competência para instituir o imposto sobre a propriedade de veículos automotores, devendo repartir 50% do valor arrecadado com o Município no qual o veículo foi licenciado⁸³².

A Carta de 1967 constituiu, então, um “*sistema autoritário implantado com o Golpe*”⁸³³. Dois anos depois ela foi emendada, dando origem à chamada Constituição de 1969.

2.6.8. A Federação na Constituição de 1969

Em 17 de outubro de 1969, uma Junta Militar editou a Emenda Constitucional nº 1, servindo-se de instrumento ao arbítrio ditatorial. Nasceu, assim, a Constituição de 1969⁸³⁴. Muito embora não se tratasse do meio adequado para tanto, foi o instrumento de outorga utilizado pela Junta Militar que assumira o governo, à época, uma vez que por meio dele o texto foi integralmente reformulado⁸³⁵.

⁸²⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 99. Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, na Constituição de 1967 e na Emenda nº 1/1969 a forma federativa de Estado no Brasil foi somente “nominal” (ibidem, loc. cit.).

⁸³⁰ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*, p. 44.

⁸³¹ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 66-67.

⁸³² Ibidem, p. 68.

⁸³³ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 79.

⁸³⁴ Este ato, sem embargo de ter vindo a público como Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, consistiu, segundo boa parte da doutrina constitucional, em verdadeira Constituição, pois republicou integralmente o texto de 1967, acrescido das alterações introduzidas pela aludida Emenda.

⁸³⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 80.

Com a Constituição de 1969, alteraram-se sobremaneira as relações travadas entre a União e os Estados-membros, especialmente no que tange a: “(a) aumento da competência da União, às expensas da autonomia dos Estados; (b) ampliação dos princípios de organização político-constitucional que deviam ser observados pelos Estados; (c) supremacia da União em matéria econômico-financeiras”⁸³⁶. O ideal de descentralização próprio do federalismo, em decorrência do perfil centralista, ficou esvaziado, restando pouco mais que sombra da autonomia dos Estados-membros.

No tocante ao sistema tributário, adotaram-se normas limitadoras de capacidade financeira tanto dos Estados como dos Municípios. Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, considerando a patente redução da autonomia financeira dos referidos entes, a autonomia política ficou sem base material, motivo pelo qual o federalismo era apenas “nominal”, rasgando o princípio constitucional, muito embora o artigo 1º ainda fizesse menção a “República Federativa”. De fato, “*tudo isso ficou na dependência de vontade do Governo Federal, cujo poder dominador*”⁸³⁷ pairava sobre tudo.

Não obstante todos esses fatores, somente em 15 de janeiro de 1985, após a eleição, vislumbrou-se a possibilidade de mudanças no cenário político da ditadura pura e simples que perdurava por mais de duas décadas, para um novo regime democrático, que seria instaurado com a promulgação da Constituição de 1988⁸³⁸, cujas particularidades serão a seguir analisadas.

⁸³⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 291.

⁸³⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. *Tributos e normas de política fiscal na Constituição do Brasil*. (Tese de Concurso). São Paulo, 1968. p. 307. Nesse sentido, para ALOÍZIO BARBOZA DE ARAÚJO, “o cerne dos problemas do federalismo fiscal é o dilema: como atingir certos objetivos nacionais com a presença de esferas autônomas de governo sem ferir essa autonomia ou, pelo menos, mantendo o regime federativo em seus contornos mais significativos” (cf. ARAÚJO, Aloízio Barboza de et al. *Transferências de impostos aos estados e municípios*. Rio de Janeiro: IPEA-INPES, 1973. p. 19).

⁸³⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 81/291.

2.6.9. A Autonomia dos Estados na Federação de 1988

Na Assembleia Constituinte de 1988, segundo ANDRÉ REGIS DE CARVALHO, prevaleceu a ideia de que somente a descentralização política conseguiria consolidar a democracia e o seu desenvolvimento no Brasil⁸³⁹. No mesmo sentido a lição de MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI, ao mostrar que o federalismo no País, resultante menos da pressão da realidade como fato sociológico anteposto e mais como decisão político-jurídica, passou a cumprir uma importante função adicional, qual seja, a de configurar uma evasão do poder vertical e uma preservação da democracia⁸⁴⁰.

Nascida em um cenário de redemocratização e descentralização do poder, perseguiu-se com a promulgação da Constituição de 1988 o resgate do equilíbrio da política nacional, especialmente no que tange ao federalismo⁸⁴¹.

Assim, após diversas tentativas, com a Constituição de 1988 o Estado brasileiro conseguiu adotar um federalismo cooperativo, o qual superou a rigidez do modelo clássico dualista, admitindo a mútua interpenetração das esferas autônomas⁸⁴², principalmente em face da *“distribuição vertical das competências legislativas e administrativas, nas cláusulas de legitimação originária dos entes periféricos para determinadas funções, na previsão de cooperação mútua entre os integrantes da Federação e, last but not least, na tentativa de partilhar as rendas públicas de maneira a dar suporte à distribuição das funções administrativas que fora proposta”*⁸⁴³.

⁸³⁹ Cf. CARVALHO, André Regis. Reengenharia federativa: a questão dos consórcios intermunicipais. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos (Orgs.). *Administração pública – direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovação e polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 85.

⁸⁴⁰ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. Federalismo, estado democrático de direito e imposto sobre o consumo. *Revista de Direito Tributário*, n. 75, p. 198.

⁸⁴¹ Cf. PEREIRA, Fábio Franco. *A federação no constitucionalismo brasileiro*, p. 10.

⁸⁴² Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 45.

⁸⁴³ Cf. LOBO, Rogério Leite. *Federalismo fiscal brasileiro: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa*, p. 58.

Com efeito, tem-se como base do federalismo a garantia de elementos básicos, os quais, em conjunto, serão capazes de promover a autonomia dos entes federativos, cuja base é a divisão de poder político entre a União e as entidades regionais⁸⁴⁴.

Houve forte consolidação do regime federativo na Constituição Federal de 1988, com o grande aumento da autonomia dos Estados e Municípios, a qual é declarada já no artigo 18 do texto constitucional, ao dispor que “*a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição*” (sem grifo no original)⁸⁴⁵.

A grande inovação do federalismo de 1988 foi a inclusão dos Municípios como componentes da Federação. Até então todas as Constituições brasileiras outorgavam governo próprio e competência própria para os Municípios no tocante à sua autonomia, remetendo aos Estados o poder de criar e organizar os Municípios, desde que respeitassem a autonomia assegurada constitucionalmente⁸⁴⁶. A Constituição de 1988 deu-lhes também o poder de auto-organização, com o artigo 29, que institui a possibilidade dos Municípios de elaborarem sua própria Lei Orgânica, uma verdadeira Constituição municipal⁸⁴⁷.

No que se refere aos Estados, o Constituinte reforçou a sua autonomia, mediante a determinação de um grande campo de competências legislativas próprias, bem como uma

⁸⁴⁴ Para AFONSO DA SILVA, “*a autonomia federativa compreende: a) capacidade de auto-organização; b) existência de autogoverno; c) existência de competências exclusivas. Nesta, há de incluir-se a outorga de fontes tributárias próprias e a gestão própria dos seus assuntos tributários e financeiros, que exatamente servirão de base material da autonomia*” (cf. SILVA, José Afonso da. *Federalismo, autonomia e discriminação de rendas*, p. 18).

⁸⁴⁵ Segundo concepção defendida por ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “*o Brasil é um Estado Federal, em que a União e os Estados-membros ocupam, juridicamente, o mesmo plano hierárquico. Daí porque devem receber tratamento jurídico-formal isonômico. [...] Laboram em erro os que vêem uma relação hierárquica entre o governo central e os governos locais. O que há, na verdade, são, para cada uma dessas entidades políticas, campos de atuação autônomos e exclusivos, estritamente traçados na Carta Suprema, que lei alguma pode alterar*” (cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 9. ed., p. 96).

⁸⁴⁶ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 55.

⁸⁴⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 344-360.

vasta gama de competências comuns e concorrentes, que marcam o caráter cooperativo do federalismo brasileiro⁸⁴⁸.

No que se refere à autonomia financeira, para garantir a existência de recursos suficientes aos Estados, foram outorgadas competências tributárias relevantes, aumentando o campo de incidência dos tributos estaduais, além de participação assegurada nos tributos federais.

Para garantir a manutenção da autonomia dos entes federativos e, com isso, a preservar a Federação, foram criadas rígidas estruturas jurídicas de controle contra alterações que intentassem reduzir o círculo de autonomia destes⁸⁴⁹.

O desenho constitucional da Federação criada pela Constituição de 1988, composta pela divisão de competências legislativas, fontes de receita próprias e garantias constitucionais, é a seguir analisado.

2.6.9.1. As Competências Legislativas dos Estados

No tocante à repartição de competências estabelecida pelo texto de 1988, os Estados e o Distrito Federal⁸⁵⁰ permaneceram com um grande campo de atuação, pois, nos termos do

Em sentido diverso, tem-se a opinião de FÁBIO FRANCO PEREIRA de que não houve grande avanço no que tange à autonomia dos Estados com o advento da Constituição de 1988, *“primeiro, porque, no tocante às competências materiais comuns, o constituinte e, posteriormente, o legislador ordinário, promoveram a descentralização de forma incorreta, sem planejamento adequado e negociado com Estados e Municípios, sem a coordenação típica do federalismo cooperativo, o que contribuiu decisivamente para a desordem e a dispersão de esforços na prestação de serviços públicos essenciais. Depois, porque, no que se refere às competências legislativas concorrentes, a identificação política e jurisprudencial do âmbito de atuação dos Estados é, em regra, restritiva, cabendo-lhes, no mais das vezes, muito pouco, especialmente ante a dificuldade de conceituação das normas gerais de competência da União”* (cf. PEREIRA, Fábio Franco. *A federação no constitucionalismo brasileiro*, p. 11).

⁸⁴⁹ Cf. BALTHAZAR, Ezequiel Antonio Ribeiro. Fundos constitucionais como instrumento de redução das desigualdades regionais na federação. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*, p. 104. Significa dizer então que, quando o legislador previu possíveis cenários em que houvesse a intervenção da União nos Estados, intentou-se apenas o fortalecimento do pacto federativo, a fim de proporcionar ao Estado Federal o direito de defender os interesses da Federação, na hipótese de serem desrespeitados por seus Estados-membros ou Distrito Federal (ibidem, loc. cit.).

artigo 25, § 1º, “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

Dessa forma, verifica-se que os Estados possuem no federalismo brasileiro em vigor a chamada “competência residual” no tocante à sua competência legislativa, o que lhe permite um grande campo de atuação. Portanto, aquilo que não é de competência exclusiva da União Federal e dos Municípios pode ser incluído na competência legislativa dos Estados⁸⁵¹.

⁸⁵⁰ Cf. BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1934. v. V, p. 39. Naturalmente, embora o objeto do presente trabalho seja a autonomia financeira dos Estados, as conclusões aqui obtidas se aplicam igualmente ao Distrito Federal. A figura do Distrito Federal é intimamente relacionada com o federalismo, apesar das dificuldades que surgem em torno de sua definição. Segundo RUY BARBOSA, “a organização deste, entre nós, instituiu no Distrito Federal, com certas características a municipalidade, uma circunscrição política de um gênero singular, a que dotou da mesma representação, no Senado e na Câmara, que os Estados, reservando-lhe, no art. 67, o direito de se administrar a si mesma pelas suas autoridades municipais. É um semi-Estado, um quase Estado, um Estado que não dispõe da própria Constituição como cada uma das vinte Províncias que receberam esse acesso, mas ao qual se atribuiu parte igual à deles no governo da nação e se reconhece o direito de se reger a si próprio, mediante mandatários seus, sob a lei que o congresso nacional lhe ditar” (cf. BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição federal brasileira*, p. 39). Também para ROBERTO BARCELLOS DE MAGALHÃES, a figura do Distrito Federal possui feição *sui generis*, pois “não é Estado nem se trata de um simples município, o que suscita dificuldades em estabelecer uma perfeita conciliação entre os interesses locais e os interesses da União. O princípio, porém, que nessa matéria deve prevalecer é o da Supremacia da União acima de qualquer outra consideração, pois para servir de abrigo ao poder federal é que o direito foi concebido e criado” (cf. MAGALHÃES, Roberto Barcellos. *A Constituição Federal de 1967 comentada* (arts. 1 a 106). Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. p. 75). No Brasil, a gênese do Distrito Federal está no Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, que dispunha no artigo 2º que “o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a capital da União, enquanto outra coisa não deliberar o Congresso” (cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, p. 109). Ressalte-se a determinação, pela Constituição de 1891, que o antigo Município neutro constituiria do Distrito Federal.

⁸⁵¹ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 73-76. No que se refere à repartição de competências legislativas, a Constituição de 1988 segue o modelo tradicional da Constituição americana de enumerar taxativamente as competências da União – e, no caso, dos Municípios, também –, delegando aos Estados os poderes remanescentes, de acordo com o artigo 25, § 1º. Da mesma forma, o texto constitucional determina, no artigo 30, que compete aos Municípios legislar sobre “assuntos de interesse local”, bem como “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”. Ressalte-se que, sobre a representatividade dos Estados no Congresso Nacional na Constituição Federal de 1988, há quem considere a distribuição das cadeiras na Câmara dos Deputados estabelecida pela nova Ordem constitucional a mais distorcida de toda a história da República, sendo uma herança do processo de distensão e lenta abertura política do final da ditadura militar. Referida distorção tem sua origem no chamado “Pacote de Abril”, de 1977, de natureza totalmente casuística, o qual determinou o aumento na desproporção da representação na Câmara, pois pela primeira vez na história do País impunha-se um número máximo do total de deputados que deveria haver na Câmara, bem como estabelecia-se um número mínimo e máximo por Estado. Dessa forma, a maior parte dos deputados Constituintes, eleitos de acordo com as regras estipuladas na Carta outorgada de 1967/1969, modificadas pelo “Pacote de Abril”, de 1977, e pelas Emendas nºs 22/1982 e 25/1985, não modificaria os dispositivos que os favoreceram (cf. BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 73-76).

Ao lado das competências exclusivas, a Constituição de 1988 determina taxativamente, no artigo 23, as chamadas “competências comuns” dos três níveis da Federação, o que representa, segundo GILBERTO BERCOVICI, a grande inovação nessa Constituição e a formal adoção do federalismo cooperativo⁸⁵².

Na concepção do autor, dentre as complexas relações de interdependência entre a União e os entes federados no federalismo cooperativo, deve-se distinguir a coordenação da cooperação propriamente dita⁸⁵³. A coordenação é, na realidade, um modo de atribuição e exercício conjunto de competências no qual os vários integrantes da Federação possuem certo grau de participação, pois a vontade das partes é livre e igual, com a manutenção integral de suas competências: os entes federativos sempre podem atuar de maneira isolada ou autônoma. Já a cooperação é um procedimento que persegue um resultado comum e do interesse de todos. A decisão comum, tomada em escala federal, é adaptada e executada de maneira autônoma pelos entes federativos, individualmente, conformando-a às suas características e necessidades⁸⁵⁴.

A materialização da coordenação na repartição de poderes é explicitada pelas competências concorrentes. A União e os entes federativos concorrem em uma mesma função, mas com âmbito e intensidade distintos. Cada parte decide, na sua esfera de

⁸⁵² Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 56. Entretanto, prescreve, no texto original, o parágrafo único deste artigo: “*lei complementar fixará normas para a cooperação entre União, e os Estados, Distrito Federal e Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*”. Assim, no caso brasileiro as competências comuns do artigo 23 da Constituição, após sua regulamentação pela lei complementar prevista no parágrafo único do mesmo artigo, serão obrigatórias para a União e todos os entes federativos. Ressalte-se que a referida lei complementar prevista não poderá retirar nenhum ente da titularidade das competências comuns, nem restringi-las (ibidem, p. 61). Sobre a questão, segundo FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA, a grande crítica que pode ser feita às competências comuns elencadas no artigo 23 da Constituição de 1988 é a não inclusão do planejamento entre as matérias previstas na competência comum. A ênfase da Constituição de 1988, no tocante ao planejamento, foi dada à União (art. 21, IX, da CF), ignorando-se o papel dos Estados e Municípios na elaboração dos planos. A preponderância da União, nesta área, não exclui a necessidade de participação de todos os entes federativos na elaboração conjunta do planejamento (cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 98-99).

⁸⁵³ Cf. BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 59.

⁸⁵⁴ Cf. ROVIRA, Enoch Albertí. *Federalismo y cooperación en la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. p. 361-365. No mesmo sentido, ver BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 59. Segundo ALCIDES JORGE COSTA, com a Constituição Federal de 1988 a Federação deixou de ser dualista para tornar-se cooperativa (cf. COSTA, Alcides Jorge. Prefácio. In: CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. XIII). Vale ressaltar que para JOSÉ MAURÍCIO CONTI o federalismo brasileiro é do tipo misto, incorporando tanto técnicas próprias do federalismo dualista quanto do federalismo cooperativo (ibidem, p. 24).

poderes, de maneira separada e independente, com a ressalva da prevalência do direito federal, limitado à instituição de “normas gerais”. Esse tipo de repartição é o previsto pelo artigo 24 da Constituição de 1988⁸⁵⁵.

Destarte, no regime de competências concorrentes, a União federal possui competência para expedir normas genéricas que vinculam os entes subnacionais, nos termos do artigo 24, § 1º, da Constituição Federal, ficando livres os Estados para legislar no âmbito de competência instituído.

Em análise percuciente sobre o tema, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. ensina: “*o federalismo cooperativo vê na necessidade de uniformização de certos interesses um ponto básico da colaboração. Assim, toda matéria que extravase o interesse circunscrito de uma unidade [...] ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas num âmbito autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral*”⁸⁵⁶.

O sistema político federativo permite, assim, a promulgação, pelo poder central, de normas gerais que versem sobre questões de interesse comum a todos os entes subnacionais ou questões que poderiam resultar em conflitos e dificuldades na Federação⁸⁵⁷. Referidas normas gerais são veiculadas no direito brasileiro por leis complementares, que podem ser consideradas normas *nacionais*, na medida em que não se trata de atos expedidos pela União federal, mas sim pela República brasileira, cogente para todas as pessoas políticas de direito público interno.

⁸⁵⁵ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 59-60. Segundo o autor, o federalismo cooperativo se justifica pelo fato de que, em um Estado intervencionista e direcionado para a implementação de políticas públicas, como o estruturado pela Constituição de 1988, as esferas subnacionais não têm mais como analisar e decidir, originariamente, sobre inúmeros setores da atuação estatal, que necessitam de um tratamento uniforme em escala nacional (ibidem, p. 56-57).

⁸⁵⁶ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente – uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 7, 1994, p. 19.

⁸⁵⁷ Cf. FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 255. Denota ser consenso que a figura das normas gerais no sistema federativo tem origem com o artigo 10 da Constituição de Weimer de 1919, determinando que “*Das Reich kann in Wege der Gesetzgebung Grundgesetze aufstellen*” (ibidem, p. 255).

O âmbito de atuação das normas em tela, entretanto, deve obrigatoriamente se restringir a questões gerais e de interesse comum a todos os entes, de modo a não violar a autonomia dos entes subnacionais⁸⁵⁸. Nesse sentido, GERALDO ATALIBA mostra que só é coerente entender como própria da norma geral a atuação como mecanismo de harmonia entre as pessoas políticas, agindo exclusivamente em áreas de conflitos, quando exista evidente lacuna no texto constitucional⁸⁵⁹.

Na esteira de KONRAD HESSE, é necessário distinguir centralização de homogeneização. A centralização faz que haja concentração de poderes na esfera federal, debilitando os entes federativos em favor do poder central. Já a homogeneização (*Unitarisierung*) baseia-se na cooperação, pois se trata de processo de redução das desigualdades regionais em favor de uma progressiva igualação das condições sociais de vida em todo o território nacional. A homogeneização é resultado da vontade de todos os membros da Federação, não sendo, portanto, imposta pela União⁸⁶⁰.

Nessa linha, na cooperação, nem a União nem qualquer ente federativo pode atuar isoladamente, mas todos devem exercer sua competência conjuntamente com as demais⁸⁶¹. Na realidade, há dois momentos de decisão na cooperação. O primeiro se dá em nível federal, quando se determinam, conjuntamente, as medidas a serem adotadas, uniformizando-se a atuação de todos os poderes estatais competentes em determinada

⁸⁵⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. Participação do município na arrecadação da União e do estado. *Revista de Direito Público*, n. 10, p. 82. Pois, como visto, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, “autonomia envolve capacidade normativa sobre assuntos de competência exclusiva da entidade autônoma” (cf. SILVA, José Afonso da. Participação do município na arrecadação da União e do estado, p. 82).

⁸⁵⁹ Cf. ATALIBA, Geraldo. Normas gerais de direito financeiro e tributário e autonomia dos estados e municípios. *Revista de Direito Público*, n. 10, 1969. p. 48. Nesse sentido, o autor adverte que, “para que se compreenda harmonicamente a razão justificadora da previsão das normas gerais de Direito Financeiro e Tributário, sem conflito com a harmonia ínsita no sistema jurídico – vale dizer, sem incongruente ofensa à autonomia de Estados e Municípios – é preciso reconhecer que em princípio só tem cabimento as ditas normas gerais nas hipóteses de atrito entre as pessoas políticas ou onde haja lacunas preenchíveis, de certa forma, discricionariamente” (ibidem, p. 51). Também adota essa posição DIOGO F. MOREIRA NETO, ao mostrar que, no sistema constitucional contemporâneo, a União deve se limitar à edição de *diretrizes nacionais* que se dirigem precipuamente aos legisladores dos demais entes (cf. MOREIRA NETO, Diogo F. Competência concorrente limitada – o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 100, 1988, p. 161).

⁸⁶⁰ Cf. HESSE, Konrad. *Der Unitarische Bundesstaat*. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1962, p. 21. In: BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 57.

⁸⁶¹ Cf. ROVIRA, Enoch Albertí. *Federalismo y cooperación en la Republica Federal Alemana*, p. 369-370.

matéria. O segundo momento ocorre em nível estadual ou municipal, quando cada ente federativo adapta a decisão tomada em conjunto às suas características e necessidades⁸⁶².

Verifica-se, portanto, que se conferiu aos Estados a autonomia calcada no artigo 25 da Constituição (competência privativa)⁸⁶³, como também todas aquelas que não foram atribuídas à União, aos Municípios e ao Distrito Federal (competência residual ou remanescente). As competências dos Estados, quase na sua totalidade, foram definidas pela Constituição de 1988 pela técnica da exclusão; ou seja, as competências estaduais são aquelas que não foram expressamente delegadas à União, Municípios e Distrito Federal.

Uma vez analisada a distribuição de competências dos Estados na Federação brasileira, a qual, como visto, marca a autonomia dos referidos entes federativos, pode-se iniciar a investigação da autonomia financeira destes, a qual é condição *sine qua non* para que exerçam as suas competências constitucionalmente atribuídas.

2.7. A Autonomia da Gestão Financeira dos Estados na Constituição Federal de 1988

Na Ordem Constitucional de 1988 foi mantida a autonomia dos Estados no que se refere à sua gestão financeira, competindo assim somente ao ente de interesse a promulgação de normas específicas relativas às suas finanças⁸⁶⁴.

⁸⁶² Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro* p. 60-61. Ressalte-se que, segundo o autor, é a falta de uma política nacional coordenada, e não a existência de competências concorrentes e comuns, que faz que determinados programas e políticas públicas sejam realizados por mais de uma esfera governamental e outros por nenhuma. Falta de coordenação e cooperação essa que, emblematicamente, revela-se na ausência da lei complementar prevista no parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, que deve regulamentar as normas para a cooperação entre a União e os entes federativos (ibidem, p. 63).

⁸⁶³ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed., p. 132.

⁸⁶⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 309. JOSÉ AFONSO DA SILVA aduz que “A Constituição de 1934 evoluiu no sentido de incluir os Municípios na partilha tributária, e consignou mais dois impostos – o de rendas e o de vendas e consignações; introduziu também normas de cooperação financeira entre as entidades federativas. A Constituição de 1937 nada mudou, praticamente. A Constituição de 1946 disciplinou melhor o sistema de partilha tributária e aperfeiçoou a técnica da cooperação financeira, mas o sistema repousou ainda no cenário da discriminação nominalista

A despeito disso, restou consignado um federalismo financeiro⁸⁶⁵ bastante rígido, pautado em (i) competência tributária exclusiva para pessoas jurídicas de direito público interno, (ii) transferência constitucional obrigatória (arts. 157 a 162, da CF/1988), (iii) transferência voluntária, (iv) determinação de destinação orçamentária por todos os entes e (v) autonomia financeira e orçamentária⁸⁶⁶, a fim de evitar conflitos ou impasses entre os entes políticos, já que nenhum dos entes federativos pode invadir a competência tributária constitucionalmente garantida do outro, ou seja, não poderá haver nenhum tipo de ingerência do outro⁸⁶⁷.

Entretanto, como se registrou, no federalismo cooperativo estabelecido pela Constituição Federal de 1988, compete à União a instituição de normas gerais por leis complementares quando assim expressamente previsto pelo texto constitucional. É o que ocorre com as normas gerais de direito financeiro e orçamentário, tal como previsto pela Constituição Federal de 1988 nos artigos 24⁸⁶⁸, incisos I e II, 163⁸⁶⁹, inciso I, e 165, § 9º, inciso II⁸⁷⁰.

das fontes às três esferas do governo, até que sobreveio a Emenda Constitucional 18/1965, que estruturou um sistema tributário racional, que passou para a Constituição de 1967 e para a de 1969 e, no essencial, perdura na Constituição de 1988.” (Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 309).

⁸⁶⁵ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 18-19. O estudo da maneira pela qual as esferas de governo se relacionam do ponto de vista financeiro é o que se chama de federalismo fiscal, o qual engloba a análise do modo como está organizado o Estado, do tipo de federação adotado, do grau de Autonomia financeira de seus membros, das incumbências que lhes são atribuídas e, fundamentalmente, a forma de financiamento delas. Abrange, pois, toda uma gama de noções que estão vinculadas ao aspecto financeiro do relacionamento entre os entes federativos (ibidem, loc. cit.).

⁸⁶⁶ Cf. GOLDBERG, Daniel K. *Entendendo o federalismo fiscal: uma moldura teórica multidisciplinar*. In: CONTI, José Maurício (Org.). In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*, p. 28.

⁸⁶⁷ Cf. GUTIERREZ, Miguel Delgado. Repartição de receitas tributárias: a repartição das fontes de receita. Receitas originárias e derivadas. A distribuição da competência tributária. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*, p. 43. Isso, segundo MAURÍCIO CONTI, “*reforça a sua recíproca independência*” (ibidem, loc. cit.).

⁸⁶⁸ O artigo 24 do texto constitucional determina que compete ao Poder central legislar concorrentemente sobre direito tributário e financeiro (inciso I) e orçamento (inciso II).

⁸⁶⁹ O artigo 163, inciso I, da Constituição Federal determina que “*lei complementar disporá sobre finanças públicas*”.

⁸⁷⁰ Cf. PEREIRA, César A. Guimarães. *O endividamento público na lei de responsabilidade fiscal*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da lei de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 57. O artigo 165, § 9º, inciso II, da Constituição Federal determina que cabe à lei complementar estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da Administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos. Assim, essa norma prevê claramente a atribuição formal de competências para as normas gerais de direito financeiro (ibidem, loc. cit.).

A expressão *normas gerais*, no que se refere ao direito financeiro e tributário, há muito tem trazido problemas aos constitucionalistas brasileiros ⁸⁷¹, tendo a expressão *normas gerais de direito financeiro* já constado no artigo 8º, inciso XV, alínea “b”, da Constituição de 1946, enquanto a expressão *normas gerais de direito tributário* é verificada no artigo 19, § 1º, da Constituição de 1967⁸⁷².

No âmbito da matéria relativa ao direito financeiro, encontra-se, naturalmente a regulação da atividade financeira do Estado, na qual, sem dúvida, está inclusa a regulação da atividade orçamentária. Nesse sentido, demonstra ser claro que as normas relativas ao processo orçamentário devem ser objeto de normas gerais⁸⁷³.

Assim, à época da promulgação da Ordem Constitucional de 1988, foi recepcionada a Lei nº 4.320/1964, que veicula normas gerais sobre a elaboração da peça orçamentária. Referida lei, tendo sido promulgada como lei ordinária, possui no ordenamento jurídico brasileiro em vigor o *status* de lei complementar (LC)⁸⁷⁴, regulando até a presente data a atividade orçamentária de todos os membros da Federação. Nesse sentido, seguindo o mandamento constitucional contido nos artigos 163, I, e 165, § 9º, da Constituição Federal, foi sancionada a Lei de Responsabilidade Fiscal, estabelecendo “normas gerais” de direito financeiro, as quais passam a vigor ao lado das normas contidas na Lei nº 4.320/1964.

Aludidas normas, ao menos teoricamente, representam tão somente regulamentos gerais para manter a homogeneização entre os entes da Federação no que se refere às suas finanças públicas, não podendo de maneira alguma limitar a sua Autonomia em matéria de arrecadar e aplicar seus recursos.

⁸⁷¹ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Normas gerais e competência concorrente* – uma exegese do art. 24 da Constituição Federal, p. 16.

⁸⁷² Sobre a questão de normas gerais em direito financeiro, ver HENRIQUES, Elcio Fiori. Arts. 1º a 8º In: CONTI, José Maurício (Coord.). *Orçamentos públicos* – a Lei 4.320/1964 comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 28.

⁸⁷³ Cf. MATIAS-PEREIRA, José. *Finanças públicas. A política orçamentária no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 134.

⁸⁷⁴ Cf. HENRIQUES, Elcio Fiori. Arts. 1º a 8º. In: CONTI, José Maurício (Coord.). Op. cit., p. 30. É oportuno ressaltar que, à época da promulgação da Lei nº 4.320/1964, durante a vigência da Constituição de 1946, não havia a figura da lei complementar para a instituição de normas gerais de direito financeiro, motivo pelo qual essa lei foi aprovada como lei ordinária (ibidem, loc. cit.).

É de extrema importância para a manutenção do federalismo discriminar claramente as rendas que darão suporte financeiro aos entes da Federação, sob pena de sacrificar ou mutilar a autonomia financeira destes. A despeito disso, essa divisão, que promoverá a autonomia financeira dos entes federativos, exige fixação constitucional rígida, o que, por sua vez, não favorece a maleabilidade da política fiscal. Faz-se necessário, assim, buscar o equilíbrio para a organização do sistema tributário no federalismo⁸⁷⁵.

Logo, nos limites impostos pela lei complementar, os Estados possuem plena competência na Ordem Constitucional de 1988 para promulgar leis relativas às finanças, orçamentos e arrecadação tributária próprios.

Posto isso, parte-se agora para a análise das competências impositivas em matéria tributária dos Estados no regime constitucional em vigor.

2.7.1. As Fontes de Receita dos Estados na Constituição Federal de 1988

Na linha da tradição histórica, a Constituição Federal de 1988 *“adotou dois mecanismos para assegurar às pessoas políticas autonomia financeira: a) a repartição das fontes de receita (arts. 145 a 156) e b) a repartição do produto da arrecadação (arts. 157 a 162),*

⁸⁷⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. *Federalismo, autonomia e discriminação de rendas*, p. 11/21. Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, *“toda política fiscal tem que ser flexível, a fim de facilmente adaptar-se às circunstâncias econômicas concretas, para amoldar-se às exigências da conjuntura e suas variações dinâmicas. A antinomia é patente: de um lado, a necessidade da rigidez constitucional da discriminação das rendas tributárias e da autonomia das entidades federadas e, de outro, a necessidade de política fiscal imprescindivelmente flexível e centralizada no regime de Estado intervencionista.”* (ibidem, p. 21). Até porque, não há como se falar em preservação das autonomias política e administrativa, se não for garantida a autonomia financeira dos Estados-membros (cf. LOBO, Rogério Leite. *Federalismo fiscal brasileiro: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa*, p. 68). No mesmo sentido, esclarece MIGUEL DELGADO GUTIERREZ: *“Conceder autonomia aos Estados-membros da Federação sem outorgar-lhes receita correspondente é o mesmo que reduzir a nada essa autonomia, pois os tornaria totalmente dependentes da União quanto ao recebimento de receitas e, por via de consequência, tornaria inviável o desempenho de suas funções específicas.”* (cf. GUTIERREZ, Miguel Delgado. *Repartições de receitas tributárias: a repartição das fontes de receita; receitas originárias e derivadas. A distribuição da competência tributária*. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*, p. 34).

sendo que ambos os mecanismos levam em consideração a forma de captação das receitas”⁸⁷⁶.

Na primeira forma de captação de recursos – “distribuição de fontes de receita” – cabe ao ente federativo diretamente arrecadar os recursos financeiros, que o fará por meio das suas competências tributárias de instituir e arrecadar suas próprias receitas⁸⁷⁷, aquelas previamente estabelecidas na Constituição Federal⁸⁷⁸.

A respeito dos tributos, vale lembrar que estes podem ser exclusivos de um ente federativo, ou então, que um mesmo tributo seja destinado, concomitantemente, para unidades da Federação de graus diversos – competência comum – e, ainda, pertencentes a um regime misto, quando coexistem competências privativas, com tributos próprios e competências comuns, com tributos cobrados por mais de um ente federativo⁸⁷⁹.

No que tange ao segundo mecanismo de repartição de receitas – “repartição do produto da arrecadação” – (arts. 157 a 162 da CF), fixou-se como regras para sua implementação: (i) a participação na arrecadação de tributo; e (ii) a participação em fundos.

Significa dizer então que a autonomia financeira de um ente federativo será assegurada não somente pela instituição e arrecadação dos tributos próprios, mas também mediante a distribuição de parte da renda auferida por outra unidade, seja na participação na arrecadação de determinado tributo, seja em fundos⁸⁸⁰. A participação indireta no produto da arrecadação foi estudada com profundidade por JOSÉ MAURÍCIO CONTI, na obra

⁸⁷⁶ A “repartição das fontes de receita” é o instrumento por meio do qual se distribuem as mais diversas fontes de receitas entre os entes da Federação, as quais podem estar fixadas previamente na Constituição, como é o caso do Brasil – “discriminação rígida de rendas” (cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*, p. 66). Sobre a repartição de rendas realizada pela Constituição de 1988, GILBERTO BERCOVICI aponta como grande problema a descentralização de receitas e competências ter sido realizada sem nenhum plano ou programa de atuação definido entre União e entes federativos (ibidem, p. 65-66). Ressalte-se que, segundo o autor, a única iniciativa mais programada do Poder Executivo federal consubstanciou-se na fracassada “operação desmonte” do Governo José Sarney, e que a partir daí o Governo Federal reagiu à perda de recursos, reduzindo ao máximo as transferências não obrigatórias e desguarnecendo as políticas sociais (ibidem, p. 66).

⁸⁷⁷ Cf. GAMA, Evandro Costa. A reforma tributária e a autonomia financeira das entidades subnacionais. In: CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal*, p. 143.

⁸⁷⁸ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 37.

⁸⁷⁹ Ibidem, loc. cit.

⁸⁸⁰ Ibidem, p. 37-38.

Federalismo fiscal e fundos de participação, cujo objetivo foi analisar os fundos de participação, figuras de fundamental importância no contexto do federalismo fiscal brasileiro como instrumento de manutenção do equilíbrio federativo ⁸⁸¹.

Por meio das formas de repartição indireta do produto da arrecadação, também segundo JOSÉ MAURÍCIO CONTI, é fundamental que o Estado Federal se organize a fim de manter a equidade entre seus membros, o que importa a adoção de medidas redistributivas⁸⁸². Sobre as medidas redistributivas, assim leciona SAMPAIO DÓRIA: “*a redistribuição de rendas, succionadas pela aparelhagem arrecadadora federal das regiões mais afluentes e bombeadas, através dos canais da despesa ou da mera transparência, para aquelas inaptas a gerá-las autonomamente, é imperiosa norma de política federativa*”⁸⁸³.

No que tange à repartição de receitas com base na participação na arrecadação de tributos – “participação direta na arrecadação” –, ela dá-se quando parte do tributo arrecadado por uma entidade federativa é destinada a outra entidade ⁸⁸⁴. Significa dizer, então, que aquele ente federativo competente pela instituição e arrecadação de determinado tributo é ainda responsável pela destinação de parte da arrecadação para outro ente⁸⁸⁵.

⁸⁸¹ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 1.

⁸⁸² Ibidem, p. 31. Para ilustrar, o autor cita uma região desértica que, mesmo possuindo boa arrecadação – do petróleo, *e.g.* –, precisa de mais recursos para se desenvolver e manter o padrão de vida adequado a seus habitantes. No Brasil, uma forma das transferências governamentais são os fundos de participação, uma vez que o artigo 161, inciso II, da Constituição Federal determina que estes têm como objetivo “*promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e municípios*” (ibidem, loc. cit.).

⁸⁸³ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*, p. 157-160.

⁸⁸⁴ Cf. CONTI, José Maurício. *Op. cit.*, p. 38.

⁸⁸⁵ Cf. GAMA, Evandro Costa. A reforma tributária e a autonomia financeira das entidades subnacionais. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*, p. 144.

2.7.1.1 Participação Direta dos Estados na Arrecadação na Constituição Federal de 1988

Conforme salientado, a repartição de receitas com base na participação na arrecadação de tributos – “participação direta na arrecadação” –, dá-se quando parte do tributo arrecadado por uma entidade federativa é destinada a outra entidade⁸⁸⁶, ficando o ente federativo que detém a competência tributária com a responsabilidade de instituir, fiscalizar e arrecadar o tributo, bem como destinar a parte devida da arrecadação para outro ente⁸⁸⁷.

Já no tocante à repartição direta do produto da arrecadação, tem-se que o artigo 157 da Constituição Federal determina pertencerem aos Estados⁸⁸⁸ (i) o produto da arrecadação do Imposto de Renda (IR) incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; e (ii) 20% do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício de sua competência residual.

Da mesma forma, o texto constitucional determina que, do produto da arrecadação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), 10% pertencem aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados, bem como 29% do produto da arrecadação da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico prevista no artigo 177, § 4º, da Constituição Federal.

As transferências de receitas decorrentes desse tipo de participação direta na arrecadação de tributos de outros entes, uma vez fundada em normativa constitucional, faz parte da autonomia financeira dos membros da federação, pois os repasses possuem caráter obrigatório.

⁸⁸⁶ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 38.

⁸⁸⁷ Cf. GAMA, Evandro Costa. *A reforma tributária e a autonomia financeira das entidades subnacionais*. In: CONTI, José Maurício (Org.). Op. cit., p. 144.

⁸⁸⁸ Não faz parte do objeto do presente trabalho a análise dos repasses de tributos estaduais e federais aos Municípios.

2.7.1.2. Participação Indireta na Arrecadação dos Estados na Constituição de 1988

A repartição de receitas baseada na participação em fundos – “participação indireta na arrecadação” – ocorre no momento em que parcelas dos tributos recolhidos são destinados à criação de fundos, cujos recursos serão distribuídos aos seus beneficiários, de acordo com os critérios previamente estabelecidos⁸⁸⁹. Trata-se do (i) Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e (ii) do Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

Referidos fundos funcionam como instrumento de redistribuição de recursos na Federação, com o propósito de promover a equalização fiscal e a redução dos desequilíbrios horizontais (entre Estados).

Existem ainda, disposto no artigo 159 da Constituição Federal, os Fundos de aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das regiões Norte (FCN), Nordeste (FNE) e Centro-Oeste (FCO). No mais, podem-se destacar o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FCEP), entre outros.

O FPE, previsto no artigo 159, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, constitui-se por receitas oriundas dos impostos federais sobre a renda e sobre produtos industrializados. A distribuição dos recursos desse Fundo privilegia, em um primeiro momento, regiões historicamente menos desenvolvidas – Norte, Nordeste e Centro-Oeste –, na sequência, divide-se de acordo com (i) a superfície territorial; (ii) a população; e (iii) a renda *per capita* de cada Estado, conforme critérios estabelecidos nos artigos 88 a 90 do Código Tributário Nacional (CTN)⁸⁹⁰. Atualmente, compreendem 21,5% da arrecadação líquida do IR e do IPI, sendo o valor arrecadado distribuído pelo Banco do Brasil.

⁸⁸⁹ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 38.

⁸⁹⁰ Embora não seja objeto do presente estudo, cumpre ressaltar que o STF declarou a inconstitucionalidade de todo o artigo 2º da Lei Complementar nº 62/1989, que define os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do DF (FPE), por meio das ADIs ajuizadas pelo Rio Grande do Sul (ADI 875), Mato Grosso e Goiás (ADI 1.987), Mato Grosso (ADI 3.243) e Mato Grosso do Sul (ADI 2.727).

Por sua vez, o FPM, constante do artigo 159, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal, compõe-se das receitas advindas dos impostos federais sobre a renda e sobre produtos industrializados, distribuídos de acordo com os critérios previstos em legislação infraconstitucional, sendo essa repartição de suma importância para os Municípios⁸⁹¹. Nos dias atuais, é constituído por 22,5% da arrecadação líquida do IR e do IPI, além de 1%, a ser entregue no primeiro decênio do mês de dezembro de cada ano⁸⁹².

Note-se que a repartição é feita de acordo, também, com os critérios elencados no artigo 91 do CTN, levando em consideração os Municípios regularmente instalados, com base nos dados oficiais de população produzidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁸⁹³.

No que tange aos Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, os quais têm como “*objetivo contribuir para o desenvolvimento econômico e social de referidas regiões, mediante a execução de programas de financiamentos aos setores produtivos, em consonância com os respectivos planos regionais de desenvolvimento*”⁸⁹⁴, atinge como beneficiários os produtores e empresas, pessoas físicas e jurídicas, cooperativas de produção, que desenvolvem atividades produtivas nos setores agropecuário, mineral, industrial e agroindustrial. Sua fonte corresponde a 3% da arrecadação do IR e do IPI, e sua aplicação tem como objetivo reduzir desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF).

O Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FCEP) foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 31/2000, com o fim de vincular recursos para viabilizar políticas públicas

⁸⁹¹ Cf. CONTI, José Maurício. Federalismo fiscal e a repartição das receitas tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 198-199. Para JOSÉ MAURÍCIO CONTI, “*O FPM tem como fontes de receita 22,5% do que for arrecadado pela União com os impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados (CF, art. 159, I, b). Este percentual é aplicado sobre a receita líquida, que é obtida a partir da arrecadação total dos referidos impostos, deduzidas as restituições e os incentivos fiscais. A Emenda Constitucional n. 55, de 2007, acrescentou a esse montante o valor de mais 1%, a ser entregue no primeiro decênio do mês de dezembro de cada ano.*” (ibidem, loc. cit.).

⁸⁹² Emenda Constitucional nº 55/2007.

⁸⁹³ Cf. CONTI, José Maurício. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coords.). *Op. cit.*, p. 200.

⁸⁹⁴ Ibidem, p. 202.

e financiar ações suplementares de nutrição, educação, habitação, saúde, bem como reforçar a renda das famílias consideradas abaixo da linha de pobreza. Sua fonte de arrecadação advém de parte do IPI e dos recursos do fundo de desestatização e dotações orçamentárias. No mais, ressalta-se ser facultado aos Estados e Municípios instituírem seus próprios fundos de combate à pobreza, cuja receita virá de um acréscimo de 2% na alíquota do ICMS sobre produtos e serviços superfluos e de um acréscimo de 0,5% na alíquota de Imposto sobre Serviços (ISS) sobre os mesmos serviços, respectivamente⁸⁹⁵.

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), criado por meio da Emenda Constitucional nº 53/2006, com o intuito de promover o ensino de Educação Infantil, Fundamental e Médio, possui “caráter cooperativo”⁸⁹⁶, o qual *“permite uma distribuição mais adequada em função de seus objetivos, e estimula a municipalização desse serviço, aproximando-o do usuário. Além disso, mecanismos que asseguram a complementação pela União, com vistas a manter um valor mínimo por aluno, permitem equalizar a qualidade do atendimento à população, evitando indesejadas distorções nesse serviço público da mais alta relevância”*⁸⁹⁷.

Referidos fundos serão geridos pelo Tribunal de Contas da União, responsável pelo cumprimento das diretrizes e determinações previamente traçadas na Constituição Federal. A distribuição dos recursos destinados ao FPE está regulada pela Lei Complementar nº 62/1989⁸⁹⁸.

Passa-se, a seguir, à análise das transferências de cunho voluntário, que também são objeto de disposições constitucionais.

⁸⁹⁵ Cf. CONTI, José Maurício. Federalismo fiscal e a repartição das receitas tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito tributário*, p. 203.

⁸⁹⁶ Ibidem, p. 204. À medida que, para JOSÉ MAURÍCIO CONTI, *embora regulado por meio de legislação federal, utiliza-se de recursos que já pertencem a Estados e Municípios, sendo formado por receitas oriundas da arrecadação dos impostos estaduais, de parcelas de recursos de Estados e Municípios provenientes de transferências intergovernamentais obrigatórias da União, além de recursos federais que podem complementar a composição das receitas dos Fundos.*” (ibidem, loc. cit.).

⁸⁹⁷ Ibidem, loc. cit.

⁸⁹⁸ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 88.

2.7.1.3. As Transferências Voluntárias na Constituição Federal de 1988

A despeito das transferências intergovernamentais⁸⁹⁹, registre-se que no ordenamento jurídico pátrio, sob o critério da *discrecionariiedade*, estas podem ser de caráter obrigatório, ou então *revenue-sharing arrangements*⁹⁰⁰, isto é, deverão ser cumpridas de plano pelos entes federativos detentores da arrecadação, porquanto cumprem os ditames constitucionais⁹⁰¹, distribuindo-se aqueles recursos para o beneficiário consoante critério previamente estabelecido.

Existem ainda, do ponto de vista do critério da *discrecionariiedade*, as transferências voluntárias ou *grants*, por meio das quais se distribuem as receitas sem obedecer critérios rígidos legais. Trata-se de “*componentes do processo orçamentário dos governos de nível superior – federal e estadual – que derivam, portanto, da lógica desse processo, em princípio sem qualquer correlação com os fluxos das transferências legais. As transferências discricionárias são definidas a cada processo orçamentário e resultam de negociações entre autoridades centrais e governos sub-nacionais e seus representante no parlamento; em tese, deveriam ser utilizados para complementar e auxiliar as transferências regulamentadas ou estruturais, por apresentarem maior flexibilidade em situações excepcionais de curto prazo, em que há pressão sobre a estrutura de*

⁸⁹⁹ Cf. GOMES, Émerson C. S. Fundamentos das transferências intergovernamentais. *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo, ano II, n. 24, dez. 2007, p. 70. Para ÉMERSON GOMES, “*Repasses de recursos financeiros entre entes descentralizados de um Estado, ou entre estes e o Poder Central, com base em determinações constitucionais, legais ou, ainda, em decisões discricionárias do órgão ou entidade concedente, com vistas ao atendimento de determinado objetivo genérico (tais como a manutenção do equilíbrio entre encargos e rendas ou do equilíbrio inter-regional) ou específico (tais como a realização de um determinado investimento ou a manutenção de padrões mínimos de qualidade em um determinado serviço prestado).*” (ibidem, loc. cit.).

⁹⁰⁰ Cf. TER-MINASSIAN, Teresa. Intergovernmental fiscal relations in a macroeconomic perspective: an overview. In: TER-MINASSIAN, Teresa (Ed.). *Fiscal federalism in theory and practice*. Washington: International Monetary Fund, 1997. p. 11.

⁹⁰¹ Cf. GAMA, Evandro Costa. A reforma tributária e a autonomia financeira das entidades subnacionais. In: CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal*, p. 144.

financiamento tal como definida pelas receitas próprias acrescidas das transferências legais”⁹⁰².

Ademais, do ponto de vista dos recursos (vinculação), as transferências podem ter caráter (i) não vinculatório (ou incondicionais), já que as unidades federativas poderão receber os recursos com autonomia para administrá-los – *e.g.*: Fundos de participação dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios; e (ii) vinculatório (ou condicionado) – regra, cujos repasses dos recursos estão vinculados a uma destinação específica – *e.g.*: Fundos de Financiamento das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste⁹⁰³.

Consoante assevera EZEQUIEL ANTONIO RIBEIRO BALTHAZAR, esse método adotado pela Constituição de 1988 tem “*um papel significativo como instrumento para assegurar a autonomia financeira das unidades da federação. Têm a finalidade de reduzir desigualdades e promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes da Federação*”⁹⁰⁴.

Ora, as transferências intergovernamentais podem garantir o equilíbrio financeiro adequado entre as diversas esferas dos entes federativos ⁹⁰⁵, bem como corrigir as desigualdades regionais existentes entre eles, o que atende ao preceito estipulado no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal, viabilizando a prestação de serviços, os quais não poderiam ser prestados na hipótese de se contar apenas com a arrecadação de fontes próprias⁹⁰⁶.

⁹⁰² Cf. PRADO, Sérgio; QUADROS, Waldemir; CAVALCANTI, Carlos Eduardo. *Partilha de recursos na federação brasileira*. São Paulo: FUNDAP, 2003. p. 23-24. (Referidos autores classificam os fundos de acordo com sua função primordial – devolução tributária, transferência compensatória, transferência redistributiva e transferência discricionária).

⁹⁰³ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 40/76.

⁹⁰⁴ Cf. BALTHAZAR, Ezequiel Antonio Ribeiro. Fundos constitucionais como instrumento de redução das desigualdades regionais na federação. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*, p. 106.

⁹⁰⁵ Cf. CONTI, José Maurício. Federalismo Fiscal e repartição das receitas tributáveis. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito tributário*, p. 191. De acordo com JOSÉ MAURÍCIO CONTI, “*A repartição do produto da arrecadação, com métodos vários de operacionalizar transferências intergovernamentais, permite ajustar a distribuição dos recursos de modo a mitigar as imperfeições do sistema e aperfeiçoá-lo, propiciando maior equidade e eficiência na partilha dos recursos, corrigindo-se os desequilíbrios verticais e horizontais existentes na Federação.*” (ibidem, loc. cit.).

⁹⁰⁶ Cf. PIETRO, Juliano Di. Repartição das receitas tributárias: a repartição do produto da arrecadação. As transferências intergovernamentais. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*, p. 82/88.

Entretanto, as transferências mencionadas não podem ser consideradas como parte indissociável da autonomia financeira dos entes federativos beneficiados, uma vez que a existência delas decorre de ato discricionário do ente transferidor, não possuindo assim referida fonte de receita a característica de independência.

2.7.1.4. As Competências Tributárias dos Estados na Constituição Federal de 1988

Como será adiante analisado⁹⁰⁷, não são poucos os que entendem que a atribuição de competências tributárias privativas dos entes subnacionais é fundamental para a existência autonomia financeira dos entes federativos. Em que pese haver um grande debate a respeito desta questão, tem-se como certa ao menos que a existência de competências tributárias próprias é a mais autônoma das fontes de receita, haja vista o seu caráter independente.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 representa grandes avanços em relação ao regime anterior, acrescentando à competência tributária reservada aos Estados importantes fontes de arrecadação⁹⁰⁸, o que determinou à época uma desconcentração da arrecadação tributária da União Federal⁹⁰⁹.

⁹⁰⁷ Cf. Capítulo 4, item 4.2.

⁹⁰⁸ Cf. HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*, p. 407. No magistério de RAUL MACHADO HORTA, a exótica partilha de competências oferecida à Federação brasileira pelos Constituintes de 1988 “introduziu o federalismo brasileiro [...] no grupo integrado pelo federalismo canadense, austríaco, alemão e indiano” (ibidem, loc. cit.).

⁹⁰⁹ Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 22. Já desde a Constituição de 1946 pode-se observar um crescimento da Autonomia dos Estados, principalmente pelo incremento de sua Autonomia financeira. Além da competência privativa para instituir impostos (art. 19), tinham também participação nos impostos federais (art. 15, §§ 2º e 4º) (ibidem, loc. cit.). Também na lição de Alcides Jorge Costa, “a desconcentração, no entanto, começou já a partir da década de 1970, e a Constituição de 1988 levou isso mais a diante, o que faz com que a participação da União no ‘bolo geral’ tenha diminuído e, conseqüentemente, tenha aumentado a dos Estados e Municípios” (cf. COSTA, Alcides Jorge. *A nova ordem constitucional – aspectos polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 16). Essa ideia predominante fez que a Constituição atualmente vigente seja considerada como a que confere maior autonomia para os Estados, especialmente sob o aspecto financeiro, embora não tão significativo quanto o

Entretanto, por diversos motivos de índole econômica e política, tem-se discutido nas últimas décadas sobre a necessidade de se modificarem as competências tributárias dos Estados, com os objetivos de simplificação e solução de problemas decorrentes de disputas entre os membros federativos. Nesse sentido, sendo o objeto do presente trabalho a análise dos limites constitucionais de alteração das competências tributárias dos Estados, cabe aqui uma análise preliminar das principais características das competências estaduais para arrecadação tributária.

A despeito das competências delegadas pela Constituição de 1988 aos Estados para instituir tributos⁹¹⁰ no bojo do artigo 155, tem-se os seguintes impostos: (i) Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA); (ii) Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doações de quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD); e (iii) Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).

O Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) está previsto no artigo 155, inciso III, da Constituição Federal, dispondo o texto constitucional que qualquer regulação acerca de seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes deverá ser feita por meio de Lei Complementar.

De fato, inexistente Lei Complementar que o regule, de modo que seus limites foram estabelecidos, individualmente, pelo ente federativo, nos moldes do Código Tributário Nacional⁹¹¹. Diante disso, muitas são as controvérsias que permeiam o tema, como, *e.g.*, (i) a extensão do tema “veículo automotor” para efeitos da incidência do imposto; (ii) sucessão de contribuintes; (iii) incidência das alíquotas; (iv) imunidade; e (v) guerra fiscal.

encontrado em outros países (cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 23).

⁹¹⁰ Além disso, os Estados também podem instituir as contribuições sobre salários de seus servidores destinadas a custear os sistemas próprios de previdência e assistência social (art. 149, parágrafo único), bem como a competência para a criação e cobrança de taxas e contribuições de melhoria. Tais espécies tributárias têm como característica principal a existência de sinalagma.

⁹¹¹ Cf. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Direito tributário e financeiro*. 2. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 177.

O artigo 155, inciso III, da Constituição Federal, determina como critério material desse imposto a propriedade de veículo automotor de qualquer espécie⁹¹², localizado em qualquer dos Estados ou Distrito Federal, recaiando a base de cálculo do IPVA sobre o valor venal do veículo, estabelecido pelo Estado que instituiu o imposto, sendo seu contribuinte (sujeito passivo) o proprietário deste⁹¹³, e a alíquota mínima deverá ser fixada pelo Senado Federal (art. 155, § 6º) e serão aplicadas de acordo com o veículo e o tipo de combustível utilizado.

A se considerar que essas alíquotas mínimas ainda não foram fixadas, caberá aos Estados fixarem livremente os valores, conforme entenderem pertinente, o que, “à evidência, *acentua a Guerra Fiscal*⁹¹⁴ entre eles em relação ao IPVA”⁹¹⁵.

A despeito de o contribuinte possuir comprovadamente⁹¹⁶ dois ou mais domicílios⁹¹⁷, em Estados diferentes, não existe disposição legal que obste o licenciamento do(s) seu(s)

⁹¹² O STF já se pronunciou afirmando que não incide IPVA sobre embarcações ou aeronaves (RE 255.111, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, e outros no mesmo sentido).

⁹¹³ Há quem afirme que, em se tratando de veículo adquirido com alienação fiduciária em garantia, o contribuinte é a instituição financeira credora, até que ocorra a quitação.

⁹¹⁴ Assiste razão a TIAGO LANDI SIMÕES, ao assim se manifestar: “*Seja qual for a teoria adotada, é inevitável reconhecer que a atual conjuntura legal favorece a guerra fiscal e enquanto não fixadas as alíquotas mínimas pelo Senado Federal, nos termos do artigo 155, § 6º, da Constituição da República, e não editada Lei Complementar que regule o IPVA em nível nacional, os embates entre os Estados continuarão a existir*” (cf. SIMÕES, Tiago Landi. O critério espacial do IPVA e a guerra fiscal entre os Estados. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 4, n. 1, jan./abr./2009, p. 182).

⁹¹⁵ Cf. LOCATELLI, Soraya David Monteiro. Imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito tributário*, p. 597. Muito embora a sua participação percentual na arrecadação dos Estados não seja majoritária, é notável o crescimento das frotas de veículos automotores, o que fomenta ainda mais a guerra fiscal ora debatida (cf. QUINTANS, Alexandre Duarte. *Evolução da receita do IPVA nos estados brasileiros*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/30724#0.1_01000004>. Acesso em: 5 dez. 2012).

⁹¹⁶ Cf. SIMÕES, Tiago Landi. Op. cit., p. 182. Destaca TIAGO LANDI SIMÕES que “*o que se testemunha atualmente são casos flagrantes de fraude ao fisco estadual, em que os contribuintes declaram falso domicílio em outro Estado que não o seu de origem para se beneficiar das baixas alíquotas. Como já enfatizado anteriormente, tal atitude configura infração administrativa passível de multa e que pode ensejar, inclusive, a cobrança pelo Estado prejudicado pela fraude*” (ibidem, loc. cit.).

⁹¹⁷ Consoante destacado no artigo de PRISCYLA COSA, para RAUL HAIDAR, domicílio para fins de cobrança do IPVA, justamente para evitar a evasão fiscal, “*deve ser considerado o local onde o cidadão apresenta a declaração de imposto e mantém sua principal fonte de renda. A Fazenda tem condições de cruzar esses dados, na hora de cobrar o que acha devido. E por isso as notificações do IPVA chegam para os motoristas*” (cf. COSA, Priscyla. *Governo de São Paulo cobra R\$ 80 mil em IPVA de Rogério Ceni*. *Consultor Jurídico*, São Paulo, nov. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-nov-27/governo_sao_paulo_cobra_80_mil_ipva_rogerio_ceni>. Acesso em: 10 dez. 2012). ROBERTO

veículo(s) em qualquer deles, ainda que naquele cuja alíquota seja menor⁹¹⁸.

Abrem-se parênteses para ressaltar, a título de informação, que a arrecadação total do IPVA entre os Estados, conforme esclarece o Ministério da Fazenda, no período entre dezembro de 2011 e setembro de 2012, alcançou pouco mais de R\$ 22 bilhões⁹¹⁹.

Com efeito, verifica-se que o IPVA é um imposto patrimonial e de caráter real, já que incide apenas e tão somente sobre um bem, cuja propriedade é o único fato considerado pelo legislador para fins de tributação⁹²⁰.

PASQUALIM, posicionando-se em sentido contrário, aduz que “*domicílio pode ser considerado o local onde a pessoa mora, ou tem intenção de permanecer. A intenção tem caráter subjetivo, logo o conceito de residência não pode ser levado ao pé da letra. [...] é apenas o domicílio que justifica o pagamento do imposto, e não o local onde circula o carro*” (cf. COSA, Priscyla. Op. cit.).

⁹¹⁸ Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. O IPVA e os direitos dos contribuintes, p. A9. De todo modo, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS preconiza ser descabida a cobrança do IPVA com base no local de domicílio do contribuinte, já que o automóvel é um bem que poderá ser utilizado em todo o território nacional, justamente por se tratar de um bem destinado à locomoção. (cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. O IPVA e os direitos dos contribuintes. *Gazeta Mercantil*, 12 dez. 2007, p. A9). No mesmo sentido é a posição de YOSHIKI ICHIHARA: “*No aspecto espacial, a lei instituidora deste imposto tem aplicação nos respectivos Estados, atingindo todos os contribuintes (proprietários de veículo automotor) com veículo registrado na repartição competente no território do Estado. Não há exigência de que o proprietário tenha residência ou domicílio no Estado, uma vez que alguém residente no Rio de Janeiro poderá possuir veículo em São Paulo ou vice-versa. Inexiste a possibilidade de ter que pagar dois impostos sobre a Propriedade de Veículo Automotor sobre o mesmo fato gerador. Não há condições de um veículo que pagou o IPVA num Estado, com a transferência para outro Estado e no mesmo exercício, ter de pagar novamente o imposto.*” (cf. ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito tributário na nova Constituição*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 144).

⁹¹⁹ Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/confaz/boletim/Valores.asp>>. Acesso em: 5 dez. 2012.

⁹²⁰ Cf. MARTINS, Rogério Gandra da Silva. *Curso de direito tributário*. Coordenação de MARTINS, Ives Gandra da Silva. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 831. Para IVES GANDRA, “*o IPVA, além de ser um imposto patrimonial, é um imposto real e não pessoal. Nos impostos reais apenas se leva em conta para fins de tributação determinado bem individualmente considerado. Não se considera a pessoa do sujeito passivo nem a totalidade de seu patrimônio ou renda, mas unicamente o bem tributado. Sempre que determinada manifestação de riqueza individualizada em um bem for regulada pela norma tributária, há um imposto real e não um imposto de caráter pessoal.*” (ibidem, p. 831). Ademais, trata-se de imposto de natureza fiscal – objetiva arrecadação de recursos financeiros para os Estados e Municípios. (cf. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 326). e, justamente por isso, não poderia haver diferenciação tributária (tratamento tributário distinto) entre bens e serviços em razão da procedência ou destino do bem. Conforme destaca ROBERTO FERRAZ, “*3.1. Ainda que exista uma forte tendência a dar por legítimas as distinções feitas pelo Executivo pelo Legislativo como sendo atinentes às competências desses Poderes, especialmente no que diz com a tributação, é preciso atentar ao fato de que a Constituição veda discriminações que não sejam baseadas em seu próprio texto. Ao fazer alguma distinção, o Legislador haverá de observar que a ‘finalidade escolhida haverá de ser uma das constitucionalidades indicadas como formadoras do bem comum’, não podendo arrogar-se o direito de escolher rumos para a economia que tenham sido eleitos pelo texto constitucional. Uma escolha fundamental da Constituição, no tocante à tributação, e, conseqüentemente, à política fiscal é a generalidade e universalidade da tributação (cf. Art. 153, § 2º, I, da CF). Mesmo que a referência positiva específica seja relativa ao imposto sobre a renda, esses princípios são informadores de todo o sistema tributário e exigem sua natural consequência,*

Por sua vez, o artigo 155, I e § 1º, reserva a competência tributária do ITCMD aos Estados, cujo critério material de incidência é “a transmissão, a causa morte ou por doação, de quaisquer bens ou direitos”⁹²¹. Assim, quando se trata de transmissão⁹²² *causa mortis*, a incidência tributária ocorre com a abertura da sucessão⁹²³, que se dá com o falecimento⁹²⁴ do indivíduo a quem pertenciam os bens ou direitos, cujo domínio ou posse da herança transmite-se aos herdeiros legítimos e testamentários⁹²⁵. No que se refere à doação, caracterizada como um contrato a título gratuito por meio do qual o indivíduo, por mera liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens a outrem, que os aceita⁹²⁶, o critério temporal ocorre na data da transferência dos bens⁹²⁷.

Note-se que, em se tratando de transmissão de bens imóveis ou direitos, o imposto será devido ao Estado da situação do bem e, no caso de bem móvel ou título de crédito, ao Estado onde for processado o inventário ou arrolamento de bens, ou, ainda, onde tiver domicílio o doador. Por sua vez, “Quando a residência ou o domicílio do doador, ou do de cujus, localizar-se no exterior, ou o inventário for processado no exterior, caberá à lei

que se evite dirigismos fiscais.” (cf. FERRAZ, Roberto. Aspectos controvertidos do IPVA. *RDDT*, São Paulo: Dialética, n. 71, fev. 2005, p. 113).

⁹²¹ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 344.

⁹²² Cf. RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Imposto sobre a transmissão de bens ou direitos a eles relativos – *causa mortis* e doações (ITCMD). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito tributário*, p. 529. Entende-se por transmissão, “a passagem jurídica da propriedade ou de bens e direitos de uma pessoa para outra, seja *causa mortis*, seja por sucessão e doação” (ibidem, loc. cit.).

⁹²³ Cf. TREVIZAN, C. A. B. A regra matriz constitucional do ITCMD: imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos. In: II CONCURSO SINAFRESP DE MONOGRAFIAS. Textos de monografias relacionados à área tributária e fiscal. São Paulo. *Anais...* São Paulo, 2006. p. 354. Ressalte-se que há que se falar em incidência do imposto até mesmo quando há morte presumida, quando se abre a sucessão (Súmula 331 do STF, de 1963).

⁹²⁴ Cf. FERNANDEZ, Regina Celi Pedrotti Vespero. *Imposto sobre transmissão causa mortis e doação, ITCMD*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 80.

⁹²⁵ Artigo 1.784 do Código Civil.

⁹²⁶ Cf. MORRIS, Amanda Zoe. *Doação em direito civil – direito dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3, p. 279.

⁹²⁷ Cf. FERNANDEZ, Regina C. Pedrotti Vespero. Op. cit., p. 99.

complementar a fixação da competência para instituição do imposto (art. 155, § 1º, III).”⁹²⁸.

A base de cálculo nos casos de transmissão é estabelecida tomando-se como parâmetro, em rigor, os valores para efeito do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) e do Imposto Territorial Rural (ITR). A alíquota é livremente estabelecida pelo Estado competente, desde que não exceda o limite fixado em resolução do Senado Federal; a alíquota máxima também será fixada pelo Senado Federal – atualmente está no patamar de 8%⁹²⁹.

A exemplo do IPVA, saliente-se, tão somente a título de informação, que, para o mesmo período entre dezembro de 2011 e setembro de 2012, nos Estados brasileiros, o ITCMD arrecadou o valor total de R\$ 2 bilhões⁹³⁰.

Por fim, tem-se o tributo de maior importância para os Estados, o ICMS, que por sua complexidade merece uma análise mais detida.

2.7.1.4.1. ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação

Como notado por MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI, a Constituição Federal de 1988 manteve um padrão histórico na Federação brasileira de que “*os Estados alimentarão as suas burras, tradicionalmente, com impostos sobre o consumo (vendas e consignações,*

⁹²⁸ Cf. TOSE, Fernanda Silva. *Receita pública: impostos estaduais*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1283>. Acesso em: 5 dez. 2012.

⁹²⁹ De acordo com o artigo 155, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal, a Resolução do Senado nº 9/1992 estabelece a alíquota máxima atualmente em vigor para o ITCMD.

⁹³⁰ Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/confaz/boletim/Valores.asp>>. Acesso em: 5 dez. 2012.

depois, operações de circulação de mercadorias)”⁹³¹, sendo o ICMS “o maior e mais produtivo tributo da América Latina”⁹³².

Assim, o Constituinte de 1988 decidiu manter o maior tributo sobre o consumo do País na competência privativa dos Estados, acrescentando ainda à sua base de incidência os fatos geradores dos antigos impostos sobre minerais, energia elétrica, combustíveis, serviços de transporte e de comunicação⁹³³, garantindo uma ampla base de arrecadação.

A propósito desse tributo, saliente-se, a exemplo do informado sobre outros impostos, que, de acordo com o Ministério da Fazenda, os Estados do Brasil arrecadaram, entre dezembro de 2011 e setembro de 2012, mais de R\$ 200 bilhões com o ICMS, sendo somente em São Paulo mais de R\$ 43 bilhões⁹³⁴.

Logo, estando o tributo mais produtivo do País repartido entre os Estados⁹³⁵, sua análise é fundamental para determinar as bases da Autonomia financeira dos Estados na Federação brasileira⁹³⁶. Para tanto, resta preliminarmente necessária a análise, ainda que breve, dos critérios materiais de sua incidência e como a competência tributária sobre estes foi dividida entre os Estados e o legislador complementar.

⁹³¹ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. Federalismo, estado democrático de direito e imposto sobre o consumo. *Revista de Direito Tributário*, n. 75, p. 203. Isso se deve ao fato de que, como visto, desde a década de 1950 os tributos sobre o consumo têm sido os de maior relevância na arrecadação estadual.

⁹³² Ibidem, p. 205.

⁹³³ Artigo 22, incisos VII, VIII, IX e X, da Constituição de 1967.

⁹³⁴ Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/confaz/boletim/Valores.asp>>. Acesso em: 5 dez. 2012.

⁹³⁵ De acordo com o Ministério da Fazenda, para o ano de 2011, os Estados-membros arrecadaram mais de R\$ 302 bilhões. (Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/confaz/boletim/Valores.asp>>. Acesso em: 7 dez. 2012.) Em contrapartida, arrecadou-se de IPVA e ITCMD, para o mesmo ano, pouco mais de, respectivamente, R\$ 24 bilhões e R\$ 2 bilhões.

⁹³⁶ Além de ser a principal fonte de arrecadação dos Estados, o ICMS ainda é de vital relevância para muitos Municípios, uma vez que nos termos do artigo 158, IV, da Constituição Federal estes recebem 25% do produto da arrecadação do ICMS pelos Estados.

2.7.1.4.1.1. Os Critérios Materiais da Regra Matriz de Incidência do ICMS

A doutrina não é uniforme no que tange à concordância para quantos podem ser os aspectos materiais do ICMS⁹³⁷. ROQUE ANTONIO CARRAZZA, afirma que o ICMS engloba pelo menos cinco impostos diferentes⁹³⁸, enquanto PAULO DE BARROS CARVALHO indica que são apenas três as regras matrizes do ICMS⁹³⁹ e, ainda, há doutrinadores que defendem a existência de quatro tributos abrangidos pela sigla “ICMS”⁹⁴⁰.

O presente estudo adotará a abordagem de ROQUE ANTONIO CARRAZZA, por ser mais ampla, apenas para traçar linhas gerais acerca do critério material de incidência do ICMS, nos seus aspectos materiais.

⁹³⁷ Interessante notar que o artigo 23, inciso II, da Constituição de 1967 já se referia a “impostos” ao estabelecer a competência tributária do ICM para os Estados, em que pese os parágrafos 4º, 5º, 6º e 7º mencionarem o singular “imposto”.

⁹³⁸ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 37-38. Ainda, para o autor, o ICMS pode ser dividido em “a) o imposto sobre operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias), que, de algum modo, compreende o que nasce da entrada, na Unidade Federada, de mercadorias importadas do exterior; b) o imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) o imposto sobre serviços de comunicação; d) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica; e e) o imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais. Dizemos diferentes, porque estes tributos têm hipóteses de incidência e bases de cálculo diferentes. Há, pois, pelo menos cinco núcleos distintos de incidência de ICMS.” (ibidem, loc. cit.).

⁹³⁹ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noesis, 2008. p. 645. Consoante PAULO DE BARROS CARVALHO, “*Vejamos os três antecedentes normativos que a legislação constitucional consagra para, de seguida, tratarmos dos consequentes: a) realizar operações relativas à circulação de mercadorias; b) prestar serviços de comunicação, mesmo que se iniciem no exterior, prestações essas que deverão concluir-se ou ter início dentro dos limites territoriais dos Estados ou do Distrito Federal, identificadas as prestações no instante da execução, da geração ou da utilização dos serviços correspondentes; c) prestar serviços de transporte interestadual ou intermunicipal.*” (ibidem, loc. cit.).

⁹⁴⁰ Cf. BERGAMINI, Adolpho. *ICMS*. São Paulo: Fiscosoft, 2012. p. 75. (Coleção Curso de tributos indiretos, v. 1). Para ADOLPHO BERGAMINI, “são quatro os tributos abrangidos pela sigla ‘ICMS’: (a) imposto sobre circulação de mercadorias, que a meu ver comporta os itens [...] ‘citados por Carraza; (b) imposto sobre importação de bens; (c) imposto sobre transporte interestadual e intermunicipal; (d) imposto sobre comunicação.’” (ibidem).

2.7.1.4.1.2. ICMS sobre Operações de Circulação de Mercadorias

O primeiro critério material do ICMS são as “operações de circulação de mercadorias”. Para se entender o conceito, é necessária a análise dos conceitos dos termos “operação”, “circulação” e “mercadoria”⁹⁴¹.

Como visto, referido critério material foi internalizado no ordenamento brasileiro com a Emenda Constitucional nº 18/1965, ao criar o ICM tendo como critério material as “operações relativas a circulação de mercadorias”. À época, objetivava-se criar um grande imposto sobre o consumo, com abrangência mais ampla do que o antigo IVC, restrito aos negócios jurídicos de vendas e consignações.

A propósito dessa questão, logo que se iniciou a cobrança do referido imposto foi travado o embate sobre a abrangência desse critério material, posicionando-se a doutrina entre os defensores do critério amplo de circulação e os defensores de um critério mais restrito. Para os primeiros – entre os quais se incluíam todos os fiscos estaduais –, a simples saída física de mercadorias de um estabelecimento seria suficiente para se enquadrar no conceito constitucional, e *“pouco importava a razão da saída da mercadoria; para que o imposto se tornasse devido era suficiente que a mercadoria saísse do estabelecimento”*⁹⁴² (critério da saída física). Assim, a incidência do imposto ocorreria até sobre o furto, a conferência para integralização de capital, entre outras⁹⁴³.

Por outra via, quase simultaneamente formou-se um grande movimento doutrinário que se opunha à ideia da incidência apenas sobre a saída física da mercadoria, por entender que o conceito de “operações relativas à circulação de mercadorias” se restringiria à existência de

⁹⁴¹ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*, p. 39. De acordo com ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “os conceitos de “operação”, “circulação” e “mercadorias” se interligam e complementam, de modo que os três não se apresentam, no caso concreto, não há falar, sequer em tese, em incidência do gravame” (ibidem, p. 39).

⁹⁴² Cf. COSTA, Alcides Jorge. *O ICM na Constituição e na lei complementar*, p. 71.

⁹⁴³ Sobre a divergência doutrinária à época, ALCIDES JORGE COSTA apresenta uma clara síntese, mostrando inclusive a influência do conceito geral de circulação de CARNELUCCI em seu clássico *Teoria Giuridica della Circolazione* (cf. COSTA, Alcides Jorge. Op. cit., p.79 e ss.)

um negócio jurídico, que afetaria a posse e propriedade da mercadoria (critério da saída jurídica)⁹⁴⁴.

O referido embate ocorre ainda na atualidade, sendo o entendimento adotado pelas fiscalizações estaduais o da abrangência pelo conceito constitucional de qualquer saída física, que significa que basta a circulação física para configurar a incidência do imposto, de modo que transferências de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa são consideradas atividades tributadas pelo ICMS (art. 25 da Lei Complementar nº 87/1996)⁹⁴⁵.

Já na doutrina contemporânea, encontra-se grande parte dos autores defensores do critério da saída jurídica para a incidência do imposto. Nesse sentido, PAULO DE BARROS CARVALHO afirma que, *“para sua concretização (venda de mercadoria – operação de circulação de mercadoria), é necessária a presença de negócios jurídicos, configurando instrumentos imprescindíveis para que se tenha, como efeito do direito, circulação de mercadorias. Trata-se de atos jurídicos que promovem a transmissão de direito, in casu, a propriedade de mercadorias”*⁹⁴⁶.

Também para ROQUE ANTONIO CARRAZZA, *“o ICMS é, portanto, um tributo que incide sobre o negócio jurídico (realizado por comerciante, industrial, produtor ou assemelhados) ensejador da transferência de uma mercadoria. A matriz constitucional do ICMS determina que ele deve incidir sobre operações relativas à circulação de mercadorias (direitos sobre mercadorias) promovidas espontaneamente e por meio de*

⁹⁴⁴ A propósito desta parte da doutrina, ver COSTA, Alcides Jorge. *O ICM na Constituição e na lei complementar*, p.72, 89 e ss.

⁹⁴⁵ Acerca do tema, PAULO DE BARROS CARVALHO assevera: *“o direito positivo vigente reconhece e autoriza a movimentação simbólica de mercadorias, considerando praticada a circulação jurídica quando da emissão dos respectivos documentos fiscais. Nesse caso, portanto, é juridicamente irrelevante a circulação física da mercadoria. Sua ausência não impede que se realizem negócios jurídicos concernentes àquele bem, com a transferência da titularidade e a consequente incidência do ICMS. Por tais razões, já que é prescindível a circulação física para fins jurídicos, comprovado o trânsito simbólico, torna-se sem importância saber dos locais por onde se realizam a passagem física dos bens”* (cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 647).

⁹⁴⁶ *Ibidem*, p. 648.

negócios mercantis, por produtores, industriais e comerciantes ou quem juridicamente lhes faça as vezes”⁹⁴⁷.

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES reconhece que a operação, em sendo o fato gerador do ICMS, pode ser jurídica, muito embora não advenha, necessariamente, de uma compra e venda, como era no antigo Imposto sobre Vendas e Consignações (IVC)⁹⁴⁸. Para GERALDO ATALIBA⁹⁴⁹, somente a operação é o fato tributado pelo ICMS, sendo a mercadoria e a circulação apenas consequências e aspectos da *operação tributada*⁹⁵⁰.

Também para JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO a “circulação” constitui a “*passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, sob o manto de um título jurídico, equivale a declarar, à sombra de um ato ou de um contrato, nominado ou inominado. Movimentação, com mudança de patrimônio*”⁹⁵¹.

A despeito do embate de critérios para fins de incidência do ICMS, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se pronunciou sobre o tema por meio do julgamento do recurso repetitivo nº 1.125.133/SP, entendendo ser mais adequada a aplicação do critério jurídico como ensejador do ICMS⁹⁵². O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de se

⁹⁴⁷ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*, p. 56. Ver também CARRAZZA, Roque Antonio. Op. cit., p. 40. Continua o autor: “a Constituição não prevê a tributação de mercadorias por meio do ICMS, mas, sim, a tributação das ‘operações relativas à circulação de mercadorias’, isto é, das operações que têm mercadorias por objeto. Os termos ‘circulação’ e ‘mercadorias’ qualificam as operações tributadas por via do ICMS. Não são todas as operações jurídicas que podem ser tributadas, mas apenas as relativas à circulação de mercadorias. O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais.” (ibidem, loc. cit.).

⁹⁴⁸ Cf. BORGES, José Souto Maior. O fato gerador do ICM e os estabelecimentos autônomos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 103, p. 33-48, jan./mar. 1971, p. 33.

⁹⁴⁹ Cf. ATALIBA, Geraldo, ICMS. Incorporação ao ativo – empresa que loca, oferece em *leasing* seus produtos – descabimento do ICMS. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 52, abr./jun. 1990, p. 74.

⁹⁵⁰ Com efeito, GERALDO ATALIBA e CLEBER GIARDINO asseveram que circulação compreende a mudança de titularidade, circulação para efeitos jurídicos (cf. ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. Núcleo da definição constitucional do ICM. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 25/26, p. 111-112, 2004).

⁹⁵¹ Cf. MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS, teoria e prática*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2006. p. 14.

⁹⁵² ROQUE ANTONIO CARRAZZA assim pontua ao se manifestar sobre a incidência desse tributo: “a remessa de mercadoria da matriz para a filial (ou entre duas filiais da mesma empresa) não pode ser confundida com sua transferência para terceiros. Só ocorre o fato impositivo do ICMS quando a mercadoria passa de um patrimônio para outro, por força de uma operação jurídica (compra e venda, doação, permuta etc.). Do contrário, ocorrerá uma movimentação de mercadoria juridicamente irrelevante, pelo menos para fins de tributação por meio do ICMS” (cf. CARRAZZA, Roque Antonio. Op. cit., p. 58).

manifestar sobre o tema, e o fez no mesmo sentido⁹⁵³, o que não evitou que os fiscos estaduais continuem a utilizar o critério de saída física na aplicação das normas.

Em que pese o entendimento consolidado pelo Poder Judiciário, verifica-se que o critério da saída jurídica tem como principal incongruência a sistemática de cobrança não cumulativa do imposto, separando os créditos relativos às aquisições dos débitos das saídas finais das mercadorias. Essa incongruência já havia sido detectada desde os primeiros embates sobre o tema, como bem sintetizado por ALCIDES JORGE COSTA ao afirmar que *“esta alegação não destrói o fato incontestado da total inviabilidade política da não tributação de transferências interestaduais e, pelas mesmas razões, de transferências intraestaduais entre estabelecimentos de uma empresa”*⁹⁵⁴.

Assim, entre os doutrinadores que defendem o critério da saída jurídica, há quem admita a exceção do caso de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa localizados em Estados distintos⁹⁵⁵, tal como ROQUE ANTONIO CARRAZZA: *“o princípio federativo e o princípio da autonomia distrital inadmitem que Estados e Distrito Federal se locupletem uns às custas dos outros – concordamos que tais estabelecimentos sejam considerados autônomos, pelo menos para fins de tributação por meio do ICMS”*⁹⁵⁶.

Por fim, o conceito de *mercadoria*, na mesma esteira, também provoca embate. Desde a criação do ICM, discute-se se este conceito inclui qualquer bem móvel econômico

⁹⁵³ Ver RE 267.599/MG: *“A não incidência do imposto deriva da inexistência de operação ou negócio jurídico mercantil, havendo, tão-somente, deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro, ambos do mesmo dono, não traduzindo, desta forma, fato gerador capaz de desencadear a cobrança do imposto. Precedentes. [...]”* (Rel. Min. Ellen Gracie, Dje. 29.04.2010).

⁹⁵⁴ Cf. COSTA, Alcides Jorge. *O ICM na Constituição e na lei complementa*, p.72, 89 e ss. Ressalta o autor que essa questão já constava inclusive do relatório da Comissão.

⁹⁵⁵ FÁTIMA FERNANDES DE SOUZA pondera: *“Há, porém, uma hipótese em que a circulação física assume relevância para configuração da incidência do imposto. É quando se dá a transferência da mercadoria entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica situados em diferentes Estados da Federação. Nesse caso, embora não haja negócio jurídico nem transferência de titularidade da mercadoria – que permanece pertencendo à mesma pessoa jurídica – a circulação física torna-se importante para definir a participação de cada Estado no imposto incidente sobre o trecho do ciclo econômico (de impulsionamento da mercadoria da fonte de produção ao consumo), ocorrido dentro de seu território. É uma exceção que confirma a regra de que não há fato gerador do ICMS, se não há negócio jurídico que implique transferência de posse ou propriedade da mercadoria.”* (cf. SOUZA, Fátima Fernandes de. Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações (ICMS). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito tributário*, p. 547-548.)

⁹⁵⁶ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*, p. 61.

suscetível de avaliação em dinheiro ou, como defende grande parte da doutrina, se inclui apenas os bens decorrentes da atividade empresarial, de produtores, industriais e comerciantes⁹⁵⁷, relativa à sua distribuição até o consumo, ocasião em que esse bem deixaria de se enquadrar no conceito.

ROQUE ANTONIO CARRAZZA entende ser o bem móvel corpóreo, produto da atividade empresarial, industrial ou comercial, a ser distribuída para consumo⁹⁵⁸. Também JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO considera ser “*o bem corpóreo da atividade empresarial do produtor, industrial e comerciante, tendo por objeto a sua distribuição para consumo*”⁹⁵⁹.

Para PAULO DE BARROS CARVALHO, “*o étimo do termo ‘mercadoria’ está no latim mercatura, significando tudo aquilo susceptível de ser objeto de compra e venda, isto é, o que se comprou para pôr à venda. Evoluiu de merx, mercis [...], referindo-se ao que é objeto de comércio, adquirindo, na atualidade, o sentido de ‘qualquer objeto natural ou manufaturado que se possa trocar e que, além dos requisitos comuns a qualquer bem econômico, reúna outro requisito extrínseco, a destinação ao comércio’*”⁹⁶⁰.

Tal como descrito na síntese ora apresentada, depreende-se que referidos conceitos, para fins da incidência do ICMS em comento, não podem ser analisados em separado, já que são complementares⁹⁶¹.

⁹⁵⁷ Definição do artigo 23, inciso II, da Emenda nº 1 à Constituição de 1967. Referido conceito já constava no relatório da Comissão.

⁹⁵⁸ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*, p. 44. ROQUE ANTONIO CARRAZZA esclarece ainda que “*Não é qualquer bem móvel que é mercadoria, mas tão somente o bem móvel corpóreo (bem material) que se submete à mercancia. Podemos, pois, dizer que toda mercadoria é bem móvel, mas nem todo bem móvel é mercadoria. Só o bem móvel que se destina à prática de operações mercantis é que assume a qualidade de mercadoria. [...]. Daí que a existência de uma mercadoria não está na natureza do bem móvel, mas na sua destinação. Se o bem móvel for objeto de comércio – vale dizer, se ele se destinar à venda a outro comerciante ou ao consumidor final –, então, sim, ele é juridicamente uma mercadoria.*” (ibidem, loc. cit.).

⁹⁵⁹ Continua o autor: “*compreendendo o estoque da empresa, distinguindo-se das coisas que tenham qualificação diversa, segundo a ciência contábil, como é o caso do ativo permanente*” (cf. MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS – teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 18).

⁹⁶⁰ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 648.

⁹⁶¹ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado; NAVARRO, Sacha Calmon. A hipótese de incidência do ICMS: irrelevância dos contratos de compra e venda, sem tradição ou entrega das mercadorias. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado; NAVARRO, Sacha Calmon. *Direito tributário aplicado – estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 168. Para MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI, “*operação, circulação e mercadorias são conceitos profundamente interligados e complementares, que não podem ser analisados em*

Por último, resta destacar que as alíquotas são definidas livremente pelos legislativos estaduais, dentro das alíquotas máximas e mínimas definidas por resolução do Senado. Nas operações interestaduais, vigora o sistema de tributação na origem, em que a alíquota interestadual é definida por resolução do Senado Federal⁹⁶² e, em rigor, serão inferiores às alíquotas internas dos Estados⁹⁶³. Atualmente, essa alíquota é de 7% em operações que destinem mercadorias para contribuintes localizados nos Estados das regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e no Estado do Espírito Santo e de 12% para as demais operações⁹⁶⁴.

*separado, sem que o intérprete se dê conta de suas profundas inter-relações. Não interessa para delimitação da hipótese tributária nem a operação que seja inábil à transferência do domínio (como locação, comodato, arrendamento mercantil, consignação mercantil etc.); nem tampouco o contrato de compra e venda em si, isoladamente, que, embora perfeito, não transfere o domínio, quer no direito civil, quer no direito comercial, sem a tradição; assim, a circulação de mercadoria é conceito complementar importante porque representa a tradição da coisa, execução de um contrato translativo, movimentação que faz a transferência do domínio e configura circulação jurídica, marcada pelo *animus* de alterar a titularidade.” (cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado; NAVARRO, Sacha Calmon. A hipótese de incidência do ICMS: irrelevância dos contratos de compra e venda, sem tradição ou entrega das mercadorias, p. 168).*

⁹⁶² Artigo 155, § 2º, inciso IV, da Constituição Federal.

⁹⁶³ Artigo 155, § 2º, inciso VI, da Constituição Federal.

⁹⁶⁴ Sobre o tema, ver a Resolução nº 22/1989, que “*Estabelece alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, nas operações e prestações interestaduais.*”.

“*Art. 1º A alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, nas operações e prestações interestaduais, será de doze por cento.*

Parágrafo único. Nas operações e prestações realizadas nas Regiões Sul e Sudeste, destinadas às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo, as alíquotas serão:

I - em 1989, oito por cento;

II - a partir de 1990, sete por cento.

Art. 2º A alíquota do imposto de que trata o art. 1º, nas operações de exportação para o exterior, será de treze por cento.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor em 1º de junho de 1989.

Senado Federal, 19 de maio de 1989.”

Sobre essa questão, DIRCEU TORRECILLAS RAMOS descobre, ao estudar o tema, a técnica da assimetria na lapidação do federalismo brasileiro no ICMS (cf. TORRECILLAS RAMOS, Dirceu. *O federalismo assimétrico*. São Paulo: Plêiade, 1998. p. 88). Segundo MONICA HERMAN S. CAGGIANO, “*a assimetria, em verdade, traduz e viabiliza uma determinada cooperação entre as unidades federadas, um processo de redução de desigualdades e, em última análise, busca atingir o desenvolvimento equilibrado, inclusive por intermédio de políticas de juros favorecidos, isenções e reduções temporárias de tributos federais. Da aplicação das assimetrias, contudo, podem, também, decorrer crises entre as mesmas unidades federadas, como a denominada ‘guerra fiscal’, entre nós, a que o cidadão espectador ainda está assistindo – e não de um lugar privilegiado*” (cf. CAGGIANO, Monica Herman S. Federalismo incompleto. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, n. 2, p. 31-44, 2003).

Sobre essa questão, MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI mostra que “a solução brasileira adotada (como já alertava Aliomar Baleeiro) não foi a atribuição de um Fundo de Compensação, mas a atribuição constitucionalmente feita ao Senado Federal da fixação das alíquotas aplicáveis às operações interestaduais e de exportação”⁹⁶⁵.

A finalidade da diferenciação das alíquotas do ICMS é, portanto, propiciar a distribuição de competência tributária entre o Estado de origem e o de destino⁹⁶⁶ sem a necessidade do estabelecimento de uma câmara de compensação (*clearing house*) ou mecanismo semelhante⁹⁶⁷.

O regime de tributação na origem não é totalmente atendido no ICMS. No caso de operações interestaduais para consumidor final localizado em outro Estado, aplica-se o regime de origem apenas quando o destinatário não é contribuinte do tributo⁹⁶⁸.

2.7.1.4.1.3. ICMS sobre Operações Mercantis – Importação de Mercadorias e Bens

O fundamento para a incidência do ICMS vinculado às importações de mercadorias e bens (ICMS-Importação) encontra-se no artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal, bem como no artigo 2º, § 1º, da Lei Complementar nº 87/1996.

Com a nova redação dada ao referido artigo, pela Emenda Constitucional nº 33/2001, dirimiram-se algumas questões acerca do tema, especialmente no que se refere ao

⁹⁶⁵ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. Federalismo, estado democrático de direito e imposto sobre o consumo. *Revista de Direito Tributário*, n. 75, p. 212.

⁹⁶⁶ Cf. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Tributação no Mercosul*. In: MARTINS, Ives Gandra Martins (Org.). *Tributação no Mercosul*, p. 88. Em sentido diverso encontra-se a posição de que a determinação de alíquotas interestaduais menores que as internas é uma forma de atenuar os efeitos do regime de origem, embora não suficiente (cf. ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*, p. 97).

⁹⁶⁷ Cf. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Tributação no Mercosul*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Tributação no Mercosul – pesquisas tributárias*. São Paulo: CEU/Revista dos Tribunais, 2002. p. 490. (Nova Série, n. 3).

⁹⁶⁸ Artigo 155, § 2º, inciso VII, alínea “b”, da Constituição Federal.

contribuinte e ao conceito de “mercadoria”, que foi substituído pelo conceito de “bem”, firmando assim a incidência do imposto como a importação de qualquer bem, não mais apenas mercadorias, sendo o contribuinte toda pessoa física ou jurídica que promova a importação, ainda que não contribuinte habitual do imposto.

Com esteio na análise do dispositivo constitucional, depreende-se que o imposto será devido na entrada da mercadoria ou bem, decorrente de uma aquisição de mercadoria do exterior, como contraponto da regra do ICMS⁹⁶⁹. já o sujeito ativo do ICMS-importação é o Estado onde se localiza o destinatário físico da mercadoria⁹⁷⁰, independentemente de qual tenha sido o Estado em que ocorreu a entrada do bem no território nacional⁹⁷¹.

A eleição desse critério para a definição do sujeito ativo é objeto de críticas pela doutrina, merecendo destaque a posição de JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO: *“o fato de os bens importados transitarem, unicamente, no Estado destinatário (devido à exclusiva facilidade de trânsito ou economia de frete) não é motivo jurídico para se cogitar de exclusiva incidência do ICMS neste Estado, visto que a circulação jurídica é concretizada com sujeito passivo localizado no outro Estado (importador), sendo inconsistente a regra que fixa como local da operação ‘o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física’”*⁹⁷².

Nesse diapasão, têm-se as seguintes modalidades de importação: (i) por conta e ordem de terceiro; (ii) por conta própria, com pedido prévio de encomendante; e (iii) direta.

Na importação por conta e ordem de terceiro, um adquirente da mercadoria contrata, por meio de instrumento, os serviços de uma importadora, que poderá realizar desde somente o despacho aduaneiro até a intermediação da negociação; contudo, toda essa prestação de

⁹⁶⁹ Para ADOLPHO BERGAMINI, *“se o ICMS da importação incide sobre a entrada, cuja contraposição ao mercado nacional é o imposto incidente sobre uma saída que, em regra, decorre diretamente de uma operação mercantil (que pressupõe venda) ou de movimentações físicas de mercadorias entre estabelecimentos que culminarão em uma venda (venda após transferências de mercadorias entre estabelecimentos), é correto afirmar que a incidência sobre a entrada em verdade reflete a incidência tributária sobre a aquisição de mercadoria do exterior. Afinal, a aquisição é o negócio jurídico que se contrapõe à venda ou aos atos que antecedem a venda (no caso de transferências).”* (cf. BERGAMINI, Adolpho. ICMS, p. 94.)

⁹⁷⁰ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS, p. 65.

⁹⁷¹ Sobre essa questão, ver RE445.54/MG – AgR, Relator: Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., julgado em 23/03/2010.

⁹⁷² Cf. MELO, José Eduardo Soares de. ICMS, teoria e prática, p. 51.

serviço será em favor do adquirente de fato do bem ou mercadoria, pois é ele quem dispõe da capacidade econômica para tanto⁹⁷³.

A importação por encomenda, por sua vez, caracteriza-se pela aquisição de um bem ou mercadoria por uma empresa no exterior, com recursos próprios, com o intuito de revendê-las para uma empresa predeterminada⁹⁷⁴. Já a importação direta é realizada diretamente pelo adquirente da mercadoria, sem a intermediação de quaisquer empresas, com seus próprios recursos, inclusive por aquele indivíduo, pessoa física.

Para fins de incidência do ICMS/importação, pouco importa a modalidade escolhida pelo adquirente, já que o imposto será devido no Estado do destino físico das mercadorias importadas⁹⁷⁵.

2.7.1.4.1.4. ICMS sobre Comunicação

O ICMS/Comunicação possui como materialidade a prestação de serviços de comunicação.

O conceito de “prestação de serviços” possui a mesma natureza que o relativo ao ISS, sobre o qual o STF já se manifestou no sentido de que só existirá “serviço” na medida em que exista um esforço humano, ou seja, um “fazer”⁹⁷⁶.

⁹⁷³ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*, p. 80-81.

⁹⁷⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁹⁷⁵ *Ibidem*, p. 84. Leciona ROQUE ANTONIO CARRAZZA que “O ICMS incidente na importação é devido ao Estado da Federação onde se localiza o estabelecimento em que ocorre a entrada física das mercadorias. A dinâmica constitucional, que rege a tributação por meio de ICMS-Importação, não se altera com eventuais negócios jurídicos havidos entre a empresa importadora e terceiros, ainda que localizados em Unidades Federadas diversas daquela onde se deu o desembaraço aduaneiro.” (*ibidem*, loc. cit.). Sobre o tema, ver RE 445.54/MG – AgR, Relator: Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., julgado em 23/03/2010.

⁹⁷⁶ Cf. Tribunal pleno do STF. RE nº 116.121-3. Relator Min. Octávio Gallotti. Relator para acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 11/10/2000. DJU 25/05/2001, p. 17.

Mas não seria somente o “fazer” que caracterizaria a incidência de impostos. Ao contrário, o conceito de “prestação de serviço” induz necessariamente à ideia de relação obrigacional, o que leva ao conceito de “obrigação de fazer”⁹⁷⁷, tendo assim como pressupostos mínimos (i) a existência de dois sujeitos; (ii) o preço; e (iii) o objeto do contrato⁹⁷⁸. A “prestação de serviços de comunicação” seria, portanto, o negócio jurídico em que é contratado, mediante um preço, um esforço humano que consiste no “serviço de comunicação”, que consiste na transmissão da mensagem pelo prestador.

Entende-se por comunicação o processo de transmissão, de uma pessoa para outra, por meio de uma informação codificada, utilizando-se de um canal entre o emissor e o receptor, que possuem, em comum, ao menos, o conteúdo necessário para decifrar a mensagem⁹⁷⁹. A informação somente é passível de se transformar em mensagem quando transplantada de um suporte físico para outro⁹⁸⁰. Assim, o ato comunicacional envolve a decodificação da informação contida em seu suporte físico original para outro, que será responsável pelo seu

⁹⁷⁷ Cf. MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS, teoria e prática*, p. 123.

⁹⁷⁸ Cf. HENRIQUES, Elcio Fiori. O fato gerador do ICMS-Comunicação e o serviço de veiculação de imagens por outdoor. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 164. São Paulo: Dialética, 2009, p. 17 (cf. CARRAZZA, Roque Antonio. Op. cit., p. 292). Para ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “o ICMS depende, para nascer, in concreto, da existência de um esforço humano realizado em favor de terceiros, com autonomia e fim de lucro” (cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*, p. 292). Sobre a questão, PAULO DE BARROS CARVALHO ensina que “a hipercomplexidade das sociedades pós-modernas vem acompanhada dos progressos da tecnologia. E no campo da comunicação essas conquistas foram decisivas, a ponto de marcar nosso próprio tempo com balizas claras e objetivas, que nós mesmos, sem critérios apuados da visão histórica, podemos identificar. De seu lado, o direito posto, mantendo a distância operacional necessária para lidar com os possíveis controles das condutas intersubjetivas, segue observando a marcha dos acontecimentos, recebendo as múltiplas notícias dos subsistemas afins, para produzir, segundo esquemas que lhe são ínsitos, as normas jurídicas reguladoras da interação social” (cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 658).

⁹⁷⁹ Ibidem, loc. cit.. De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, comunicação é “ato ou efeito de comunicar-se. 1. Ação de transmitir uma mensagem e, eventualmente, receber outra mensagem como resposta [...] 1.1. processo que envolve a transmissão e a recepção de mensagens entre uma fonte emissora e um destinatário receptor; no qual as informações, transmitidas por intermédio de recursos físicos (fala, audição, visão, etc.), ou de aparelhos e dispositivos técnicos, são codificadas nas fontes e decodificadas no destino com o uso de sistemas convencionais de signos ou símbolos sonoros, escritos, iconográficos, gestuais, etc.” (HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. São Paulo: objetiva, 2001).

⁹⁸⁰ Esse fenômeno ocorre, e.g., quando uma informação é transmitida diretamente por uma pessoa para outra, ocasião em que emissor, por meio de seu sistema fonético, transforma a informação, contida inicialmente em seu sistema nervoso, em sinais sonoros, que são captados pelo receptor, ou em sinais gráficos em um papel, que são lidos.

transporte até o receptor da mensagem. Esse suporte físico intermediário é chamado, na teoria da comunicação, de “canal”⁹⁸¹.

Sob esse pressuposto, na “prestação de serviço de comunicação”, para que o prestador forneça os meios que farão a mensagem chegar ao destinatário, necessita invariavelmente colocar, à disposição dos sujeitos da comunicação, um “canal” para que estes se comuniquem. Esta é a lição de PAULO DE BARROS CARVALHO, ao mostrar que *“a idéia de prestador de serviço de comunicação está ligada, irremediavelmente, à noção de canal”*⁹⁸².

Logo, para que exista a transmissão de uma mensagem e, com isso, uma “prestação de serviço de comunicação”, a informação, contida em um suporte físico inicial, deve ser decodificada para outro meio físico fornecido pelo prestador (“canal”), o qual a transportará para o receptor.

Por esse motivo que, quando uma informação não muda de suporte físico em um processo comunicacional, sendo, ao contrário, transportada em seu próprio meio original, não há de se falar em um canal disponibilizado pelo prestador de serviço, pois a informação não se transformou em “mensagem”. Portanto, a obrigação de “fazer”, neste caso, não será um “serviço de comunicação”, mas sim serviço de natureza diversa.

Ressalte-se que é perfeitamente possível a ocorrência de comunicação sem a troca de suporte físico pelo prestador de serviço, caso em que este apenas facilitou a comunicação de outro modo por meio de serviço de natureza diversa⁹⁸³.

Cite-se, a título de exemplo, a situação em que informação a ser transmitida pelo emissor é transportada para o suporte físico “papel” mediante inserção de marcas de tinta na forma de sinais gráficos (símbolos)⁹⁸⁴.

⁹⁸¹ Cf. HENRIQUES, Elcio Fiori. O fato gerador do ICMS-Comunicação e o serviço de veiculação de imagens por outdoor. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 164, p. 25.

⁹⁸² Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 665.

⁹⁸³ Cf. HENRIQUES, Elcio Fiori. Op. cit., p. 27.

⁹⁸⁴ Ibidem, p. 27.

Neste caso, qualquer que seja a atividade desenvolvida por um prestador de serviço com o suporte físico inicial “papel”, tais como as atividades de transportá-lo para as mãos de outra pessoa, expô-lo em uma feira, colá-lo em uma parede etc., não constitui uma “prestação de serviço de comunicação”.

Isso porque a mensagem não foi transportada pelo prestador do suporte físico inicial para um canal, mas, ao contrário, esta permaneceu no suporte físico “papel” sem receber nenhum serviço. Neste caso, somente o suporte físico “papel”, e não a mensagem nele contida, recebeu os serviços de transporte, exposição etc.

O exemplo clássico em sentido contrário seria o serviço de telecomunicação de chamadas telefônicas. Neste caso, o prestador do serviço se obriga a transportar as informações contidas em sinais sonoros de um ponto para outro. Assim, os sinais sonoros são convertidos em impulsos elétricos no “canal” fornecido pelo prestador, os quais são decodificados em sinais sonoros no ponto de destino.

Neste serviço existe o efetivo transporte da mensagem pelo prestador de serviço, tendo a informação sido transplantada de seu suporte físico inicial (sinais sonoros) para outro (impulsos eletromagnéticos), que possui a função de “canal”.

Portanto, conclui-se que o “transporte de mensagem”, o qual é o objeto de negócio jurídico efetuado pelo prestador de serviço nos “serviços de comunicação”, constitui-se no transplante da informação do emissor de seu suporte físico inicial para um canal por ele fornecido, o qual transportará a informação para seu destino (que é o receptor). Só assim a mensagem será transportada pelo prestador de serviço⁹⁸⁵.

⁹⁸⁵ Por esse motivo, ELCIO FIORI HENRIQUES conclui pela não incidência do ICMS sobre os serviços de veiculação de imagens por *outdoor*, uma vez que nessa atividade não se verifica em nenhum momento a transposição da informação contida em seu suporte físico original – as placas e painéis – para outro, motivo pelo qual, como visto, não se pode falar na transmissão de uma mensagem pelo prestador (cf. HENRIQUES, Elcio Fiori. O fato gerador do ICMS-Comunicação e o serviço de veiculação de imagens por *outdoor*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 164, p. 30).

Diante dos conceitos apresentados acerca do termo *comunicação*⁹⁸⁶, a despeito da materialidade do ICMS/Comunicação, ROQUE ANTONIO CARRAZZA preconiza que só incidirá o imposto em comento quando houver prestação de serviço de comunicação a terceiros (tomador e receptor), em caráter negocial (esforço humano é o objeto da tributação, independentemente da sua utilidade)⁹⁸⁷.

Em outro giro, PAULO DE BARROS CARVALHO entende ser a hipótese de incidência do ICMS/Comunicação o ato de intermediar a emissão e recepção das mensagens entre duas ou mais pessoas, mediante remuneração. Logo, só haverá a incidência do imposto se houver um prestador de serviço intermediando a comunicação entre o emissor e o receptor⁹⁸⁸.

Diante disso, *e.g.*, a divulgação de propaganda ou publicidade por meio dos *out-doors*, *banners*, painéis etc., não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS/Comunicação, pois inexistente disposição de meios e modos para que sejam trocadas mensagens entre emissores e receptores, bem como inexistente um receptor identificado⁹⁸⁹. Além do mais, trata-se de obrigação de dar e não de uma obrigação de fazer, como ocorre na materialidade do ICMS/Comunicação; o negócio jurídico em destaque é a cessão de um espaço para uma comunicação pura e simples e não um serviço de comunicação que pressupõe uma obrigação de fazer⁹⁹⁰.

O imposto é devido no Estado/Distrito Federal onde o serviço de comunicação – nos moldes explicitados – se originou. Assim como no ICMS/Transporte, caso o serviço se

⁹⁸⁶ Segundo MARCO AURÉLIO GRECO, ao se transpor o conceito de comunicação geral para a seara do direito tributário, pode-se afirmar que a comunicação “*prescinde do conteúdo da mensagem transmitida, tipificando-se como a simples colocação à disposição do usuário dos meios e modos para a transmissão e recepção das mensagens. Os partícipes da relação comunicativa ‘não prestam serviço’ um para o outro, nem para terceiros. Eles apenas se comunicam. Presta o serviço, isto sim, a empresa que mantém em funcionamento o sistema de comunicações consistente em terminais, centrais e linhas de transmissão, satélites, etc.*” (cf. GRECO, Marco Aurélio; ZONARI, Anna Paola. *ICMS – materialidade e princípios constitucionais*, curso de direito tributário. 2. ed. São Paulo: CEJUP, 1993. v. 2, p. 157).

⁹⁸⁷ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*, p. 220-223.

⁹⁸⁸ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 662.

⁹⁸⁹ Cf. HENRIQUES, Elcio Fiori. O fato gerador do ICMS-Comunicação e o serviço de veiculação de imagens por outdoor. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 164, p. 30. No mesmo sentido, ver CARRAZZA, Roque Antonio. *Op. cit.*, p. 229.

⁹⁹⁰ Cf. BERGAMINI, Adolpho. *ICMS*, p. 146-147.

inicie no exterior, o tributo é devido ao Estado/Distrito Federal onde o serviço será fruído. Na hipótese de o serviço se iniciar no território nacional e terminar no exterior, não haverá incidência do imposto⁹⁹¹.

2.7.1.4.1.5. ICMS sobre Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal

Consoante preceitua o artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, o ICMS também incide sobre as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal.

O ICMS incide sobre *a prestação onerosa do serviço de transporte* interestadual ou intermunicipal, sendo transporte aquele realizado via terrestre, aérea, marítima, lacustre, fluvial, hidroviária ou ferroviária, ainda que não esteja vinculado a uma circulação de mercadorias⁹⁹², sendo vedada tributação por meio do autotransporte⁹⁹³. Assim, o critério material se caracteriza por uma **relação obrigacional**, em que um sujeito contrata, por um preço, o esforço humano caracterizado pelo objetivo de transportar fisicamente bens ou pessoas no espaço. Complementa PAULO DE BARROS CARVALHO: “*São quaisquer serviços de transporte prestados sob o regime de direito privado, submetidos a tratamento jurídico próprio, isto é, aqueles colocados no mundo dos negócios e subordinados a um ajuste econômico de vontades, em clima de igualdade das partes contratantes*”⁹⁹⁴.

⁹⁹¹ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*, p. 240.

⁹⁹² *Ibidem*, p. 192.

⁹⁹³ Assim esclarece ROQUE ANTONIO CARRAZZA: “*parafraseando Geraldo Ataliba, se não há ‘contrato consigo mesma’ quando a pessoa entrega em veículos próprios mercadoria adquirida por seus clientes, com maior razão (argumento a fortiori) isto não se dá quando bens são simplesmente deslocados entre estabelecimentos da mesma empresa. Acrescente-se que o STF, sem situações análogas, declarou inconstitucional, em mais de uma oportunidade, a tributação de operações de circulação de mercadorias quando estas apenas transitam entre estabelecimentos da mesma empresa. [...] Damos fecho a este raciocínio enfatizando que a eventual existência de várias inscrições estaduais não tem o condão de desvirtuar a regra-matriz constitucional do ICMS em exame. Simples controles administrativos não podem atropelar direitos dos contribuintes, dando ‘autonomia fiscal’ a estabelecimentos de uma mesma empresa.*” (*ibidem*, p. 202).

⁹⁹⁴ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 669.

A incidência se dá no ente federativo onde se iniciou a operação⁹⁹⁵, sendo o fato impositivo o momento em que o serviço de transporte intermunicipal ou interestadual é executado. Frise-se, ainda, que, de acordo com o artigo 2º, § 1º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/1996, autoriza-se a incidência do ICMS sobre o serviço iniciado no exterior, sendo o ICMS devido ao Estado/Distrito Federal onde se localizar o destinatário final do serviço⁹⁹⁶.

2.7.1.4.1.6. ICMS sobre Produção, Importação, Circulação, Distribuição ou Consumo de Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos e de Energia Elétrica e o ICMS sobre a Extração, Circulação, Distribuição ou Consumo de Minerais

No tocante ao ICMS/Energia Elétrica, constante no artigo 155, § 3º, da Constituição Federal⁹⁹⁷, conforme já assinalado, foi equiparado, para fins da tributação do ICMS, a uma mercadoria, pelo que a hipótese de incidência do tributo em debate é o consumo, por força do negócio jurídico, de energia elétrica⁹⁹⁸.

A se considerar que a energia elétrica precisou ser produzida e distribuída, antes de ser “consumida”, ROQUE ANTONIO CARRAZZA mostra que *“só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade). Portanto, apenas por ‘ficção’ é que se pode entrever, na ‘circulação’ de energia elétrica, duas operações distintas: uma, da fonte geradora à rede distribuidora;*

⁹⁹⁵ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*, p. 195.

⁹⁹⁶ Ibidem, p. 203. O ICMS não é devido naqueles casos em que o serviço se inicia no Brasil e termina no exterior. Para ROQUE ANTONIO CARRAZZA, também não incide ICMS nos casos em que ocorre o transbordo: *“simplesmente porque há, na espécie, um único serviço de transporte. Apenas, sua execução se perfaz em etapas. Portanto, mesmo quando a mercadoria, para alcançar seu destino final no exterior, for transbordada, ainda que com o concurso de outras empresas, não há, na espécie, incidência de ICMS”* (ibidem, loc. cit.).

⁹⁹⁷ A incidência sobre as operações referidas neste subitem advém do antigo imposto sobre operações relativas a combustíveis, lubrificantes e energia elétrica (art. 21, VIII, das CFs de 1967 e 1969).

⁹⁹⁸ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. Op. cit., p. 292.

outra, desta ao consumidor final. Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo da energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final.”⁹⁹⁹

A teor do que é considerado o fato gerador do ICMS/Energia Elétrica, a sua base de cálculo se fixa no preço da energia elétrica efetivamente consumida (art. 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e art. 13, I, da LC nº 87/1996).

No que tange ao ICMS incidente sobre a produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos (art. 155, § 3º, da CF), observa-se que também os lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos foram equiparados à mercadoria, para fins de tributação do ICMS. De acordo com o comando constitucional, essas operações, de competência exclusiva dos Estados e Distrito Federal, só poderão ser objeto de tributação por meio do ICMS¹⁰⁰⁰.

A diferença do ICMS incidente em operações com lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos é o critério pessoal nas operações interestaduais, sendo o sujeito ativo da relação jurídica tributária o Estado de destino.

Por fim, segundo a abordagem ampla de ROQUE ANTONIO CARRAZZA, o ICMS sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais se originou de antigo imposto dessa mesma espécie (art. 21, IX, das CFs de 1967 e 1969). Referido imposto, de competência dos Estados e Distrito Federal, observa o princípio da não cumulatividade e possui como base de cálculo o valor da operação mercantil realizada com os minerais¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁹ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*, p. 294.

¹⁰⁰⁰ Ibidem, p. 323. De acordo com ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “Não há, no caso, prestação de serviços de armazenamento, mas, sim, etapa de operação mercantil, ou, se preferirmos, do ciclo que se inicia com a refinação e termina com a venda ao consumidor final dos botijões de gás. O que, no caso, vulgarmente é chamado de ‘armazenamento’ não passa de atividade-meio, necessária ao acondicionamento do gás, ao seu enclausuramento em recipiente indispensável ao trespasse do combustível para caminhões-tanque e subsequente remanejamento para os botijões, rumo à venda a varejo. Temos, aí, nítida hipótese de tarefa acessória – embora inafastável – da concretização do ciclo mercantil. O único tributo aí devido, insistimos, é o ICMS.” (ibidem, p. 323).

¹⁰⁰¹ Ibidem, p. 324-325.

2.7.1.4.2. A Divisão da Competência Legislativa do ICMS

Consoante exposto, a Constituição Federal de 1988 disciplinou rigidamente a estrutura de incidência do ICMS no artigo 155, restando pouca liberdade para o legislador ordinário dos Estados. Essa particularidade do ordenamento brasileiro não representa uma violação à Autonomia dos entes federativos, pois, como já descrito por GERALDO ATALIBA, na Constituição de 1988 *“tudo foi feito pelo constituinte, que afeiçãoou integralmente o sistema, entregando-o pronto e acabado ao legislador ordinário, a quem cabe tão-somente obedecê-lo, em nada podendo contribuir para plasmá-lo”*¹⁰⁰².

Da mesma forma, o artigo 155, § 2º, inciso XII, da Constituição Federal determina que os principais aspectos da incidência tributária do ICMS – contribuintes, base de cálculo, regime de compensação de créditos etc. – deverão ser disciplinados por lei complementar. Trata-se, como visto na criação do ICM, da necessidade de que esse tributo tenha os padrões básicos de sua existência uniformes entre todos os membros da Federação, de modo que se operacionalize em um mercado nacional.

Ademais, a Constituição Federal determina também que é facultado ao Senado fixar para as operações internas alíquotas mínimas e alíquotas máximas, estas últimas para resolver conflito específico que envolva interesse dos Estados.

Destarte, no que tange à capacidade legislativa atinente ao ICMS no Brasil, não se pode afirmar que há uma centralização ou descentralização total, estando o poder dividido entre as diversas esferas de governo¹⁰⁰³. O fato de a Constituição Federal remeter à lei complementar e às resoluções do Senado o papel de auxiliar a manutenção da unidade nacional, segundo ANDRÉ ELALI, fortalece o padrão nacional do imposto¹⁰⁰⁴. Essa também

¹⁰⁰² Cf. ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 21.

¹⁰⁰³ Nesse sentido a lição de VICTOR UCKMAR de que *“entre a centralização total e a descentralização total há uma gama de tipos segundo o ‘grau quantitativo’”* (cf. UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*, p. 104-105).

¹⁰⁰⁴ Cf. ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*, p. 68.

é a opinião de PAULO DE BARROS CARVALHO, que assim se manifesta: “o caráter nacional do ICMS é outra máxima que sobressai do sistema com grande vigor de juridicidade. Não se aloja na formulação expressa de qualquer dos dispositivos constitucionais tributários, mas está presente nas dobras dos inúmeros preceitos, irradiando sua força por toda a extensão da geografia normativa desse imposto”¹⁰⁰⁵.

Para o autor, o ICMS, “por sua índole eminentemente nacional, não é dado a qualquer Estado-membro ou ao Distrito Federal operar por omissão, deixando de legislar sobre esse gravame. Caso houvesse uma só unidade da federação que empreendesse tal procedimento e o sistema do ICMS perderia consistência”¹⁰⁰⁶.

Desse modo, sustenta PAULO DE BARROS CARVALHO que nem sequer é permitido aos Estados a não instituição do ICMS, o qual se constitui como um tributo nacional¹⁰⁰⁷. Essa vedação, entretanto, não impõe prejuízo à autonomia dos Estados, sendo a centralidade normativa necessária para a harmonização da tributação sobre o consumo pelas entidades federativas.

O ICMS está circunscrito ao sistema nacional, às normas de aplicação em todo o território nacional, não sendo o legislador estadual dotado de poder para abertamente tratar do tributo, pois encontra limitações formais e materiais em face do disposto na Constituição¹⁰⁰⁸.

Essa divisão de competências, idealizada juntamente com a estrutura federativa instituída pelo constituinte originário de 1988, é intrínseca à autonomia financeira dos Estados nesse regime constitucional, motivo pelo qual sua alteração pode esbarrar na cláusula pétrea determinada pelo artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal em vigor.

¹⁰⁰⁵ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 217.

¹⁰⁰⁶ Ibidem, p. 217. Também nas palavras de SCHOUERI, “no ICMS há o paradoxo de um imposto de competência estadual inserido em um mercado nacional” (cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Prefácio*. In: ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*, p. 8).

¹⁰⁰⁷ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. ICMS – incentivos – conflitos entre estados – interpretação. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 66, 1994, p. 97.

¹⁰⁰⁸ Cf. ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*, p. 68. Sobre essa questão, é pertinente ressaltar que, desde a época do IVC¹⁰⁰⁸, a Constituição Federal prevê alguns mecanismos para manter o equilíbrio entre as unidades federativas (ibidem, p. 72).

2.7.1.4.3. Competência para Criação de Benefícios Fiscais

Os benefícios fiscais, segundo estudo específico sobre o tema, podem ser caracterizados por critérios finalísticos, pragmáticos ou jurídico-formais. O conceito adotado pela legislação complementar (art. 14, § 1º, da Lei Complementar nº 101/2001) denota ser o jurídico-formal¹⁰⁰⁹.

Referido critério determina que, para cada tributo, pode-se encontrar o conjunto de normas que determinam a sua regra de incidência “geral” ou “padrão” (chamada de *benchmark*), sendo identificados os benefícios fiscais pela sua forma, a qual determina regimes jurídicos distintos do *benchmark*. Esse critério, que demonstra ter sido o escolhido pela maioria dos estudiosos para a identificação de gastos tributários, transfere a dificuldade para a identificação da norma de tributação “padrão”, a qual pode ser determinada por um método conceitual independente ou pela definição legal expressa¹⁰¹⁰.

A despeito das concessões de benefícios fiscais relacionados ao ICMS, esses só poderão ser concedidos quando forem expressamente previstos em convênios celebrados por meio de um órgão especial – o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), onde é exigida a aprovação dos Estados representados¹⁰¹¹, de acordo com os ditames da Lei Complementar nº 24/1975¹⁰¹².

¹⁰⁰⁹ Cf. HENRIQUES, Elcio Fiori. *Os benefícios fiscais no direito financeiro e orçamentário – o gasto tributário no direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 278-284.

¹⁰¹⁰ Ibidem, p. 278.

¹⁰¹¹ Cf. CAMARGO, Guilherme Bueno. A guerra fiscal e seus efeitos: autonomia x centralização. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*. Barueri: Manole, 2004. p. 208.

¹⁰¹² Muito embora referida Lei Complementar seja anterior à Constituição de 1988, foi recepcionada por força do artigo 34, § 8º, do ADCT.

A figura atípica do Confaz é composta pelos Secretários da Fazenda de todos os Estados, com competências definidas pela referida Lei Complementar nº 24/1975¹⁰¹³, pelo seu Regimento Interno e pela Exposição de Motivos nº 505.

Para alguns, o Confaz passou a constituir uma espécie de órgão com atribuições de poder legislativo¹⁰¹⁴. Em verdade, o Confaz passou a ter atribuições próprias do Senado Federal, consistindo em uma espécie de *Bundesrat* da República Federal Alemã, em que os Estados são representados diretamente, servindo de outro órgão legislador, levando-se em conta as hipóteses em que são possíveis as concessões de incentivos fiscais e a celebração de tratados¹⁰¹⁵.

Apesar das críticas direcionadas ao Confaz, considerado por alguns uma “anomalia jurídica”¹⁰¹⁶, as decisões oriundas desse órgão foram solidamente ratificadas pela jurisprudência superior¹⁰¹⁷. Em razão disso, a concessão de incentivos fiscais de ICMS de modo unilateral foi repudiada pelo STF em numerosas decisões¹⁰¹⁸.

¹⁰¹³ Lei recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Ressalte-se que a Lei Complementar nº 87/1996 trazia diversos dispositivos que limitavam a concessão de benefícios fiscais no âmbito de ICMS, os quais acabaram sendo vetados pelo Poder Executivo.

¹⁰¹⁴ Cf. ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*, p. 73.

¹⁰¹⁵ Ibidem, loc. cit. Há quem entenda que a necessidade de que os convênios celebrados entre Estados/Distrito Federal seja ratificado pelo Confaz, órgão do Poder Executivo, esbarra no princípio federativo, já que amputa as competências dos legislativos estaduais. Consoante FÁBIO FANICCHI, “é absolutamente inadmissível que caiba ao Executivo, além do que lhe é próprio, ou seja, a celebração do acordo, também a ratificação do ato, pois seria admitir que o mesmo Poder que celebra o Convênio deva ratificá-lo em ato subsequente. É o caso de se admitir o aplauso do artista à sua própria obra. É exatamente isso que a Lei Complementar nº 24 admitiu possível, em absoluto desrespeito ao caminho lógico e jurídico pela Constituição. [...] Dessa forma, o Legislativo brasileiro concordou, pacificamente, que se lhe retirasse uma de suas funções indelegáveis, garantida pela Constituição [...] quebrou a estrutura fundamental do federalismo, retirando dos Estados a autonomia de decisão em matéria que é (ou deveria ser) de sua exclusiva competência. Desde o instante que a unidade da Federação não possa decidir com autonomia em matéria de suas finanças, fica certo que não gozará também de autonomia política, visto como esta depende estreitamente daquela” (cf. FANUCCHI, Fábio. Convênios para isenção de ICMS – inconstitucionalidades da lei complementar nº 24, de 1975, *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 01, p. 42-45, 1977). Na mesma linha, ver ATALIBA, Geraldo. Isenções por convênios. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21/22, p. 163-182, 1982.

¹⁰¹⁶ Cf. ELALI, André. Op. cit., p. 73. Conforme ANDRÉ ELALI, o Confaz, embora tenha objetivos de evitar problemas nacionais, é uma anomalia no sistema jurídico, desnaturando-se a formação histórica da divisão do exercício do poder e pondo em xeque princípios maiores como a legalidade tributária (cf. ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*, p. 73).

¹⁰¹⁷ Tal como na ADIN nº 2.458, relatada pelo Ministro Ilmar Galvão: “Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Leis n.ºs 13.212/2001 e 13.214/2001, do Estado do Paraná, que concederam benefícios fiscais de ICMS de várias espécies (isenção, redução de base de cálculo, créditos presumidos e dispensa de pagamento), sem a

Note-se que os entes federativos utilizam-se desse instrumento peculiar para atrair desenvolvimento industrial regional, o que, num primeiro momento parece vantajoso, mas cujos efeitos, longo prazo podem ser nefastos¹⁰¹⁹.

Em que pese o caráter nacional do ICMS, tal como demonstrado até então, os Estados dispõem de competência própria para legislar sobre esse tributo. Embora não seja possível alterar as características intrínsecas do imposto, as unidades federativas dispõem de capacidade legislativa para regular seu funcionamento, tal como a alíquota específica de cada produto, sua forma de pagamento, a concessão de regimes especiais, entre outros.

Em verdade, o que se verifica nas últimas décadas é o uso pelos Estados de benefícios fiscais do ICMS de modo unilateral, ou seja, à margem do disposto pela Lei Complementar nº 24/75, como instrumento para disputar novos investimentos ou atrair empresas/indústrias¹⁰²⁰.

Com efeito, verifica-se que a concessão de quaisquer benefícios fiscais de forma unilateral, à margem dos comandos da Lei Complementar nº 24/1975¹⁰²¹, além de gerar

observância de lei complementar federal e sem a existência de convênio entre os Estados e o Distrito Federal. 3. Violação ao art. 155, § 2º, XII, 'g', da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. Precedentes. 4. Ação direta julgada procedente."

¹⁰¹⁸ MC 2.352, ADI nº 1.179, ADIN 2.376, entre outras.

¹⁰¹⁹ Cf. CALCIOLARI, Ricardo Pires. Aspectos jurídicos da guerra fiscal no Brasil. *Cad. Fin. Púb.*, Brasília, n. 7, dez. 2006, p. 8. Como assevera RICARDO PIRES, "Essa utilização peculiar da guerra fiscal como instrumento político de desenvolvimento industrial regional deve ser analisada em termos federativos. Tal análise, fatalmente, nos mostrará que esse processo é perverso, controlado pelas grandes empresas privadas, e que só aumenta a dependência das unidades federativas em relação à União, visto que abdicar de parte de suas receitas em prol desse uso econômico da tributação aumenta consideravelmente a dependência dos entes políticos das transferências intergovernamentais. Essa disputa no contexto federativo força articulações entre a esfera pública e o setor privado, numa verdadeira negociação alocativa desordenada do investimento produtivo. De fato, o ponto central da discussão é que a guerra entre os entes políticos por seus interesses, de forma não cooperativa, é inerente aos próprios agentes federativos. Assim, como na instância privada, as decisões individuais dos entes políticos alteram de forma substancial as relações cooperativas federativas, o que enseja determinado grau de regulação." (ibidem, loc. cit.).

¹⁰²⁰ Cf. CARVALHO, Osvaldo Santos de. "Guerra fiscal" no âmbito do ICMS. In: CAMPILONGO, Paulo A. Fernandes (Coord.). *ICMS – aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 248.

¹⁰²¹ Argumenta RICARDO CALCIOLARI, que "o efetivo cumprimento da Lei Complementar nº 24, por si só, já seria suficiente para acabar com a guerra fiscal entre os Estados na forma como ela se estabelece hoje. O não-cumprimento dessa Lei e o esvaziamento do CONFAZ ajudam a manter a situação de conflituosidade e em nada colaboram para a efetividade de um pacto federativo cooperativo" (cf. CALCIOLARI, Ricardo Pires. Op. cit., p. 22).

consequências no que se refere à própria sistemática dos benefícios, torna o pacto federativo instável, de todo modo, comprometendo a autonomia dos Estados¹⁰²².

Logo, como ressaltou PAULO DE BARROS CARVALHO, “*não é preciso muita boa vontade para perceber que o objetivo do inciso IV, parágrafo único, do artigo 1º, da indigitada Lei Complementar, foi o de fechar todas as portas, no que concerne a concessões dessa natureza, único meio de preservar o decantado princípio da solidariedade nacional que identifica juridicamente o imposto*”¹⁰²³.

De qualquer modo, a guerra fiscal denota estar longe de ser resolvida pelo Poder Judiciário, já que, consoante restam firmados os benefícios fiscais concedidos pelos Estados e Distrito Federal, não conseguiram pôr termo às lides relativas ao tema¹⁰²⁴.

Os conflitos entre os Estados relativos a incentivos fiscais, na lição de ALCIDES JORGE COSTA, já existiam em relação ao IVC e também ao antigo ICM¹⁰²⁵. Entretanto, com a retomada dos investimentos privados internacionais na América Latina desde o final dos anos 80, e no Brasil a partir de 1993, bem como com a ampla retomada do investimento interno decorrente da estabilização em 1994, a “guerra fiscal” passou a ser um grave problema para os entes federativos brasileiros¹⁰²⁶.

¹⁰²² Cf. CARVALHO, Osvaldo Santos de. “Guerra fiscal” no âmbito do ICMS. In: CAMPILONGO, Paulo A. Fernandes (Coord.). *ICMS – aspectos jurídicos relevantes*, p. 293.

¹⁰²³ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *ICMS – incentivos – conflitos entre Estados – interpretação*. *Revista de Direito Tributário*, n. 66, p. 107.

¹⁰²⁴ Cf. CARVALHO, Osvaldo Santos de. Op. cit., p. 256. “*Mesmo as decisões definitivas em sede de ADIN comportam discussão quanto aos seus efeitos sobre o ordenamento jurídico, posto que, conforme o que foi tenuamente discorrido, ainda que o Supremo Tribunal Federal não confira efeito ex tunc à decisão de inconstitucionalidade de determinada norma que concede benefício fiscal à margem de Convênio – demoldando, portanto, do que prevê o texto constitucional –, teremos a continuidade de demandas quanto ao período pretérito à prolação da decisão judicial, em que, de um lado, os Estados promoverão a glosa dos créditos tidos como legítimos, a partir daí com o reforço do argumento da decretação da inconstitucionalidade da lei que os outorgou, e, de outro lado, os contribuintes insurgir-se-ão, sob o argumento de que a decretação de inconstitucionalidade de uma norma não poderá operar ex tunc para atingir o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.*” (ibidem, loc. cit.).

¹⁰²⁵ Cf. COSTA, Alcides Jorge. *O ICM na Constituição e na lei complementar*, p. 10.

¹⁰²⁶ Cf. PRADO, Sergio; CAVALCANTI, Carlos Eduardo. *A guerra fiscal no Brasil*. São Paulo: Fundap, 2000.

2.5. Conclusões Parciais

O presente capítulo, cindido em duas grandes partes, permitiu firmar um conjunto de argumentos necessário para encaminhar à apreciação específica do problema central da pesquisa. Além da indispensável consciência teórica e metodológica que devem orientar qualquer investigação de dogmática jurídica, sob pena de reduzir este saber a uma coleção de opiniões frágeis e deficitárias em fundamentação (requisito cumprido no Capítulo 1), foi preciso esclarecer o terreno conceitual pelo qual se vai caminhar. Em razão disso, a primeira parte deste capítulo, de caráter teórico-conceitual, promoveu o diálogo com a doutrina da teoria geral do Estado, a ciência política e a doutrina do direito público, com vistas a elucidar as ideias de federação, soberania, autonomia, descentralização, distribuição de competências e autonomia financeira. Todos esses conceitos constituem elementos basilares não somente da reflexão sobre os fundamentos da política e do direito (o que lhes garante o interesse filosófico), mas integram as preocupações imediatas dos juristas, uma vez que aparecem em enunciados normativos e representam a chave do raciocínio dogmático destinado a oferecer soluções a diversos problemas práticos levados aos tribunais judiciais.

O próprio positivismo jurídico metódico-axiológico, a despeito da primazia conferida ao direito positivo, evidencia que as próprias normas integrantes do sistema legal indicam os pontos de abertura à discussão valorativa e factual. Foi nesse sentido que os elementos conceituais, axiológicos e empíricos do federalismo e da autonomia financeira foram referidos, tarefa que não poderia ser iniciada sem o esforço de “localização” da presente pesquisa no cenário largo da discussão dos conceitos políticos fundamentais da modernidade.

Também é nos quadros do positivismo metódico-axiológico que se desenvolve a segunda parte do capítulo, de índole histórico-jurídica. Reconstroem-se os sucessivos textos de direito positivo (notadamente, Constituições e Emendas Constitucionais) para compreender como os conceitos trabalhados na primeira parte – autonomia, repartição de competências, autonomia financeira – foram inseridos nas normas definidoras do sistema tributário

brasileiro em diversos momentos constitucionais. A compreensão histórica das fontes jurídicas permite antecipar os passos necessários para trabalhar o argumento interpretativo histórico, que integra as bases operativas do positivismo metódico-axiológico.

No capítulo seguinte, segue-se modelo semelhante ao adotado neste que se encerra – a combinação entre discussão teórica e averiguação histórica –, para tratar dos conceitos e normas jurídicas concernentes à reforma constitucional e, especificamente, ao modelo de rigidez e proteção da estabilidade da Constituição adotado no Brasil.

CAPÍTULO 3

LIMITAÇÕES JURÍDICAS À REFORMA CONSTITUCIONAL

Fixados a teoria e a metodologia jurídica orientadoras da pesquisa (Capítulo 1), os conceitos político-jurídicos básicos de federalismo, soberania, autonomia e autonomia financeira, bem como analisadas as suas manifestações na história constitucional brasileira (Capítulo 2), é necessário, antes de passar ao ponto focal desta tese – o exame da constitucionalidade de possíveis emendas à Constituição que alterem ou suprimam competências tributárias dos Estados –, esclarecer como o direito positivo brasileiro disciplina os temas da reforma e da rigidez constitucional.

Isso porque o artigo 60, §4º, I, da Constituição de 1988, determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda à Constituição (PEC) tendente a abolir a “*forma federativa de Estado*”, tornando esse instituto uma cláusula pétrea¹⁰²⁷, imune, portanto, à ação do poder reformador. Vê-se, por conseguinte, que a problemática específica do presente estudo não dispensa a consideração pormenorizada dos limites impostos pelo referido enunciado constitucional. É imperativo promover o exame dos conceitos de reforma constitucional (e seus subtipos), poder constituinte originário e derivado, limitações jurídicas ao poder de reforma (e suas subcategorias), bem como identificar o tratamento das normas positivas relativas a esses temas pela dogmática constitucional brasileira.

¹⁰²⁷ Deve-se também ponderar que a Federação é estatuída logo no artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

3.1. Constituição¹⁰²⁸ e Tempo

O aspecto temporal de qualquer Constituição é marcado por uma tensão essencial: de um lado, a busca do poder constituinte de perenizar o modelo político estruturado por esse ordenamento jurídico; de outro, a força irrefreável da mudança social, seja no tocante aos valores ou à distribuição do poder¹⁰²⁹. Dessa tensão emerge a necessidade de acomodação do texto constitucional desajustado, sob o risco de aparição súbita de tendências de ruptura e aparecimento de forças constituintes. A resposta formula-se de um modo técnico e é explicitada na previsão de mecanismos especiais de reforma do texto constitucional, os quais cumprem uma típica função adaptadora, na medida em que permitem recobrar a sintonia entre norma e realidade constitucional sem a necessidade de rompimentos bruscos.

A reforma constitucional é, portanto, instrumento de proteção da permanência da Constituição em face das contingências do processo político e das alternâncias valorativas e materiais da sociedade.

¹⁰²⁸ Para JORGE MIRANDA, “a Constituição constitui o Estado, tal como em qualquer outra sociedade algum corpo de normas desempenha análoga função estruturante. A diferença está em que somente a Constituição é originária” (cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 157).

¹⁰²⁹ Na teoria política e no direito constitucional, o dilema entre permanência e mudança – ou entre risco de excessiva fixidez e risco de abertura e maleabilidade demasiada – tem sido apresentado a partir de uma metáfora literária sugerida pelo filósofo norueguês JON ELSTER. Trata-se do argumento que desenvolve na obra *Ulisses e as Sereias*, publicada em 1979. De uma perspectiva interdisciplinar, que agrega teoria dos jogos, microeconomia, psicologia e biologia comportamental, ELSTER preocupa-se, a princípio, com o uso de mecanismos de autolimitação dos indivíduos enquanto instrumentos de racionalidade da ação. Em outros termos, seu objetivo é mostrar como assumir, hoje, compromissos para o futuro não significa, necessariamente, atar-se, acorrentar-se sem motivo, mas, muitas vezes, adotar um comportamento racional diante da probabilidade de ceder à fraqueza da própria vontade. Não se trata de qualquer racionalidade ideal ou perfeita, mas de um mecanismo efetivo que permite ser racional em um contexto que, por ser real, apenas conhece uma racionalidade limitada ou imperfeita. Com base em seu individualismo metodológico, ELSTER considera que a autovinculação como modo de ação racional também pode ser transposta para o âmbito das instituições sociais, assumidas como o resultado de ações individuais recíprocas. No campo da organização política da vida social, em que o Estado é a instituição central, a forma mais relevante de autolimitação reside na imposição antecipada de restrições à mudança futura de determinadas normas sociais, entre as quais se incluem as normas das Constituições. Entre a modificação ilimitada e a vedação a qualquer alteração, supõe-se ser racional proteger alguns assuntos e valores de interesse público em face de contingências e interesses momentâneos que podem, de modo oportuno e meramente instrumental, funcionar como estímulo à “fraqueza” da vontade política. Sobre o assunto, ver ELSTER, Jon. *Ulisses y las sirenas*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1989; e ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Unesp, 2009.

Para os países dotados de Constituição escrita, como o Brasil, a tensão mencionada revela-se, mais propriamente, entre os enunciados normativos – os textos constitucionais cujos significados são normas – e os ditos “fatores reais de poder”, na linguagem de FERDINAND LASSALLE¹⁰³⁰, que abrangem as variáveis sociais, econômicas e ideológicas do jogo sem-fim que é o processo de decisão política. Costuma-se afirmar, nesse quadro, que podem surgir dissonâncias entre Constituição formal e Constituição real, situação que abre espaço para o risco de ineficácia e perda de normatividade da Constituição formal. Nesse quadro, os instrumentos de reforma do texto constitucional exsurtem como soluções de compromisso para recobrar o sentido e o valor do texto constitucional diante de modificações da prática política.

Diante da imperfeição da Constituição em face das injunções advindas de novos cenários, é preciso se contentar com o equilíbrio: abre-se mão da imutabilidade da obra do poder constituinte originário e, em troca, ganha-se a conservação da ordem constitucional e evita-se a ameaça, mesmo que remota, de quebra abrupta de continuidade.

O balanceamento entre a permanência temporal da Constituição enquanto fator de eficácia normativa e garantia da ordem social, de um lado, e a adaptação do texto constitucional às demandas de variada natureza, de outro, não é promovido somente por um tipo de mecanismo, como se costuma supor. Em rigor, quando se pensa em ajuste constitucional, já se intui que o modo de proceder seja a realização de uma reforma – também dita *mudança formal* – materializada em uma proposta de emenda. Contra o senso comum, encontram-se, efetivamente, diversas formas de alterar a Constituição em vista de permitir sua acomodação ao contexto. Para decifrá-las, é necessário, antes, um repasse conceitual sobre os diferentes sentidos em que se costuma empregar o termo *Constituição*.

¹⁰³⁰ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Líder, 2001. p. 42.

3.2. Constituição em Sentido Material e em Sentido Formal

A doutrina constitucional e a teoria do Estado, em rigor, opõem a concepção material à formal de Constituição. No tocante à primeira, vê-se a Constituição como o conjunto das *“escolhas básicas que cada povo faz em cada momento histórico [...]; [o] estatuto jurídico ou ordenação racionalizante do Estado [que] (...) plasma-se em princípios jurídicos específicos, explícita ou implicitamente – os princípios que, abrangendo também a forma de Estado, a forma de governo, o sistema de governo e a forma institucional, no seu conjunto dão corpo a uma Constituição material [...]; o acervo de princípios fundamentais estruturantes e caracterizantes de cada Constituição em sentido material positivo; aquilo que lhe confere substância e identidade; a manifestação direta e imediata de uma ideia de Direito que prevalece em certo tempo e lugar (seja pelo consentimento, seja pela adesão passiva); a resultante primária do exercício do poder constituinte material; e, em democracia, a expressão máxima da vontade popular livremente formada”*¹⁰³¹.

Coincide, assim, a Constituição material com a permanência de certos princípios fundamentais que organizam a vida política, mesmo que sejam alterados os preceitos ou regras¹⁰³². Portanto, existe a Constituição material na medida em que a realidade constitucional é fundamentada nos princípios básicos estipulados naquela¹⁰³³. Do contrário, *“Passar de uns princípios a outros (dos princípios respeitantes à forma de Estado, ou ao regime, ou à forma de governo, ou ao sistema de governo, ou à forma institucional) significaria passar de uma Constituição [material] a outra”*¹⁰³⁴.

Se a Constituição material é, sinteticamente, a expressão das decisões políticas fundantes e dos princípios estruturais do Estado, a Constituição em sentido formal concerne ao modo

¹⁰³¹ Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*, p. 169.

¹⁰³² Cf. FERREIRA, Luiz Pinto. *As emendas à Constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, jan.-jun./2003, p. 216 e ss.

¹⁰³³ Cf. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Reforma constitucional total e Constituição: remédio ou suicídio constitucional? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 168.

¹⁰³⁴ Cf. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 170.

especial de explicitação e à consistência jurídica das normas constitucionais materiais. Mais especificamente, a Constituição material encontra um mecanismo de diferenciação de suas normas em face das demais prescrições do ordenamento jurídico, algo que decorre das próprias características de conteúdo e finalidade que apresentam. Mais que instrumento de instituição do Estado, a Constituição opera como base normativa vinculante para a regulação da vida política, e sua eficácia nessa função depende de lhe ser imputada uma forma jurídica adequada ou, mais propriamente, superior.

Os traços expressivos da Constituição formal são, segundo JORGE MIRANDA¹⁰³⁵, (i) a previsão de um procedimento específico de formação e, em geral, de modificação; (ii) um lugar específico na hierarquia do ordenamento, qual seja, o ápice do sistema normativo e parâmetro de validade das demais normas jurídicas; e (iii) a consideração como um documento normativo dotado de unidade sistemática, que se revela na identidade conferida pelos princípios fundamentais e na coerência interna de suas prescrições.

Com efeito, assevera o autor que a Constituição formal é um conjunto de normas materialmente constitucionais, já que se presta – lógica e historicamente – à manifestação da Constituição material¹⁰³⁶.

¹⁰³⁵ Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*, p. 171. Segundo JORGE MIRANDA, “*Da Constituição em sentido formal cabe distinguir a Constituição em sentido instrumental, ou documento donde constam as disposições constitucionais, expressões verbais das normas constitucionais. Se bem que pudesse (ou possa) ser extensivo a normas de origem consuetudinária quando recolhidas por escrito, o conceito é coevo das Constituições formais escritas. A reivindicação de que haja uma Constituição escrita equivale, antes de mais, à reivindicação de que as normas constitucionais se revelem através de um texto ou documento visível, com as inerentes vantagens de certeza e de prevenção de violações. Importa, porém, fazer uma advertência. Por um lado, Constituição instrumental vem a ser todo e qualquer texto e qualquer texto constitucional, seja ele definido material ou formalmente, seja único ou plúrimo. Por outro lado, mais circunscritamente, por Constituição instrumental, naturalmente carregado à força jurídica específica da Constituição formal. O interesse maior desta análise verifica-se quando o texto constitucional exhibe e garante a Constituição primária em face de outros textos donde constem também normas formalmente constitucionais.*” (ibidem, loc. cit.) No mesmo sentido, ver FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 12-13; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 13.

¹⁰³⁶ Cf. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 176. JORGE MIRANDA salienta que, “*Mesmo concedendo que esta ou aquela norma constante da Constituição formal (ou da instrumental) vista de per se, escapa a qualquer atinência significativa com a Constituição material, ela tem sempre de ser situada no contexto global da Constituição. E isso implica, por um lado, que a sua leitura tem de ser conjugada com a das outras normas, estas à partida, materialmente constitucionais; e, por outro lado, que, por se inserir em tal contexto, qualquer preceito conta para a interpretação sistemática que recaia sobre os demais preceitos.*” (ibidem, p. 176).

Veja-se que a Constituição formal não é a redução das normas constitucionais em um documento composto por disposições escritas – aqui, alude-se a Constituição em sentido instrumental, que cumpre o papel de garantir certeza jurídica e reforçar a eficácia na medida em que previne melhor as eventuais violações. O caráter formal liga-se a um peculiar estatuto da Constituição relativo ao seu modo de elaboração e à posição hierárquica no ordenamento, estatuto esse que confere às normas constitucionais uma força jurídica mais vigorosa e uma resistência ampliada diante das demais espécies normativas.

Esclarecidos os conceitos fundamentais apontados, pode-se seguir à exposição das diferentes maneiras pelas quais é possível modificar¹⁰³⁷ uma Constituição, seja no todo ou em parte.

3.3. Tipologia das modificações constitucionais¹⁰³⁸

Após identificar a condição inelutável das modificações constitucionais¹⁰³⁹, não somente em termos de uma possibilidade aberta, mas como algo que efetivamente ocorre nos

¹⁰³⁷ Cf. COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000. p. 53-54. De acordo com COSTA E SILVA, “É verdade que a idéia radical de imutabilidade da constituição, ligada ao jusnaturalismo contratualista e ao correspondente conceito de constituição como obra fundada nas bases imutáveis da razão e da justiça, foi temperada, já no contexto dos processos revolucionários francês e americano, e sem abandonar o contratualismo, pela separação entre pacto social e ato constitucional, de maneira que apenas para a modificação do primeiro seria exigível a unanimidade. Mas a concepção predominantemente estática permaneceu, como o demonstra a instituição de procedimentos reformadores extremamente dificultados por partes do primeiros marcos positivos do constitucionalismo: a Constituição norte-americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791; demonstra o do mesmo modo o fato de que a ausência, em algumas constituições do século XIX, de previsão de um processo reformador foi interpretada por muitos espíritos da época como expressão de sua qualidade de irreformável. [...] Além de vital à realização balanceada das funções da constituição, o equilíbrio entre permanência e transformação no plano constitucional é importante para a obtenção desse mesmo equilíbrio no direito como um todo: dentre outras razões porque todos os grandes domínios do direito infra-constitucional encontram hoje na constituição algum aspecto central de sua regulação (imanência constitucional de todo o direito.).” (ibidem, loc. cit.).

¹⁰³⁸ Segue-se a doutrina de JORGE MIRANDA, por não haver, até onde foi possível pesquisar, em nenhum outro autor, a extensão e minúcia da análise sobre os diferentes modos de modificar a Constituição. Saliente-se que a classificação do jurista português é repercutida em obras de diversos autores brasileiros, portugueses e espanhóis.

¹⁰³⁹ Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*, p. 247. De acordo com JORGE MIRANDA, “Se as Constituições na sua grande maioria se pretendem definitivas no sentido de voltadas para o futuro, sem

sistemas políticos¹⁰⁴⁰, JORGE MIRANDA recorre ao conceito intencionalmente vago de *vicissitudes constitucionais*, definidas como “*quaisquer eventos que se projetem sobre a subsistência da Constituição ou de algumas das suas normas*”¹⁰⁴¹.

Para adensar o significado de um conceito que cobre uma gama bastante variada de situações¹⁰⁴², o jurista português propõe uma classificação das vicissitudes constitucionais com base em cinco critérios: (i) modo de produção; (ii) objeto; (iii) alcance; (iv) consequências sobre a ordem constitucional; (v) duração dos efeitos. Explicitam-se, a seguir, cada um desses critérios.

No que se refere ao *modo de produção*, considerando-se a forma como poder de alteração é exercido, isto é, como a vontade constitucional se manifesta, as vicissitudes podem ser: (i) *Expressas*, quando o evento modificativo é resultado de um ato especificamente dirigido à finalidade de alterar a Constituição – *e.g.*, revisão *stricto sensu*, derrogação, revolução, certas formas de transição constitucional e rotura não revolucionária, suspensão parcial; e (ii) *Tácitas*, quando o evento modificativo é o resultado indireto de um fato normativo – *e.g.*, costume constitucional, interpretação evolutiva e revisão indireta.

No tocante ao *objeto*, verificam-se as normas constitucionais afetadas pela vicissitude: (i) *Totais*: afeta-se a Constituição como um todo, ou seja, dá-se a emergência de nova Constituição, seja com a substituição de todas as normas que a compõem, seja com a mudança dos seus princípios fundamentais. Pode ocorrer por via evolutiva (transição constitucional) ou por rotura (revolução); e (ii) *Parciais*: atingem somente parte da

duração prefixada, nenhuma Constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixa e sofrer modificações – para se adaptar às circunstâncias e a novos tempos ou para acorrer a exigências de solução de problemas que podem nascer até da sua própria aplicação. A modificação das Constituições é um fenómeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar. Mais do que modificáveis, as Constituições são modificadas. Ou, doutro prisma (na senda de certa doutrina): nenhuma Constituição se esgota num momento único – o da sua criação; enquanto dura, qualquer Constituição resolve-se num processo – o da sua aplicação – no qual intervêm todas as participantes na vida constitucional.” (Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*, p. 247).

¹⁰⁴⁰ Cf. BRITO, Wladimir. Tempo e direito. O tempo de revisão constitucional. *Direito e Cidadania*, n. 16/17, set. 2002, p. 219 e ss.

¹⁰⁴¹ Cf. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 248.

¹⁰⁴² Cf. TELES, Miguel Galvão. *O problema da continuidade da ordem jurídica e a Revolução Portuguesa*. Lisboa: EPNC, 1985.

Constituição e nunca maculam os princípios definidores da ideia de Direito que a distingue. Como exemplo, citam-se as modificações constitucionais.

No que tange ao *alcance*: (i) *Geral e abstrato*: aplicam-se a todas as situações concretas que se subsumem à situação descrita em uma fórmula abrangente – contida em um enunciado normativo – e valem indistintamente para todos os destinatários; (ii) *Concreto ou excepcional*: aplicam-se somente a situações determinadas, pontuais, e valem apenas para alguns dos possíveis destinatários das normas constitucionais.

Com relação às *consequências sobre a ordem constitucional* – colisão, ou não, com a integridade e a continuidade da Constituição: (i) *Evolução*: não há solução de continuidade, nem colisão com a integridade da Constituição alterada. Os casos de evolução constitucional costumam coincidir com vicissitudes parciais – critério do objeto. Para ilustrar, podem-se citar as modificações constitucionais; e (ii) *Rotura*: opera-se um corte com a ordem constitucional anterior, ou seja, há solução de continuidade. Quase todas as situações de rotura são vicissitudes totais – critério do objeto. Mencionem-se, a respeito, a revolução e a rotura não revolucionária¹⁰⁴³.

No que concerne à *duração dos efeitos*: (i) *Temporárias*: são ditas suspensões *lato sensu*. Podem ser totais ou parciais – quanto ao critério do objeto –, e feitas nos termos da Constituição ou sem sua observância. A suspensão parcial da Constituição de alcance geral e abstrato, feita na forma da própria Constituição, integra o caso das providências ou medidas de necessidade – no caso brasileiro, *e.g.*, o estado de sítio, o estado de necessidade e a declaração de guerra; e (ii) *Definitivas*: operam sem admitir que a ordem constitucional anterior seja retomada.

A combinação dos critérios classificatórios permite compreender de modo mais adequado as várias vicissitudes constitucionais que se fazem presentes nos diversos ordenamentos jurídicos pautados em Constituições formais. JORGE MIRANDA¹⁰⁴⁴ alcança sete

¹⁰⁴³ Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*, p. 249. Contudo, adverte JORGE MIRANDA que “*pode haver vicissitudes totais na continuidade – contanto que a nova Constituição advenha com respeito das regras orgânicas e processuais anteriores – e vicissitudes parciais na descontinuidade – as roturas não revolucionárias*” (p. 248).

¹⁰⁴⁴ Ibidem, p. 251-256.

modalidades principais – com algumas submodalidades –, a seguir expostas de modo sintético.

*Revisão constitucional*¹⁰⁴⁵: é a mudança constitucional expressa, de alcance geral e abstrato, e parcial, uma vez que busca adaptar a Constituição com base em um princípio de continuidade institucional ou autoconservação. Em rigor, a revisão é procedida nos termos previstos na própria Constituição e seu resultado costuma ser a aposição das modificações no próprio texto constitucional – sem embargo, alguns países preveem mudanças formalizadas em leis constitucionais autônomas. É recorrente falar-se em revisão parcial e revisão total –nos termos do critério do objeto, anteriormente exposto -mas esta última existirá apenas se não atingir os princípios fundamentais que distinguem a Constituição a ser alterada¹⁰⁴⁶. Do contrário, estar-se-á diante de outra modalidade de vicissitude, mais precisamente, a *transição constitucional*.

Derrogação – também dita *quebra* ou *rotura material*: assemelha-se à revisão constitucional *stricto sensu*, mas se diferencia por criar uma norma geral e concreta, ou mesmo uma norma individual, pela qual se estabelece uma exceção autorizada pela própria Constituição a um princípio ou regra constitucional, em caráter temporário ou definitivo. Há derrogações originárias (ou autorroturas)¹⁰⁴⁷, que são introduzidas pelo poder constituinte originário, bem como derrogações supervenientes, que resultam de revisão¹⁰⁴⁸. Importante é verificar, para as derrogações supervenientes – que são, propriamente, as que possuem finalidade modificativa em face de uma Constituição vigente –, se atingem ou não princípios fundamentais, pois no segundo caso a consequência normal é reputar

¹⁰⁴⁵ Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*, p. 251. Segundo JORGE MIRANDA, “é a modificação da Constituição com uma finalidade de autorregeneração e autoconservação, quer dizer, de eliminação das suas normas já não justificadas política, social e juridicamente, de adição de elementos novos que a revitalizem, ou, porventura, de consagração de normas preexistentes a título de costume ou de lei ordinária. É a expressa sobre o processo, nos termos que decorram do sistema de órgãos e atos jurídico-constitucionais; e insira-se a modificação diretamente no próprio texto constitucional ou aprove-se, para o efeito, uma lei constitucional autónoma.” (ibidem, loc. cit.).

¹⁰⁴⁶ Cf. MORTARI, Constantino. Concetto, limiti, procedimento dela revisione costituzionale. *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952. p. 29 e ss.

¹⁰⁴⁷ Cf. OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. p. 89.

¹⁰⁴⁸ Cf. RAMOS, Rui Moura. *A convenção europeia dos direitos do homem. Sua posição face ao ordenamento jurídico português*. Coimbra: Coimbra, 1982. p. 1341.

inconstitucional a pretensa derrogação. Em termos práticos, as inconstitucionalidades materiais que não foram objeto de controle jurídico equivalem às derrogações.

Modificações tácitas: são geradas por *costume* constitucional *praeter* e *contra legem*¹⁰⁴⁹ (caso se reconheça ao costume a eficácia derogatória de normas constitucionais formais)¹⁰⁵⁰, *interpretação evolutiva* – adaptação do sentido dos enunciados textuais conforme o “espírito vivo da Constituição” e as necessidades trazidas ao longo do tempo; supõe-se a Constituição como organismo vivo e em movimento, submetido a uma dinâmica conforme a realidade e inapreensível em fórmula fixas¹⁰⁵¹ ou *revisão indireta* (forma particular de interpretação sistemática; alteração do sentido de um enunciado constitucional não alterado em face de uma revisão direta em outra parte da Constituição).

Vicissitudes com rotura na continuidade da ordem jurídica ou alterações constitucionais stricto sensu: são mudanças expressas feitas sem a consideração das regras substantivas ou procedimentais da Constituição a ser alterada. Na *revolução* (ou rotura total)¹⁰⁵², promove-

¹⁰⁴⁹ Cf. RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto costituzionale*. 9. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1972. p. 692 e ss.

¹⁰⁵⁰ Sobre o tema, ver BULOS, Uadi Lamêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 42 e ss.

¹⁰⁵¹ Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*, p. 253-254. Segundo JORGE MIRANDA, “a interpretação jurídica deve ser não só objetivista como evolutiva, por razões evidentes: pela necessidade de congregar as normas interpretandas com as restantes normas jurídicas (as que estão em vigor, e não as que estavam em vigor ao tempo da sua publicação), pela necessidade de atender aos destinatários (aos destinatários atuais, e não aos do tempo da entrada em vigor das normas), pela necessidade de reconhecer um papel ativo do intérprete, ele próprio situado no ordenamento em transformação. E também a interpretação constitucional deve ser, e é efetivamente, evolutiva – pois quaisquer Constituição é um organismo vivo sempre em movimento como a própria vida, e está sujeita à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas.” (ibidem, loc. cit.).

¹⁰⁵² Ibidem, p. 217-218. A revolução, segundo JORGE MIRANDA, é o ato ou fato “mais eminentemente jurídico [...] é o triunfo de um Direito diferente ou de um diverso fundamento de validade do sistema jurídico positivo do Estado. Não é antijurídica; é apenas anticonstitucional por oposição à anterior Constituição – não em face da Constituição in fieri que, com ela, vai irromper”. Por mais que a revolução represente um momento de força que se opõe ao direito, trata-se de uma força que possui um conteúdo jurídico, uma intenção regulante e ordenadora. Nas palavras do autor, “A força não é, com efeito, senão o ponto de apoio da alavanca revolucionária, que nem por isso deixa de ser uma alavanca jurídica [...] A revolução procura privar o direito da sua força, mas para atingir esse fim ela coroa de direito a força revolucionária [...] a revolução põe em causa a integridade da ordem constitucional, rompe-a para a ter de refazer de imediato e para, tendo de a refazer, ter de fundar de novo todo o sistema jurídico estatal” (ibidem, loc. cit.). Em outros termos, a revolução derruba uma unidade jurídica e afirma, pela força que veicula uma nova ideia de direito e outros princípios políticos fundamentais, outra unidade que também é jurídica e encontra na Constituição nova seu marco inaugural. A concretização de uma revolução pode advir tanto de um “golpe de Estado” (quando o titular de um órgão do poder constituído usurpa o poder constituinte e rompe com a estrutura político-constitucional vigente) quanto de uma insurreição ou revolução *stricto sensu* (movimento externo aos poderes constituídos). Por mais que as revoluções costumem ser identificadas por um momento determinado, muitas vezes é preciso que um processo mais ou menos demorado e complexo ocorra para que o instante revolucionário se afirme de modo efetivo e faça desmoronar o regime anterior. Não se exclui,

se rotura *da* ordem constitucional, uma vez que são substituídos os princípios estruturantes da Constituição anterior. Em caso de *rotura não revolucionária* (ou rotura parcial), modifica-se a Constituição sem observância das regras processuais; é, portanto, uma rotura formal, rotura *na* ordem constitucional.

*Transição constitucional*¹⁰⁵³: é o caso da passagem de uma Constituição material a outra – ou seja, transformação dos princípios que explicitam as escolhas políticas básicas – com observância das formas constitucionais (sem rotura). É possível que o processo de revisão (total) conste de preceitos constitucionais expressos. Mas também não se exclui a utilização do processo normal de revisão, acrescido de alguns requisitos (*e.g.*, relativização dos limites materiais), para remover ou alterar os princípios fundamentais do regime político.

Desenvolvimento constitucional: é um caso de modificação complexa, que resulta da realização progressiva da Constituição no tempo, promovida pela combinação de interpretação evolutiva, revisão *stricto sensu* e costumes. Trata-se da reorientação do sentido da Constituição vigente, o qual gera novos sentidos e resultados antes latentes nos princípios fundamentais que marcam aquele sistema constitucional¹⁰⁵⁴.

também, que o processo de amadurecimento revolucionário seja heterogêneo, isto é, que dois ou mais projetos político-constitucionais concorram para o posto de substituto da ordem constitucional antecedente (cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*, p. 217-218).

¹⁰⁵³ Ibidem, p. 221. Nesta categoria, apesar de os processos que a concretizam não serem apreensíveis por uma configuração típica e anterior às circunstâncias históricas, opera-se sempre um dualismo, revelado na subsistência da Constituição anterior – a sob resolução –, enquanto se prepara a Constituição formal nova. Além disso, a transição distingue-se porque, em termos procedimentais, observam-se, no dizer de Jorge Miranda, “*as competências e formas de agir instituídas*” em vista de alterar os princípios fundamentais da ordem política (ibidem, loc. cit.). A transição constitucional, em síntese, configura substituição da Constituição material sob a figuração de permanência formal do ordenamento jurídico.

¹⁰⁵⁴ Ibidem, p. 225. Segundo JORGE MIRANDA, “*O desenvolvimento constitucional não comporta a emergência de uma Constituição diversa, apenas traz a reorientação do sentido da Constituição vigente. De certo modo, os resultados a que se chega ou vai chegando acham-se contidos na versão originária do sistema constitucional ou nos princípios fundamentais em que assenta; e ou se trata de um extrair das suas consequências lógicas ou da prevalência de certa interpretação possível sobre outra interpretação também possível. Foi, por exemplo, mediante desenvolvimento constitucional que, na maior parte dos países ocidentais, se foi alargando, durante mais de cem anos, a atribuição do direito de voto, com base nas exigências do princípio democrático, até ao sufrágio universal, assando-se do governo representativo liberal à democracia representativa. Foi, por exemplo, mediante desenvolvimento constitucional, que a Constituição de 1976, sem perder o seu cunho compromissório, se iria sedimentar com clara acentuação dos princípios do Estado de Direito Democrático.*” (ibidem, loc. cit.).

Suspensão da Constituição: consiste na retirada de vigência, durante certo tempo, de algumas normas constitucionais – é parcial e não total, portanto –, em razão de circunstâncias específicas. Costumam as Constituições adotar o princípio geral de proibição da suspensão, o qual se expressa no enunciado de regras mais ou menos rigorosas que qualificam certas circunstâncias como tão excepcionais que uma parcela das normas constitucionais pode ter sua vigência provisoriamente suprimida. A suspensão parcial sem respeito às regras constitucionais autorizativas resultará em um quadro análogo ao da ruptura não revolucionária. Caso se configure suspensão total da Constituição – o que sempre ocorre em desconsideração das normas atingidas –, haverá um equivalente da revolução.

Em face de o objeto de estudo do presente trabalho serem as alterações constitucionais parciais por emendas pelo poder constituinte secundário, na forma regular prevista pela própria Constituição, resta necessário analisar as limitações impostas à alteração constitucional, tarefa que somente pode ser feita após a compreensão de dois conceitos jurídicos fundamentais, quais sejam, de poder constituinte originário e poder constituinte derivado.

3.4. O Poder Constituinte Originário

O conceito jurídico de poder constituinte¹⁰⁵⁵ surge no século XVIII com a Revolução Francesa, tendo como teórico criador o abade francês EMMANUEL SIEYÈS, por ocasião da Convenção Francesa, no livro clássico *Que é o Terceiro Estado?*¹⁰⁵⁶. O autor cria o

¹⁰⁵⁵ Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*, p. 212. Conforme JORGE MIRANDA, “Na sua expressão inicial e mais elevada de poder de auto-ordenação, o poder constituinte material (originário) entremostra-se de exercício raro, ainda que permaneça latente em toda a existência do Estado, pronto a emergir e a atualizar-se em qualquer instante.” (ibidem, loc. cit.).

¹⁰⁵⁶ SIEYES, Emmanuel. *Qu’est-ce que le tiers état?* Geneva: Droz. 1970. Com essa figura jurídica, o autor transferia a soberania do rei para o povo (cf. FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*, p. 18).

conceito de poder constituinte, separando-o em duas categorias, poder constituinte (*potestas constituens*) e poder constituído (*potestas constituta*)¹⁰⁵⁷.

O poder constituinte – que mais tarde recebeu a qualificação de originário¹⁰⁵⁸ –, seria aquele poder soberano, permanente, inalienável, incondicionado e ilimitado, que instituiria a ordem jurídica com a promulgação da Constituição¹⁰⁵⁹. O próprio SIEYÈS já apontava essas características, ao afirmar que “*o poder constituinte pode tudo. Ele não está submetido a uma determinada Constituição. A Nação que exerce o maior e mais importante dos poderes deve ficar, no exercício dessa função, livre de qualquer constrangimento e de outra qualquer forma, salvo a que lhe aprouver adotar*”¹⁰⁶⁰.

Em magistral análise da natureza do poder constituinte, GEORGES BURDEAU aponta a dificuldade que a natureza híbrida desse poder oferece ao exame jurídico. Para o jurista, o poder pressupõe um quadro de competências; contudo, para o poder constituinte ocorre o contrário, pois este é rebelde a qualquer ordenamento. A verdade, conclui BURDEAU, é que esse singular poder não é comandado pelo direito positivo, haja vista a inexistência de relação jurídica do poder constituinte com qualquer Constituição anterior¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁷ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 73. Segundo CANOTILHO, “os autores modernos salientam que, no fundo, a teoria do poder constituinte de SIEYÈS é, simultaneamente, desconstituinte e reconstituinte. O poder constituinte antes de ser constituinte é desconstituinte porque dirigido contra a ‘forma monárquica’ ou ‘poder constituído pela monarquia’. Uma vez abolido o poder monárquico, impõe-se uma ‘reorganização’, um ‘dar forma’, uma reconstrução da ordem jurídico-política” (ibidem, loc. cit.).

¹⁰⁵⁸ Cf. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 212. De acordo com JORGE MIRANDA, “Na sua expressão original e mais elevada de poder de auto-ordenação (em virtude, porém, insista-se de uma ideia de Direito, de um princípio de legitimidade ou, se se adotasse uma postura kelseniana, de uma norma fundamental postulado da subsistência da ordem jurídica.), o poder constituinte material entremostra-se de exercício raro, ainda que permaneça latente em toda a existência do Estado, pronto a emergir e a atualizar-se em qualquer instante.” (ibidem, loc. cit.).

¹⁰⁵⁹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 78. Para CANOTILHO, o primeiro ato constituinte se situa no momento pré-constituinte, pois se trata da decisão de *como* o povo vai adotar uma nova lei fundamental: se por referendo constituinte ou por assembleia constituinte, por exemplo (ibidem, loc. cit.). O jurista também destaca que há momentos no procedimento constituinte que, em verdade, são “*pré-constituíntes*”. São fatos complexos como golpes de Estado, revoluções, “*queda de muros*”, que reconduzem à decisão política de elaboração da lei fundamental, e, algumas vezes, à elaboração de leis constitucionais provisórias. Ao seu lado, estariam as decisões materialmente constituintes, como iniciativa, discussão, votação, promulgação, publicação, conducentes à adoção de uma nova Constituição (ibidem, p. 77).

¹⁰⁶⁰ Cf. BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1969. v. 4, p. 206.

¹⁰⁶¹ Ibidem, p. 206. O que, segundo o autor, daria a maior prova de que o direito não precede o Estado (ibidem, loc. cit.).

Nessa época, prevalecia o jusnaturalismo democrático, que tem, paradoxalmente, um componente positivista, por entender legítima toda expressão de poder estatal desde que fundada na vontade da maioria, independentemente de um conteúdo ético prévio das normas, radicado no direito natural. Para lidar com as maiorias circunstanciais, impedindo excesso de maleabilidade e disponibilidade dos conteúdos éticos do direito, o que comprometeria sua continuidade e permanência, criaram-se mecanismos de contenção dessas maiorias instáveis, como a cláusula pétrea e a exigência de quórum qualificado¹⁰⁶². Assim, a permanência da Constituição é ideia inspiradora do constitucionalismo moderno¹⁰⁶³.

A princípio, concebeu-se que o texto constitucional deveria durar indefinidamente no tempo. Para assegurar sua duração, as Constituições do século XVIII organizaram um complexo processo de defesa e proteção, que tornava a mudança constitucional hipótese distante, cuja efetividade dependeria da transposição das regras dilatórias do sistema de defesa. As Constituições revolucionárias francesas de 1791 e 1795 ofereceram o modelo dessa dupla inspiração: a duração indefinida e a mudança difícil, lenta e complexa¹⁰⁶⁴.

Com o constitucionalismo latino-americano do século XX, a ideia de permanência da Constituição adquiriu outra configuração. Formulou-se a intangibilidade da Constituição, afirmando sua continuidade e duração, mesmo quando interrompida sua vigência por ato de força e violência, o que imunizou o texto constitucional ao Golpe de Estado e às manifestações de poder fático. Essa solução latino-americana, que reflete a experiência de nações submetidas a prolongadas fases de instabilidade política, ingressou nas Constituições do México de 1917 (art. 136), da Venezuela de 1961 (art. 250) e do Peru de 1979 (art. 307), as quais, em normas de conteúdo comum, afirmam a permanência da

¹⁰⁶² Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 3. ed., p. 135.

¹⁰⁶³ Cf. BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*, p. 261. Nesse sentido, BURDEAU admite a revisão total, quando estiver expressamente consignada na Constituição, sustentando que o silêncio ou a imprecisão do texto constitucional sobre a revisão total deve ser interpretado como proibição dessa modalidade de revisão (ibidem, p. 261). Para o teórico, as formas de revisão são comandadas pelo regime político-filosófico da Constituição e o tipo de revisão nela previsto torna a revisão inseparável da ordem constitucional, pelo que a revisão seria tributária da ideia de direito que fundamenta o poder político, incorrendo em desvio de poder se a revisão se colocasse a serviço de outra ideia de direito (ibidem, p. 251-252).

¹⁰⁶⁴ Cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 69.

Constituição, apesar de sua derrogação por ato de força ou outro procedimento nela não previsto¹⁰⁶⁵.

Além disso, assentou-se que titularidade do poder constituinte não cabe ao povo majoritário, como antes se concebia. Explica CANOTILHO que, sendo povo um conceito plurívoco, deve-se entendê-lo aqui como o “*povo político*”, ou seja, o “*o grupo de pessoas que agem segundo idéias, interesses e representações de natureza política*”, afastando-se assim “*um conceito naturalista, étnico ou rácico do povo considerado por origem, língua e/ou cultura comum*”¹⁰⁶⁶. Não se trata apenas do povo politicamente ativo, mas engloba também o povo “*impolítico*”, situado às margens da modernidade periférica¹⁰⁶⁷.

Na atualidade, também não se aceita um ordenamento jurídico com foros de legitimidade que admita a hipótese de imutabilidade de normas jurídicas, notadamente as constitucionais¹⁰⁶⁸. Na visão de JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, referida imutabilidade se opõe ao próprio princípio democrático, ainda que ela seja defendida como meio de preservação de instituições democráticas¹⁰⁶⁹. Nessa linha, CANOTILHO afirma que o cumprimento da tarefa constitucional é incompatível “*com a completa disponibilidade da Constituição*”¹⁰⁷⁰, ao passo que KARL LOEWENSTEIN, na excelente análise contida na obra de sua autoria, *Teoria da Constituição (Verfassungslehre)*, mostra que a Constituição se valoriza na medida em que favorece mudanças na estrutura social sem alterar o processo

¹⁰⁶⁵ Cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 71.

¹⁰⁶⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 75.

¹⁰⁶⁷ Ibidem, p. 75-76.

¹⁰⁶⁸ Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 3. ed., p. 215. Na atualidade, o direito se vê assoberbado com problemas de legitimação, próprios das sociedades diferenciadas (que apartam as convicções religiosas e morais do sistema jurídico). Se o positivismo tradicional descartou essas questões ao colocá-las fora do sistema jurídico, rejeitando normas prévias ou acima do pacto jurídico-político originário, o desafio da pós-modernidade nos Estados Democráticos de Direito, segundo ADEODATO, consiste justamente em fixar limites ao poder constituinte originário, situação para a qual o positivismo clássico, outrora eficiente, não apresenta solução (ibidem, loc. cit.).

¹⁰⁶⁹ Cf. ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos* – esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 780.

¹⁰⁷⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 1.135.

político¹⁰⁷¹. Logo, o poder de alteração da Constituição foi submetido a diversas ordens de limitação, em prol da estabilidade da realidade constitucional.

Note-se que não é sempre que se adota um novo sistema constitucional; isso se dá apenas em *“tempos de ‘viragem histórica’, em épocas de crise, em ocasiões privilegiadas irrepetíveis em que é possível ou imperativo escolher. E estas ocasiões não podem ser previstas, nem catalogadas a priori; somente podem ser apontados os seus resultados típicos – a formação de um Estado ex novo, a sua restauração, a transformação da estrutura do Estado, a mudança de um regime político”*¹⁰⁷².

Logo, o Estado surge coincidentemente com o nascimento de uma Constituição¹⁰⁷³, uma vez que nela serão exteriorizadas as representações particulares do conceito de Estado, sendo a Constituição originária aquela que faz nascer o Estado, trazendo a configuração do povo, do território e do poder¹⁰⁷⁴.

O poder constituinte é, pois, soberano e preexistente à Constituição, porque se destina a criá-la e se distingue do poder constituído, situando-se no ponto de partida do ordenamento jurídico-positivo, sendo suas características constitutivas ser inicial, autônomo e incondicionado¹⁰⁷⁵. É inicial porque dá ensejo à ordem jurídica estatal, ou seja, o novo ordenamento jurídico surge a partir dele. É autônomo porque pode dispor sobre qualquer assunto, não havendo vinculação com o ordenamento jurídico anterior (ilimitação

¹⁰⁷¹ Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, p. 199.

¹⁰⁷² Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*, p. 212.

¹⁰⁷³ Ibidem, p. 213. No Brasil, consoante assevera MICHEL TEMER, o Estado nasce a cada manifestação constituinte: *“ressalte-se a idéia de que surge novo Estado a cada nova Constituição, provenha ela de movimento revolucionário ou de assembleia popular. O Estado brasileiro de 1988 não é o de 1969, nem o de 1946, o de 1937, de 1934, de 1891, ou de 1824. Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente. A cada manifestação constituinte, editora de atos constitucionais como Constituição, Atos Institucionais e até Decretos (veja-se o Decreto n. 1, de 105.11.1889, que proclamou a República e instituiu a Federação como forma de Estado), nasce o Estado. Não importa a rotulação conferida ao ato constituinte. Importa a sua natureza. Se dele decorre a certeza de rompimento com a ordem jurídica anterior, de edição normativa em desconformidade intencional com o texto em vigor, de modo a invalidar a normatividade vigente, tem-se novo Estado”* (cf. TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 33 e ss.).

¹⁰⁷⁴ Cf. HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 130-131.

¹⁰⁷⁵ Cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 3.

material), e é incondicionado porque não está condicionado ao ordenamento que o precede¹⁰⁷⁶.

Caracterizado o poder constituinte originário, pode-se analisar o conceito de poder constituinte derivado.

3.5. O Poder Constituinte Derivado e seus Limites

Como fora previamente afirmado, os dispositivos de reforma do texto constitucional cumprem a missão de permitir a adaptação temporal da Constituição, porquanto oferecem meios para ajustar as dissonâncias entre norma e realidade sem permitir transições repentinas e violentas – se não física, ao menos simbolicamente. Garante-se, pois, a legitimidade constitucional em face de variações sociais e políticas que ensejam o aparecimento de forças críticas ao conteúdo valorativo do texto positivo da Constituição¹⁰⁷⁷.

Com efeito, restam intimamente ligadas a estabilidade constitucional e a segurança jurídica, já que *“da supremacia da constituição decorre a idéia de permanência como regra e mudança da exceção, a estabilidade constitucional surge como contrapeso à de outro modo ilimitada mutabilidade do direito”*¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁶ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.p. 37-38.

¹⁰⁷⁷ Cf. COSTA e SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*, p. 55-56. Segundo COSTA E SILVA, *“A constituição não se legitima e identifica apenas pela autoridade que lhe deu forma, mas também por seu conteúdo fundamental. Esse conteúdo faz parte da identidade da constituição. A previsão de limites materiais ao poder reformador deixa manifesta a vinculação entre continuidade e permanência substancial, na medida em que o afastamento de um determinado conteúdo somente se torna possível mediante subversão, por parte de um poder constituído, da autoridade que elaborou o documento constitucional e estabeleceu aqueles limites.”* (ibidem, loc. cit.).

¹⁰⁷⁸ Ibidem, p. 58.

De qualquer modo, a reforma constitucional, produzida pelo órgão ao qual a Constituição conferiu competência para tal fim, é o mecanismo mais importante de alteração desse ordenamento jurídico¹⁰⁷⁹. Essa reforma pode ou não ser idêntica ao processo de criação da Constituição, bem como não se admite que aconteça a todo o tempo¹⁰⁸⁰.

No ambiente dos Estados Democráticos de Direito, afirma-se o *princípio da constitucionalidade* como expressão da ideia segundo a qual a Constituição dirige a marcha da sociedade e vincula a atuação dos poderes públicos. Reforça esse princípio a *rigidez constitucional*¹⁰⁸¹, técnica jurídica que impõe maior dificuldade para a mudança formal da Constituição que para a alteração de leis ordinárias e complementares¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁹ Cf. COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*, p. 73-74.

¹⁰⁸⁰ Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*, p. 260-261. EURICO ZECCHIN MAIOLINO sugere seis funções cumpridas pela reforma constitucional em sistemas marcados pela rigidez: (i) *função de garantia*: instrumentaliza a permanência da Constituição e reforça a sua condição de elemento estruturante da vida política; (ii) *função de estabilização*: a reforma, apesar de constituir alteração textual, possibilita, na medida em que feita por processo legislativo agravado, a conservação do programa normativo fundamental definido pelo constituinte originário, uma vez não se permitir a mudança desenfreada e irrefletida do texto constitucional; (iii) *função de ajustamento*: a reforma possibilita um “realinhamento axiológico”, porquanto promove a adequação dos valores constitucionais aos valores sociais e políticos, que poderiam estar em situação de alheamento se não fosse o emprego da reforma; (iv) *função de correção*: a reforma constitucional permite redimensionar a distribuição do poder entre as instituições políticas, quando se nota que a situação vigente gera ineficiência ou desequilíbrio; (v) *função de colmatação*: a reforma possibilita que matérias não reguladas pela Constituição sejam nesta introduzidas, o que configura escolha política de reforço simbólico e jurídico da disciplina daquele assunto erigido ao status constitucional; f) *função de aperfeiçoamento*: a reforma pode servir para incrementar a participação do povo no processo democrático ou mesmo para reforçar a proteção de direitos fundamentais já positivados (cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 65-69).

¹⁰⁸¹ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. Op. cit., p. 63. Segundo EURICO ZECCHIN MAIOLINO, “A Constituição rígida é aquela que, estando em um plano hierárquico superior ao da legislação ordinária, não pode ser reformada senão por um processo agravado e diverso daquele utilizado para a reforma das demais leis. Flexível, por seu turno, é a Constituição que, estando no mesmo nível hierárquico-formal das leis ordinárias, pode ser reformada pelo mesmo processo previsto para estas últimas” (ibidem, loc. cit.). Para JORGE MIRANDA, a classificação das constituições em rígidas e flexíveis reporta-se à modificação e à subsistência de normas constitucionais: “Diz-se rígida a Constituição que, para ser revista, exige a observância de uma forma particular distinta da forma seguida para a elaboração das leis ordinárias. Diz-se flexível aquela em que são idênticos o processo legislativo e o processo de revisão constitucional, aquela em que a forma é a mesma para a lei ordinária e para a lei de revisão constitucional. Separação em si jurídico-formal, esta separação de Constituições radica, todavia, muito na experiência” (cf. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 256). Constituições formais podem tanto ser rígidas quanto flexíveis, ao passo que as consuetudinárias – do que é exemplo o caso inglês – tendem a ser flexíveis, porquanto o costume constitucional não encontra requisitos especiais de reconhecimento diante do costume jurídico em geral (diferenciam-se somente quanto ao conteúdo, pois naqueles prevalece a matéria constitucional típica, ou seja, a organização do Estado e do governo, além dos direitos individuais) (cf. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 256).

¹⁰⁸² Cf. COSTA E SILVA, Gustavo Just da. Op. cit., p. 62. De acordo com GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA, “a rigidez constitucional é o mais tradicional dos instrumentos jurídicos destinados a assegurar à constituição uma especial duração. Classicamente são consideradas rígidas as constituições que preveem

Não obstante, a evolução social demanda a modificação do texto da Constituição¹⁰⁸³, o qual não poderá permanecer engessado com base em amarras formais, porquanto sua inalterabilidade a torna inadequada a acompanhar a realidade do Estado que rege¹⁰⁸⁴. Por esse motivo, as Constituições necessitam estabelecer instrumentos de proteção de sua permanência.

Ao referido princípio da constitucionalidade conecta-se a ideia de *supremacia constitucional*, que aponta a Constituição como vértice do sistema jurídico, fonte de validade das demais normas e fundamento da legitimidade dos poderes do Estado. Uma especificação dessa ideia revela-se no *princípio da conformidade*, que implica vinculação estrita dos atos estatais às normas e princípios constitucionais.

Em alguns sistemas jurídicos, a rigidez e a supremacia constitucionais são robustecidas pela previsão de mecanismos de defesa jurídica da Constituição, entre os quais se destaca o controle jurisdicional de constitucionalidade de leis, atos e omissões do poder público. Os instrumentos do controle judicial de constitucionalidade servem tanto para impedir que o texto constitucional seja modificado sem observância das regras estritas de mudança formal, como para garantir que as ações dos órgãos estatais sejam realizadas de acordo com as prescrições da Constituição.

A rigidez constitucional – a previsão de um modo especial de mudança formal da Constituição – é percebida como meio que se volta à finalidade de sustentar a estabilidade política e jurídica¹⁰⁸⁵. Se a Constituição não é facilmente alterável, torna-se imprescindível

para a modificação de suas normas, ou para a produção de adicionais normas com força constitucional, a adoração de um procedimento dificultado em relação ao procedimento previsto para a formação das leis ordinárias. Evidentemente que, para que a rigidez cumpra sua função, a maior dificuldade não se pode limitar a simples formalidades secundárias ou mesmo a uma pouco expressiva qualificação de quórum”(cf. COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*, p. 62).

¹⁰⁸³ Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo GallegoAnabitarte. 2. ed. Madrid: Ariel, 1986. p. 162. Segundo LOEWENSTEIN, KARL, “*seria aquela (Constituição ideal) ordem normativa conformadora do processo político segundo a qual todos os desenvolvimentos futuros da comunidade, tanto de ordem política e social, econômica e cultural, pudessem ser previstos de tal maneira que não fosse necessária uma alteração das normas conformadoras*” (ibidem, loc. cit.).

¹⁰⁸⁴ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 57.

¹⁰⁸⁵ Ibidem, p. 61. Segundo EURICO ZECCHIN MAIOLINO, “*É na reforma, na alteração, na modificação do texto que a Constituição permanece como estruturação do Estado e da sociedade. As modificações sociais demonstram, assim, a necessidade de atualização constitucional. A indispensabilidade de alteração do texto constitucional – evitando o alheamento em relação às estruturas reais de poder – impõe o reconhecimento*

que estejam explícitas as condições rigorosas para que alguma modificação ocorra, bem como é indispensável institucionalizar o controle jurídico das mudanças que se mostram desconformes à Constituição¹⁰⁸⁶.

Toda Constituição passa por um processo de atualização, que pode ser formal (reforma constitucional)¹⁰⁸⁷ ou informal (mutação constitucional)¹⁰⁸⁸⁻¹⁰⁸⁹; a modificação formal prioriza a segurança jurídica¹⁰⁹⁰.

Nas Constituições rígidas¹⁰⁹¹, como a brasileira¹⁰⁹², é prevista a possibilidade da alteração das normas constitucionais pela via formal, justamente porque esse tipo de Constituição,

da modificabilidade e adaptabilidade das Constituições.” (cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 61).

¹⁰⁸⁶ Ibidem, p. 63-64. EURICO ZECCHIN MAIOLINO afirma: “A rigidez ou flexibilidade da Constituição, ou seja, a previsão acerca da existência ou inexistência de um processo mais dificultoso de reforma do texto constitucional, constitui decisão do Poder Constituinte no momento da elaboração da Constituição. É o titular do Poder Constituinte que, por ocasião da inauguração da ordem jurídico-positiva, proclama qual espécie de Constituição será estabelecida, prevê os instrumentos e preordena os expedientes tendentes à sua garantia e estabilidade. A maior plasticidade ou elasticidade dos instrumentos de garantia da Constituição são plasmadas no texto constitucional no momento mesmo de sua elaboração e da forma determinada pelo titular do Poder Constituinte.” (ibidem, loc. cit.).

¹⁰⁸⁷ Cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 55. A revisão constitucional, como técnica de mudança da Constituição, não goza de preferência na terminologia do direito constitucional brasileiro. O poder de reforma constitucional ou o poder constituinte derivado tem recebido, segundo o constitucionalismo brasileiro, a designação de *reforma*, adotada na Constituição Monárquica de 1824 (art. 174) e na Constituição Republicana de 1891 (art. 90), de *emendas* nas Constituições Federais de 1934 (art. 178, par. 1º, a, b), de 1946 (art. 127), de 1967 (art. 50) e de 1988 (art. 60) (ibidem, loc. cit.).

¹⁰⁸⁸ Cf. ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*, p. 55. CANOTILHO ensina que mutação constitucional engloba as alterações constitucionais operadas pela via interpretativa, e não pela via formal de revisão do texto constitucional (cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.228-1.229).

¹⁰⁸⁹ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. Op. cit., p. 70. Segundo EURICO ZECCHIN MAIOLINO, “*embora complementares no sentido de representarem a mudança na Constituição para acompanhar a realidade modificada e modificável, a reforma e a mutação constitucional são excludentes: onde há alteração formal do texto da Constituição afasta-se a ideia de mutação como modificação do sentido da norma, isto é, como mudança informal da Constituição*”. Em reforço dessa visão, remete a Klaus Stern, para quem “*a problemática da mutação constitucional começa ali onde se renuncia à reforma da Constituição*” (ibidem, loc. cit.).

¹⁰⁹⁰ Cf. COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*, p. 76. Mas, ainda segundo GUSTAVO J. DA COSTA E SILVA, quando “*atribuída a competência reformadora, em nosso caso, ao Congresso Nacional, a evolução constitucional permanece conformada ao princípio da democracia representativa*”, “*já que a mudança terá lugar mediante uma clara, consciente e processualizada opção entre a solução antiga e a nova.*” (ibidem, loc. cit.).

¹⁰⁹¹ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. Op. cit., p. 62. EURICO ZECCHIN MAIOLINO a define como “*aquela que, estando em um plano hierárquico superior ao da legislação ordinária, não pode ser reformada senão por um processo agravado e diverso daquele utilizado para a reforma das demais leis*” (ibidem, loc. cit.).

¹⁰⁹² Cf. COSTA E SILVA, Gustavo Just da. Op. cit., p. 66-67. Segundo COSTA E SILVA, “*A rigidez da Constituição de 1988 pode ser considerada branda. Em primeiro lugar, o Congresso Nacional pode*

por definição, somente é alterável mediante procedimentos especiais, mais complexos que o processo legislativo das leis ordinárias¹⁰⁹³.

Com efeito, CANOTILHO explica que a rigidez constitucional se traduz “*fundamentalmente na atribuição às normas constitucionais de uma capacidade de resistência à derrogação superior à de qualquer lei ordinária*”¹⁰⁹⁴. Assim, as normas constitucionais de uma Constituição rígida apenas podem ser modificadas obedecendo a certos limites materiais, formais e circunstanciais, e por um procedimento de revisão específico, o que as distingue de outros atos normativos, os quais não possuem capacidade derogatória em relação à Constituição e, caso contrariem seus preceitos, deverão ser declarados inconstitucionais.

Para o teórico, uma Constituição é caracterizada como rígida quando se identificam os processos agravados de sua modificação, porém, as normas agravadas não são o fundamento da rigidez da Constituição, e sim o meio encontrado pelo constituinte para fazer valer a escolha política de impedir a livre modificação da Constituição. Nessa visão, o processo agravado de modificação seria instrumento de garantia constitucional, ao passo que a rigidez seria colocada como um limite absoluto ao poder de revisão que asseguraria certa estabilidade à Constituição¹⁰⁹⁵.

*reformular a Constituição sem que para isso se exija o concurso de nenhuma outra instância de decisão política: Presidente da República, eleitorado ou Estados. Em segundo lugar, o quórum de aprovação de 3/5 dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, fixado no art. 60, é um dos menos qualificados de que dão notícia os estudos comparativos. A exigência de dois turnos – ausente por exemplo na Constituição alemã, que todavia exige quórum mais difícil de ser obtido (2/3) – não chega a expressar um agravamento significativo na medida em que a Constituição não estipulou um intervalo mínimo entre os turnos de votação; é esse intervalo que justifica, nas constituições que o adotam, a exigência de dupla votação como um meio de expressar um consenso mais consolidada sobre a proposta. [...] Desde a promulgação da Constituição de 1988 o órgão legislativo tem visto a formação de blocos partidários de sustentação do Governo que, quando eventualmente não detém os 3/5 dos votos de ambas as Casas, necessitam para tanto apenas do apoio de pequenos partidos periféricos. [...] De qualquer maneira, a própria atividade reformadora da Constituição confirma, por sua intensidade (até dezembro de 1998 haviam sido editadas vinte e seis emendas à Constituição, sendo vinte de acordo com o procedimento previsto no art. 60 e seis por ocasião da revisão prevista no art. 3º do ADCT.), o reduzido grau da rigidez estabelecida pelo art. 60.” (cf. COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*, p. 66-67).*

¹⁰⁹³ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

¹⁰⁹⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 215.

¹⁰⁹⁵ Ibidem, p. 1.059.

CANOTILHO menciona que a grande questão no tocante ao poder de revisão é saber se é *“defensável vincular gerações futuras a idéias de legitimação e projectos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte”*¹⁰⁹⁶.

Por isso, no seu entendimento, a geração fundadora não pode vincular eternamente as gerações futuras em uma Constituição congelada no tempo, sob pena de se abrir campo para a revolução, mas também tem de se assegurar a possibilidade de as Constituições cumprirem os seus propósitos, o que implicaria a *“proibição não só de uma revisão total (desde que isso não seja admitido pela própria constituição), mas também de alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta”*¹⁰⁹⁷.

A opção pela rigidez constitucional justifica-se pela vontade de manter um núcleo de identidade constitucional, consubstanciado em certos princípios de conteúdo inalterável, servindo de garantia contra mudanças imprevistas operadas por uma maioria transitória. Porém, essa rigidez não significaria *“um entrave ao desenvolvimento constitucional”* ou incompatibilidade total com a flexibilidade, pois a Constituição deve poder ser revista sempre que sua capacidade para captar a realidade constitucional se mostre insuficiente diante das mudanças¹⁰⁹⁸, mas com respeito a certos elementos, que devem permanecer estáveis, *“sob pena de a constituição deixar de ser uma ordem jurídica fundamental do Estado para se dissolver na dinâmica das forças políticas”*¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 74. Isso geraria a perplexidade relativa ao *“paradoxo da democracia”*, que coloca um dilema **contra-majoritário**, na medida em que se aceitasse que a expressão do poder democrático em um momento estabelecesse limites às gerações futuras, ao dificultar deliberadamente a eventual vontade delas de modificar certas normas vigentes (ibidem, loc. cit.).

¹⁰⁹⁷ Ibidem, p. 1.065-1.066. Nesse raciocínio, conclui o autor, se ocorrerem essas mudanças radicais estar-se-á não perante o poder de revisão, mas sim diante de uma nova afirmação do poder constituinte originário, que não pode se disfarçar daquele, e que deve ser transparente em relação às novas pretensões legitimatórias de uma nova ordem constituinte (ibidem, p. 1.066).

¹⁰⁹⁸ Ibidem, p. 1.073. Para CANOTILHO, a preservação de um núcleo constitutivo de identidade constitucional não importa no congelamento da Constituição ante um mundo dinâmico, pois para que o próprio núcleo se estabilize, é necessária a abertura para o *“desenvolvimento constitucional”*, que designa o conjunto de formas de evolução da Constituição – como a nova compreensão dos direitos fundamentais – e a garantia da identidade reflexiva, que significa dotar a Constituição de capacidade de prestação em face da sociedade e dos cidadãos (ibidem, loc. cit.).

¹⁰⁹⁹ Ibidem, p. 216.

Com efeito, tanto a rigidez como a flexibilidade da Constituição são partes da capacidade de decisão do poder constituinte no momento da elaboração da Constituição, quando determinará os instrumentos que tenderão a garantir e estabilizar a nova ordem jurídica positiva, uma vez que “*a maior plasticidade ou elasticidade dos instrumentos de garantia da Constituição são plasmadas no texto constitucional no momento mesmo de sua elaboração e na forma determinada pelo titular do Poder Constituinte*”¹¹⁰⁰.

Em decorrência dessas considerações, fixa-se a ideia de superioridade da função constituinte em relação à função de revisão, o que não quer dizer, segundo CANOTILHO, que o poder constituinte arrogue a si próprio ou que fique alheio às mutações sociais e políticas. Dessa forma, o legislador constituinte poderia exigir do poder de revisão a solidariedade entre os princípios fundamentais da Constituição e as ideias constitucionais positivadas pelo poder de revisão, porque este encontra fundamento na própria Constituição, pelo que mesmo quem defende a inexistência de limites lógico-jurídicos à revisão de normas constitucionais admitiria limites de revisão político-materiais¹¹⁰¹.

No seu tempo, ESMEIN defendia a concepção da revisão limitada, que exprimiria, segundo ele, o direito comum das Constituições escritas e rígidas¹¹⁰², na sua análise da extensão do poder de revisão no período de vigência das leis constitucionais de 1875 (fragmentárias na sua apresentação formal e breves no seu conteúdo), partindo da afirmação de que toda Constituição escrita e rígida – salvo se for profundamente ilógica e soberanamente imprudente – deve organizar o processo da própria revisão e mudança.

Em continuidade a essa linha de raciocínio e ao pensamento clássico de CARRÉ DE MALBERG¹¹⁰³, GEORGES BURDEAU¹¹⁰⁴, entre outros contemporâneos, desenvolveu a doutrina da limitação do poder de revisão, que decorre da sua qualificação de órgão do Estado, portador da ideia de direito contida na Constituição. BURDEAU já conceituava o

¹¹⁰⁰ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 64.

¹¹⁰¹ Ibidem, p. 1.060.

¹¹⁰² Cf. ESMEIN, A. *Éléments du droit constitutionnel français et compare*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1921. v. 2, p. 495-505.

¹¹⁰³ CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 79 e ss.

¹¹⁰⁴ Cf. BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*, p. 234-235.

poder instituído ou de revisão como poder essencialmente limitado, considerando que o poder de revisão é criação da Constituição e se ele a ab-rogar estará destruindo o fundamento de sua competência¹¹⁰⁵.

Não é diverso o ensinamento que se recolhe na doutrina italiana hodierna, representada, dentre outros, por COSTANTINO MORTALI¹¹⁰⁶, BISCARETTI¹¹⁰⁷ e STEFANO MARIA CICCONE¹¹⁰⁸. Este último, em particular, dedicou uma obra ao estudo da revisão constitucional, procedendo ao levantamento das limitações que incidem sobre o poder de revisão, para classificá-las em limitações expressas e limitações tácitas, limitações textuais expressas e limitações textuais implícitas. Para ele, a Constituição que não dispuser sobre limitações ao poder de revisão transformar-se-á em Constituição Provisória, uma “Constituição em branco” (*Blankverfassung*), figura inadmissível no direito constitucional¹¹⁰⁹.

ALESSANDRO PIZZORUSSO igualmente reconhece existência da limitação explícita e da limitação implícita que controla o poder de revisão. Mas, no exame da Constituição italiana, ele afasta a possibilidade de elencar taxativamente as limitações implícitas, preferindo localizá-las nos princípios fundamentais inderrogáveis, como o princípio da soberania popular¹¹¹⁰, o que pode ser o caso do princípio do federalismo e da autonomia dos entes subnacionais.

À luz de um exame mais minucioso do direito constitucional e da teoria da Constituição, CANOTILHO enriqueceu o tratamento da revisão constitucional com a decomposição conceitual de suas limitações, para abranger os limites circunstanciais, os limites expressos e tácitos, os limites textuais expressos e os implícitos, os absolutos e os relativos e a

¹¹⁰⁵ Cf. BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*, p. 234-235.

¹¹⁰⁶ Cf. MORTATI, Constantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1969, v. 2, p. 234-245.

¹¹⁰⁷ Cf. RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto costituzionale*, p. 250.

¹¹⁰⁸ Cf. CICCONE, Stefano Maria. *La revisione della Costituzione*. Padova: CEDAM, 1972, p. 219-253.

¹¹⁰⁹ Cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 57.

¹¹¹⁰ Cf. PIZZORUSSO, Alexandre. *Comentario della Costituzione a cura di G. Branca – garanzie costituzionali*. Bologna: Zanichelli, 1981, p. 721-722.

oponibilidade dos limites absolutos à técnica da dupla revisão¹¹¹¹, que serão estudados a seguir.

Na doutrina brasileira, o reconhecimento da natureza limitada do poder de revisão é pacífico. PONTES DE MIRANDA, nos comentários à Constituição de 1934, documento que inovou substancialmente a técnica da reforma constitucional brasileira, frisou o caráter limitado do “*poder emendador e revisor*”¹¹¹². LUIZ PINTO FERREIRA, também em tempos antigos, sempre insistiu na barreira oposta à atividade de reforma constitucional¹¹¹³. Na mesma época, NELSON DE SOUZA SAMPAIO, recordando a múltipla designação do poder de reforma, aprofunda o estudo das limitações materiais inerentes à reforma constitucional¹¹¹⁴, ao passo que JOSÉ ALFREDO OLIVEIRA BARACHO, no artigo *Teoria Geral do Poder Constituinte*, recorda a distinção entre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado, constituído, instituído ou de segundo grau, que, a seu ver, é limitado¹¹¹⁵.

Em notória manifestação sobre o assunto, RAUL MACHADO HORTA conceituou o poder de reforma ou de emenda como “*poder limitado na sua atividade de constituinte de segundo grau*”, que se traduz num “*processo de alteração material sem a erosão dos fundamentos da Constituição, que se exteriorizam nas decisões políticas fundamentais, configuradas do*

¹¹¹¹ Cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 58. No mesmo sentido, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.059-1.078. Sobre a dupla revisão, EURICO ZECCHIN MAIOLINO afirma que “[...] há uma corrente que considera relativas as limitações ao Poder de Reforma Constitucional, vinculantes enquanto estiverem positivadas, mas com possibilidade de serem superadas pelo fenômeno da dupla revisão, quando deixarão de existir como empecilho à reforma do texto da Constituição. Pela dupla revisão, revisão de duplo grau, ou, ainda, revisibilidade das cláusulas proibitivas de revisão, opera-se a reforma do texto em duas etapas. Inicialmente, o órgão ou poder incumbido da reforma altera a Constituição para suprimir de seu texto a cláusula limitativa da mudança; posteriormente, agora sem a proibição jurídico-positiva, procede à reforma daqueles dispositivos outrora protegidos pela norma proibitiva [...]. por um processo de revisão dual, retira-se a interdição reformadora para, posteriormente, alterar-se, livremente, a Constituição” (cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 83).

¹¹¹² Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1934. t. 2, p. 523.

¹¹¹³ Cf. FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951. t. 2, p. 174-175. No mesmo sentido, ver FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 19.

¹¹¹⁴ Cf. SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. 2. ed. Salvador: Imprensa Oficial, 1961. p. 40, 80, 88.

¹¹¹⁵ Cf. BARACHO, José Alfredo Oliveira. Teoria geral do poder constituinte. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 52, p. 40-41, 50, 57, jan. 1981.

centro comum de imputação”¹¹¹⁶. Por isso, na defesa da ideia de que a emenda é incompatível com a ruptura da Constituição, afirma serem a destruição e a supressão da Constituição formas radicais da mudança da Constituição, ao passo que a reforma constitucional significa mudança parcial, atingindo *prescrição legal constitucional* sem acarretar substituição na Constituição¹¹¹⁷.

Da mesma forma, JOSÉ AFONSO DA SILVA sustenta que o poder de reforma “*é inquestionavelmente um poder limitado, porque regrado por normas da própria Constituição*”¹¹¹⁸ e ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ assevera que “*o Poder Decorrente é um Poder juridicamente limitado. Nasce, vive e atua com fundamento na Constituição Federal que lhe dá supedâneo; é um Poder, portanto, sujeito a limites jurídicos, impostos pela Constituição maior*”¹¹¹⁹.

Na concepção de GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA, reforma constitucional é a “*expressa produção, pelo órgão ao qual a constituição atribui essa competência, de normas que se integram à constituição enquanto parâmetro mais elevado de validade da restante ordem jurídica. [...] Reforma constitucional e revisão constitucional são nesse sentido expressões equivalentes*”¹¹²⁰.

Para o autor, na Constituição brasileira de 1934, *e.g.*, foram instituídas a revisão e a emenda constitucionais, distinguindo-as conforme a matéria a ser regulada, pois para cada uma haveria um instrumento próprio¹¹²¹.

¹¹¹⁶ Cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 85.

¹¹¹⁷ Ibidem, p. 78. O autor ressalva que a mudança parcial pode alcançar forma mais intensa, avizinando-se das formas radicais quando não obedecer a uma prévia regulação constitucional do processo de mudança. Com base nisso, infere que o segredo da estabilidade da Constituição norte-americana e de outras decorreria da raridade das emendas constitucionais, visto que a reforma constitucional exprimiria um o rompimento do compromisso que mantém o equilíbrio entre os grupos sociais, a sociedade e o Estado (cf. BARACHO, José Alfredo Oliveira. *Teoria geral do poder constituinte*, p. 72).

¹¹¹⁸ CF. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 58.

¹¹¹⁹ Cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 130.

¹¹²⁰ Cf. COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*, p. 73.

¹¹²¹ Ibidem, p. 73-74. Segundo COSTA E SILVA, “*Aludia à sua ‘reforma’ como um supra-conceito que tinha como subespécies a emenda e a revisão. A precipitação dos fatos históricos não deu chance à dogmática*

Sob a égide da Constituição de 1988, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO¹¹²², CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS¹¹²³, em valiosas análises dedicadas ao tema, corroboram a natureza limitada do poder de reforma constitucional. EDVALDO BRITO, na obra *Limites da Revisão Constitucional*, torna inequívoco o entendimento sobre a natureza limitada do poder de revisão, identificada nos limites imanentes à Constituição jurídica e nos limites transcendentais à ordem constitucional positivada¹¹²⁴.

Em conformidade com o artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), instituído juntamente com a Constituição brasileira de 1988, consagrou-se o poder de reforma constitucional, que engloba o poder de emenda e o poder de revisão do texto constitucional, sendo criado, delimitado e condicionado pelo poder constituinte originário, ao qual se subordina. Nas lições de RAUL MACHADO HORTA, “*Poder de emenda e poder de revisão são poderes instituídos e derivados, instrumentos da mudança constitucional de segundo grau, submetidos um e outro ao centro comum de imputação, que assegura a permanência das decisões políticas fundamentais reveladas pelo poder constituinte originário*”¹¹²⁵.

Nota-se, portanto, que a reforma constitucional apresenta-se como instrumento relacionado às estruturas do Estado e sua respectiva Constituição, com o objetivo aperfeiçoar o regime democrático e proteger os direitos fundamentais¹¹²⁶. Ainda, a reforma constitucional confere às Constituições uma feição dinâmica, “*como um processo permanente da exploração cada vez mais ampla do sistema de direitos fundamentais*”¹¹²⁷.

constitucional de consolidar uma terminologia correspondente àquela estruturação positiva.” (cf. COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*, p. 73-74).

¹¹²² Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 24-26.

¹¹²³ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 155-159. No mesmo sentido, ver. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 32-36.

¹¹²⁴ Cf. BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 80-81/92-93.

¹¹²⁵ Cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 60.

¹¹²⁶ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 68.

¹¹²⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 149.

Assentada a natureza limitada do poder constituinte derivado sob o ponto de vista jurídico-positivo, cabe identificar as formas técnicas pelas quais as limitações são introduzidas no sistema jurídico.

3.6. Os Limites à Reforma Constitucional

Conforme concluído anteriormente, a reforma constitucional é um poder de direito – uma competência, afinal –, regulado desde a sua origem, não podendo ser usado discricionariamente, uma vez que *“cuida-se de uma competência e, portanto, a circunscrição de suas valoradas atribuições não pode ser suplantada pelo seu exercício, disso se conclui que a reforma constitucional é sempre limitada”*¹¹²⁸.

Ao analisar o que seria possível modificar na Constituição Federal, é necessário ponderar suas limitações, pois o poder constituinte derivado, no âmbito das Constituições rígidas, sujeita-se a diversos limites materiais¹¹²⁹, formais, temporais e circunstanciais, entre outros.

A distinção mais propagada, entretanto, apenas separa os limites formais (que, basicamente, dizem respeito ao procedimento de elaboração da norma reformadora) e materiais (que, genericamente, correspondem à exclusão de determinado conteúdo do âmbito de ação do poder reformador).

¹¹²⁸ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 77.

¹¹²⁹ Cf. SILVA, José Afonso. *Poder constituinte e poder popular*. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 244.

Para GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA, são limites materiais a “*exclusão de determinado conteúdo do âmbito de ação do poder reformador*”, e limites formais, que “*designariam o procedimento de elaboração da norma reformadora*”¹¹³⁰.

Ao esmiuçar essa classificação, CANOTILHO afirma que os limites formais são relativos às várias formas de participação popular, à escolha do órgão a quem é atribuído o poder de revisão, à forma processual mais complexa que o processo legislativo ordinário e ao exercício temporal do poder de revisão.

Quando a revisão ou modificação da Constituição é feita pelo mesmo órgão que desempenha funções legislativas, o processo é agravado, caracterizando-se por exigências de rito específicas, como a exigência de um parecer ou participação de outros órgãos (caso do antigo Conselho do Fascismo italiano), a exigência de maiorias qualificadas (e.g.: art. 79 da Constituição de Bonn), a exigência de deliberações com intervalos no tempo (e.g.: art. 138 da Constituição italiana) ou a exigência de renovação dos componentes do órgão legislativo (e.g.: art. 204 da Constituição holandesa)¹¹³¹. No tocante aos limites materiais, ele os subdivide¹¹³² em superiores e inferiores, expressos e tácitos, absolutos e relativos.

¹¹³⁰ Cf. COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*, p. 86-87. Consoante esclarece COSTA E SILVA, “Entretanto, essa classificação tende a ocultar uma diferenciação relevante no modo como a reforma da constituição se conforma ao princípio da contenção jurídica do poder estatal. A pretensão de validade da constituição diante do poder reformador pode-se expressar por meio de dois expedientes básicos. Pelo primeiro são impostas condições de validade da atividade reformadora enquanto tal, isto é, do seu processamento. A inobservância de alguma dessas condições afetará, por derivação, a validade do resultado dessa atividade: a norma reformadora. O segundo consiste em colocar diretamente condições de validade da própria norma. É fora de dúvida que as duas situações traduzem limitação (no sentido de contenção) ao poder reformador. Mas apenas a segunda corresponde inteiramente à acepção própria de limite no sentido de ponto que não se deve ou não ultrapassar, fronteira (Aurélio).” (ibidem, loc. cit.). Já no entendimento de EURICO ZECCHIN MAIOLINO, “Os limites materiais à reforma constitucional referem-se ao conteúdo da Constituição, expresso por determinada norma ou conjunto de normas. [...] As limitações materiais relacionam-se, portanto, ao conteúdo ou substância da Constituição e são denominadas de cláusulas de intangibilidade, núcleo intangível, cláusulas pétreas, garantias de eternidade, disposições de intangibilidade ou conteúdos fixos. As limitações formais, por seu turno, dizem respeito ao próprio procedimento da reforma constitucional, o que envolve desde a titularidade, a forma de deliberação, o quórum, a submissão à ratificação popular, até a publicação do novel texto da Constituição. O procedimento da reforma, se agravado em relação à legislação ordinária, qualificada como rígida a Constituição.” (cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 99-100).

¹¹³¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.061.

¹¹³² Seguem as linhas gerais firmadas por CANOTILHO estudiosos como: BRITO, Carlos Ayres. *A reforma constitucional e a sua intransponível limitabilidade. Perspectivas constitucionais*. Coimbra: Coimbra, 1997,

Os limites inferiores dizem respeito à possibilidade de inserção de previsões na Constituição sobre qualquer matéria pelo poder de revisão, ao passo que os limites superiores referem-se à possibilidade de modificação de todas as normas constitucionais por aquele poder¹¹³³. Já os limites materiais textuais expressos são aqueles previstos textualmente na Constituição, formando um rol de matérias intocáveis, ao passo que os limites textuais não articulados se desdobrariam em princípios textuais implícitos, deduzidos do texto constitucional e limites tácitos, imanentes a uma ordem de valores vinculativa da ordem constitucional concreta¹¹³⁴. Essa classificação abrangeria a proibição de o poder de revisão violar “os limites definidores da identidade substancial imposta pelo tipo de democracia constitucional que caracteriza o ordenamento em causa”¹¹³⁵.

Os limites absolutos são, assim, aqueles que não podem ser superados pelo próprio poder de revisão. A existência de limites absolutos é atacada pela doutrina da dupla revisão, já defendida por CANOTILHO¹¹³⁶, mas que, segundo o próprio autor, está por ele ultrapassada e relativizada. Consoante essa doutrina, em um primeiro momento, a revisão incidiria sobre as próprias normas de revisão, alterando ou extirpando os seus limites e, em um momento posterior, a revisão seria feita de acordo com as normas constitucionais agora modificadas, autorizando a revisão de matérias outrora vedadas.

O entendimento atual do jurista português é o de que essa tese acaba por relativizar todos os limites do poder de revisão. Para ele, as normas de revisão são normas

p. 77 e ss. (Obra coletiva, II); e SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 405 e ss.

¹¹³³ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.064. O autor assinala que inexiste uma reserva de matéria constitucional obrigatoriamente prevista na Constituição portuguesa, de forma que não existiria o limite mencionado, ao passo que existiriam limites superiores, uma vez que as matérias que constituem o cerne da Constituição não podem ser objeto de revisão (ibidem, loc. cit.).

¹¹³⁴ Ibidem, p. 1.065. A existência de limites implícitos, de acordo com o autor, é contestada pela doutrina, diante da insegurança e oscilação na sua enumeração. Contudo, CANOTILHO defende a admissão dos referidos limites, como verdadeiras manifestações da vontade constitucional. Entre eles, o autor cita a imodificabilidade das próprias cláusulas de imodificabilidade, não salvaguardada pelo texto constitucional, mas decorrente dos valores de segurança (ibidem, p. 1.064-1.066). Para RAUL MACHADO HORTA, as limitações materiais explícitas se desdobram nas limitações implícitas mediante a revelação de ilações que decorrem das limitações materiais (cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 62).

¹¹³⁵ Cf. BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 418.

¹¹³⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da dupla revisão na Constituição Portuguesa. *Revista Fronteira*, Coimbra, 1979.

superconstitucionais e atestam a superioridade do legislador constituinte, sendo parâmetro material de controle especificamente referente às alterações da Constituição. A sua violação pelo legislador de revisão seria, portanto, a desconsideração da garantia jurídica da Constituição. Essas alterações, segundo o autor, saem do campo da revisão constitucional para entrar no da ruptura constitucional, de modo que a supressão dos limites de revisão por meio de revisão pode ser um sério indício de fraude à Constituição¹¹³⁷.

Outro argumento contra a tese da dupla revisão, levantado por CANOTILHO, situa o problema no campo da competência, entendendo-se que a competência para estipular limites ao poder revisor é do poder constituinte originário e não de um poder constituído – o poder “constituinte” derivado é, a despeito da nomenclatura, poder fundado e limitado, e não instituinte e irrestrito –, não podendo este subtrair-se dos vínculos heteronomamente editados por outro poder. Tampouco poderia o poder de revisão aumentar seus próprios poderes a fim de se equiparar ou até mesmo de superar o poder constituinte. Daí concluir o autor que “*os limites de revisão conceber-se-iam como vinculações heterônomas estabelecias pelo poder constituinte que não estariam à disposição do ‘poder constituído de revisão’*”¹¹³⁸.

De qualquer modo, CANOTILHO fixa que a inaceitabilidade da dupla revisão não impede alterações substanciais, constitucionalmente legítimas, pois os limites materiais devem ser considerados como “*garantias de determinados princípios, independentemente de sua concreta expressão constitucional, e não como garantias de cada princípio na formulação concreta que tem na Constituição*”¹¹³⁹. Mas também deve-se escusar de admitir revisões não expressas ou revisões materiais em que se deixe de declarar explicitamente a vontade de alteração do texto constitucional. Logo, só haveria revisão constitucional com alteração expressa do texto da Constituição, haja vista que a falta de indicação de modo preciso da

¹¹³⁷ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.067-1.068.

¹¹³⁸ Ibidem, p. 1.068-1.069.

¹¹³⁹ Ibidem, p. 1.069.

disposição constitucional emendada impede que se saiba rigorosamente qual o texto constitucional vigente¹¹⁴⁰.

Diante disso, mostra-se difícil definir rigorosamente quais elementos do processo de reforma constitucional devem ser caracterizados como essenciais, o que não significa, necessariamente, atenuar a rigidez que se pretende imprimir à Constituição¹¹⁴¹.

No tocante especificamente às limitações materiais, elas perenizam a validade de determinadas normas – verdadeiros bens constitucionais –, ao menos enquanto a ordem constitucional se mantiver vigente; isso significa dizer que somente se afigura constitucional a reforma capaz de preservar a essência dos valores albergados por essas normas¹¹⁴². Pelo motivo apontado, esses valores consistem em importante instrumento de estabilidade constitucional, protegendo pontos sensíveis da Constituição contra a arbitrariedade da maioria reformadora.

Significa dizer, então, que a problemática reside na fronteira entre o significado da revisão em si próprio e o que seria de caráter intransponível em decorrência da verdadeira razão de ser de uma Constituição, seja ela rígida ou flexível, pois a revisão consiste justamente em adotar preceitos novos “*sem bulir com os princípios*”, porquanto se pressupõe existir uma diferença considerável entre o poder constituinte e o poder constituído¹¹⁴³.

¹¹⁴⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.069-1.070. O autor ainda tece ainda tece considerações acerca das dificuldades de se elaborar um juízo sobre a validade de uma revisão constitucional quando a lei de revisão, sem fazer alterações formais, atribui diferentes efeitos jurídicos aos preceitos constitucionais originários, como, por exemplo, introdução de mais limites aos direitos fundamentais ou alteração dos critérios de restrição. Para o teórico, os limites materiais de revisão referem-se aos princípios, independentemente de sua expressão concreta na Constituição. Todavia, no tocante aos direitos fundamentais, ele concebe que o seu núcleo essencial tal qual como concebido na Constituição deve ser inserido na garantia material de irrevisibilidade, motivo pelo qual, por exemplo, a substituição de um regime de declaração judicial por um regime preventivo administrativo seria vedado ao legislador de revisão (ibidem, p. 1.076-1.077).

¹¹⁴¹ Cf. COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*, p. 222. Segundo COSTA E SILVA, “*Aspectos como a intensidade da modificação trazida na norma em questão, o resultado dessa modificação para o quadro global da reforma e, principalmente, a possibilidade de que a alteração se justifique como medida necessária à melhor eficácia da função constitucional de limitação do poder ou à otimização do equilíbrio entre estabilidade e dinâmica são fatores que precisam ser levados em consideração, caso a caso.*” (ibidem, loc. cit.).

¹¹⁴² Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 108.

¹¹⁴³ Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*, p. 280. É importante frisar a diferença trazida pelo teórico: “*Os limites materiais da revisão não se confundem com os limites materiais do poder*

Essas limitações materiais emergem de dispositivos legislados pelo poder constituinte originário com o intuito de impedir que as matérias neles definidas sejam bulidas ou abolidas. Esses dispositivos, chamados *cláusulas pétreas*¹¹⁴⁴ ou *garantia de eternidade* (*Ewigkeitsgarantie*), definem uma substância constitucional revestida de uma rigidez inquebrantável, impassível de usurpação senão por uma revolução, o que traduz a pretensão de inserir um núcleo intocável, perenizado como cerne da Constituição escrita. De modo sucinto, as *cláusulas pétreas* definem-se como dispositivos de rigidez máxima¹¹⁴⁵.

Há quem aduza que as ditas cláusulas pétreas são a “*ilegítima pretensão de vincular gerações futuras à vontade da geração dos que fizeram a constituição*”¹¹⁴⁶. Nos dizeres de KARL LOEWENSTEIN, a cláusula pétrea é um “*cerne imodificável*” e/ou uma efetiva “*disposição intangível*”¹¹⁴⁷, consagrando-se as normas constitucionais cujos núcleos materiais são intocáveis pelo poder constituinte derivado, pois aquelas são reputadas “*intangíveis, inderrogáveis ou super-eficazes*”¹¹⁴⁸.

Na visão de GILMAR FERREIRA MENDES, essas normas traduzem um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, impedindo que eventuais reformas destruam, enfraqueçam ou mudem profundamente a identidade da Constituição e,

constituente (originário): estes vinculam o órgão constituinte na formação da Constituição, aqueles apenas o órgão de revisão constituição; estes são constituintes ou, se preferir, constitutivos do ordenamento; aqueles, constituídos.” (cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*, p. 282).

¹¹⁴⁴ A expressão “cláusula pétrea” ingressou na linguagem da doutrina jurídica brasileira por inspiração advinda da fórmula norte-americana *entrenched clause* (ou *entrenchment clause*). A propósito das discussões sobre a história do uso dos termos, a divulgação ampla de “cláusula pétrea” deveu-se a PONTES DE MIRANDA em seus comentários aos textos constitucionais.

¹¹⁴⁵ A esse respeito, cf. BARROS, Sergio Resende de. *Poder constituinte*. p. 18. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/nocoes-sobre-poder-constituente.cont>>. Acesso em: 6 nov. 2012. OSCAR VILHENA VIEIRA reporta-se a “cláusulas superconstitucionais”. Conforme esclarece, “*Por superconstitucionais entenda-se um conjunto de princípios normativos fundamentais que – reconhecidos explícita ou implicitamente pela Constituição – se encontram em posição hierarquicamente superior em relação aos demais preceitos da Constituição [...] O constituinte impôs, assim, uma distinção entre preceitos meramente constitucionais – que podem ser alterados pelo procedimento ordinário de mudança constitucional – e dispositivos superconstitucionais – imunes ao poder constituinte reformador*” (cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça* (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 1999. p. 20- 21).

¹¹⁴⁶ Cf. COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*, p. 200.

¹¹⁴⁷ Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, p. 186.

¹¹⁴⁸ Cf. ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos* – esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa, p. 782.

com isso, evite “*um suicídio do Estado de Direito Democrático sob a forma da legalidade*”, como anteviu KONRAD HESSE¹¹⁴⁹. Nessa medida, é possível admitir a inconstitucionalidade de normas pretensamente constitucionais, em razão de afronta tanto ao processo de reforma da Constituição (limites formais) como às cláusulas pétreas (limites materiais)¹¹⁵⁰.

Dentre estas, importa, especificamente, o estudo da norma do artigo 60, §4º, I, da Constituição brasileira de 1988, segundo a qual “*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado*”. Referido limite material à reforma constitucional vigora no Brasil desde a Constituição de 1891, que expressamente limitava a reforma constitucional que viesse a abolir a estrutura federativa¹¹⁵¹.

A seguir, faz-se uma breve reconstrução histórica das normas constitucionais brasileiras sobre reforma constitucional.

3.7. História da revisão constitucional e seus limites no Constitucionalismo Brasileiro

No direito constitucional positivo brasileiro, as cláusulas pétreas surgiram com a Constituição de 1891 (art. 90), sendo posteriormente inseridas nas Constituições de 1934

¹¹⁴⁹ HESSE, Konrad. *Grundzuge des verfassungsrechts der bundesrepublik deutschland*. 20. ed. Heidelberg: Müller, 1995, p. 261-261. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 1.088.

¹¹⁵⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., 8. reimpr., p. 1.332-1.333. Segundo CANOTILHO, a existência de normas constitucionais inconstitucionais é concebível se for admitida a hierarquia entre diferentes grupos de normas constitucionais ou diante da contradição entre uma norma constitucional escrita e um princípio constitucional não escrito. No entanto, adverte que, em estados democráticos, a figura das normas constitucionais é bastante restrita, em face do primado da segurança jurídica, devendo-se tentar soluções harmonizadoras diante de colisão entre princípios e valores constitucionais. Para o autor, a hipótese mais factível é a que diz respeito às normas de revisão que contrariam o procedimento ou que invadem os limites materiais de revisão, que são, nas suas expressões, “*normas constitucionais inconstitucionais supervenientes*” (ibidem, loc. cit.).

¹¹⁵¹ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 200-201.

(art. 178), 1946 (art. 217), 1967 (art. 50) e na Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969 (art. 47)¹¹⁵².

Observada a história constitucional do Brasil, verifica-se que todas as Constituições possuem regras especiais para a alteração constitucional, utilizando os termos *reforma*, *emenda*, *revisão* e até *modificação* constitucional¹¹⁵³, com alguma instabilidade semântica. A doutrina constitucional, por sua vez, também não apresenta consenso no emprego desses termos, ainda que se note alguma tendência a se considerar a nomenclatura *reforma* como gênero, para englobar todos os métodos de mudança formal das Constituições¹¹⁵⁴.

Para fins de descrição adequada e aplicação prática, a doutrina jurídica nacional costuma classificar as restrições expressas ao poder de reforma constitucional e identifica três categorias: limitações *temporais*, *circunstanciais*, *formais* e *materiais*.

As *limitações temporais* significam um período dentro do qual é vedada a alteração constitucional¹¹⁵⁵. O poder constituinte originário estipula seja a Constituição reformada apenas após o transcurso de tempo, ou, então, define sejam as reformas feitas periodicamente, observados os prazos previstos na Lei Maior¹¹⁵⁶. Para LOEWENSTEIN, limite temporal são prazos de espera¹¹⁵⁷.

Em crítica ao referido limite temporal, salienta EURICO ZECCHIN MAIOLINO: “o Poder Reformador não tem, à sua disposição, a faculdade de deixar de observar o prazo previsto pelo Constituinte Originário, alterando o dispositivo constitucional que prevê o prazo de espera. Portanto, estabelecido um prazo antes do qual é vedada a reforma constitucional, o Poder Reformador não pode orientar sua atividade reformadora para a supressão da

¹¹⁵² Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Cláusulas pétreas tributárias. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 92, São Paulo: Dialética, 2003, p. 41.

¹¹⁵³ SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 100.

¹¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 101. Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, “se revelam mediante procedimentos de emenda e procedimentos de revisão” (*ibidem*, loc. cit.).

¹¹⁵⁵ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 104.

¹¹⁵⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 148.

¹¹⁵⁷ Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Galleno Anabitarte. 2. ed. Madrid: Ariel, 1986. p. 188.

própria revisão, o que constituiria a substituição da vontade constituinte, vale dizer, a alteração da esfera competencial pelo próprio sujeito que a exerce”¹¹⁵⁸.

O único exemplo da história brasileira é o art. 174 da Constituição do Império¹¹⁵⁹, que previa uma espera de quatro anos para que alguma reforma fosse procedida.

Já as *limitações circunstanciais* dizem respeito a determinadas situações especiais que, uma vez instauradas e enquanto perdurarem, impedem a mudança formal da Constituição. Significa dizer que, naquelas situações de anormalidade política ou jurídica, resta impedido o exercício do poder de reforma constitucional. Logo, ultrapassados esses períodos, permitida está a continuidade do exercício em comento¹¹⁶⁰; assim, com o óbice à reforma constitucional nesses períodos, o poder constituinte almeja que “*as modificações introduzidas no sistema constitucional não sejam vislumbradas sob a ótica enevoad a que os momentos de incerteza e de insegurança conduzem*”¹¹⁶¹.

A partir da Constituição de 1934, que vedou as reformas constitucionais durante o estado de sítio, as limitações circunstanciais exsurgiram no direito brasileiro justamente no momento em que se instaurava a ordem extraordinária e temporária¹¹⁶², instituindo a suspensão das garantias constitucionais enumeradas no texto constitucional.

O texto de 1988 ora vigente prevê, no artigo 60, § 1º, que “*a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio*”. Para FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA, a intervenção federal nos estados foi

¹¹⁵⁸ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 132. E continua o autor: “*Acrescente-se a isso que tampouco pode ser utilizado o processo de dupla revisão ou revisão em duplo grau para, inicialmente, suprimir o limite temporal e, posteriormente, proceder à reforma da Constituição antes do termo fixado ou em inobservância à periodicidade estabelecida*” (ibidem, loc. cit.).

¹¹⁵⁹ O teor da disposição era o seguinte: “*Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles*”.

¹¹⁶⁰ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. Op. cit., p. 125.

¹¹⁶¹ Cf. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, v. 324, out./dez. 1993, p. 32.

¹¹⁶² Cf., SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 737.

instituída “*com vistas à preservação do Estado Federal contra veleidades separatistas*”¹¹⁶³.

Já para MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, a intervenção federal não é um empecilho ao poder de reforma, quando afirma que o estado de defesa ou de sítio amparam a limitação, ao contrário da intervenção federal, “*que é medida pontual, de repercussão restrita*”¹¹⁶⁴.

As *limitações formais* dizem respeito a ritos que devem presidir o processo de elaboração das normas reformadoras. Podem explicitar-se em exigências procedimentais, quórum qualificado e obrigatoriedade de participação de órgãos específicos.

As *limitações materiais*, a seu turno, referem-se à existência de certos dispositivos da Constituição que sejam irreformáveis, em face do conteúdo e dos valores que suportam. Esses dispositivos estão relacionados ao conteúdo ou substância da Constituição e são denominadas cláusulas de intangibilidade¹¹⁶⁵.

No dado momento em que o poder constituinte deu corpo ao Estado, valeu-se daquelas normas que devem ser inalteradas, pois conferem o conteúdo fundamental do seu estatuto, são “*um sumário de toda tradição constitucional democrática*”¹¹⁶⁶.

Aqui, exsurge uma subdivisão entre limitações materiais *explícitas* e *implícitas*. As primeiras constituem um núcleo imodificável por decisão expressa do poder constituinte originário, que cria as chamadas *cláusulas pétreas*, ao passo que as últimas são resultado

¹¹⁶³ Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 12.

¹¹⁶⁴ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 136. Entretanto, reconhece o autor que, dependendo da gravidade da intervenção federal, justifica a paralisação dos processos de qualquer alteração constitucional (ibidem, loc. cit.).

¹¹⁶⁵ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 137.

¹¹⁶⁶ Cf. MOREIRA, Vital. *Constituição e revisão constitucional*. Lisboa: Caminho, 1980. p. 102.

das construções interpretativas da doutrina ou de juízes, a partir das regras, princípios e valores enunciados na própria Constituição¹¹⁶⁷.

3.7.1. Constituição Imperial

A Constituição Imperial de 1824 distinguia, conforme o artigo 178¹¹⁶⁸, normas constitucionais materiais e normas constitucionais (meramente) formais, de acordo com o critério do conteúdo normativo. O próprio texto constitucional, portanto, separa normas autenticamente constitucionais de outras normas que, sem embargo de integrarem o

¹¹⁶⁷ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 138-139. Segundo EURICO ZECCHIN MAIOLINO, “a posição de intocabilidade dos núcleos protegidos pelas cláusulas limitativas de reforma encontra-se fora da competência reformadora não porque estes núcleos ocupam uma posição hierárquico-formal diferenciada e superior às demais normas constitucionais – o que inclui as emendas constitucionais –, mas, sobretudo, porque representam uma decisão fundamental sobre a forma de existir da sociedade política e do Estado. É o seu conteúdo impregnado de valorações jurídico-políticas, que estruturam o sistema constitucional do Estado e da sociedade, o que justifica a intangibilidade de determinadas matérias por decisão do próprio Poder Constituinte” (ibidem, loc. cit.). Esses limites expressos são observados em todas as constituições republicanas, exceto a de 1937, que possuía “(justamente um perfil mais autoritário). A de 1891 protegia ‘a forma republicana federativa’ e – evidente influência do art. V da Constituição norte-americana – ‘a igualdade da representação dos Estados do Senado’ (art. 90, § 4º). A efêmera Constituição de 1934 referia-se à ‘forma republicana federativa’ (art. 178, §5º). As de 1946 (art. 217, §6º), 1967 (art. 50, §1º) e a Emenda nº 1/69 (art. 47, §1º) mencionavam ‘a Federação e a República’” (cf. COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*, p. 102). A “Constituição de 1988 considera expressamente protegidos contra o poder reformador os princípios do Estado de direito (‘separação dos Poderes’, inciso III, e ‘direitos e garantias individuais’, inciso IV), da democracia (‘voto direto, secreto, universal e periódico’, inciso II) e da forma federativa do Estado (inciso I), espelhando com isso a tendência atual – acima assinalada – de definição do conteúdo essencial das constituições. Rompendo com a tradição iniciada em 1891, não se fez alusão à República, tendo em vista a previsão, no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), de realização de plebiscito sobre a forma e o sistema de governo. Também não se indicou como limite expresso qualquer elemento relativo ao Estado social ao contrário do que consta da Constituição alemã e principalmente da portuguesa” (ibidem, p. 102-103).

¹¹⁶⁸ Era o seguinte o teor do referido artigo: “É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pôde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias”.

¹¹⁶⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro (evolução institucional)*, p. 103. Diz JOSÉ AFONSO DA SILVA que a expressão “nas procurações”, constante do artigo 176 da Constituição do Império, consiste em “uma reminiscência do mandato imperativo, pelo qual os representantes do povo só poderiam deliberar sobre aquilo que expressamente lhes fosse conferido nos cadernos de encargos; daí falar-se em ‘procurações’, como nas relações privadas. Naquele tempo já não havia mais o mandato imperativo, mas para reformar a Constituição os deputados precisavam de um mandato específico” (ibidem, loc. cit.).

documento formal chamado Constituição, não são mais que normas ordinárias no tocante às matérias que disciplinam.

Pode-se dizer, logo, que a Constituição do Império admitia que algumas de suas normas ocupavam posição hierárquica superior em face de outras normas do próprio texto constitucional, o que encaminha à conclusão que, de um lado, haveria normas constitucionais verdadeiras e, de outro, normas constitucionais de segundo nível.

Conforme assinalado, as normas constitucionais materiais – autênticas, verdadeiras ou de primeiro nível – são aquelas que versam sobre limites e atribuições dos poderes políticos ou sobre direitos políticos e individuais dos cidadãos. As demais eram normas constitucionais formais – inautênticas, aparentes ou de segundo nível – e podiam ser alteradas independentemente da observância de requisitos especiais. Para aquelas primeiras, porém, os artigos 174 a 177 previam um processo diferenciado e mais difícil de reforma constitucional.

Nos termos dos dispositivos em comento, superada a limitação temporal de quatro anos após ser aprovada a Constituição, caso fosse identificada a necessidade da reforma, deveria ser feita uma proposição por escrito, apoiada por ao menos um terço dos membros da Câmara dos Deputados, que era a única instância do poder político com a prerrogativa de iniciar um processo de alteração da Constituição. Feita a proposta, esta era lida por três vezes, com intervalo de seis dias entre cada leitura. Finda a última leitura, os membros da Câmara dos Deputados deliberavam sobre a admissibilidade da discussão da proposta e, se reconhecida a imperiosidade da reforma, era expedida lei para ordenar que os eleitores dos deputados para a legislatura seguinte exarassem procurações¹¹⁶⁹ por meio das quais conferiam poder específico para decidir sobre a alteração ou reforma. Na primeira sessão da legislatura seguinte, a proposta era discutida e, caso aprovada, prevaleceria, após a aprovação, a mudança ou a adição sugerida.

¹¹⁶⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 103. Diz JOSÉ AFONSO DA SILVA que a expressão “nas procurações”, constante do artigo 176 da Constituição do Império, consiste em “*uma reminiscência do mandato imperativo, pelo qual os representantes do povo só poderiam deliberar sobre aquilo que expressamente lhes fosse conferido nos cadernos de encargos; daí falar-se em ‘procurações’, como nas relações privadas. Naquele tempo já não havia mais o mandato imperativo, mas para reformar a Constituição os deputados precisavam de um mandato específico*” (ibidem, loc. cit.).

Apenas uma vez esse procedimento de reforma foi utilizado no “Império do Brasil”. A Lei de 12 de outubro de 1832 continha a seguinte epígrafe: *“Ordena, que os eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura, lhes confirmam nas procurações, faculdade para reformarem alguns artigos da Constituição”*. A proposta cuidava da modificação de sete assuntos constitucionais, entre eles a conversão dos Conselhos-Gerais das Províncias em Assembleias Legislativas Provinciais, a substituição da Regência Trina pela Regência Una (em caso de não haver sucessor habilitado para assumir a função de Imperador) e a supressão do Conselho de Estado (órgão com feição tanto consultiva quanto de jurisdição administrativa, que seria restaurado pela Lei Ordinária nº 234, de 23 de novembro de 1841).

A aprovação das alterações constitucionais foi sancionada como Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, sob a denominação “Ato Adicional”. Tratava-se da promoção de ampla descentralização *“quase federativa no Estado centralizado”*, pois transformou os Conselhos-Gerais das Províncias em Assembleias Legislativas Provinciais, as quais detinham alguma autonomia, com competências próprias, até mesmo em matéria fiscal¹¹⁷⁰.

3.7.2. Constituições Republicanas

JOSÉ AFONSO DA SILVA acusa, com precisão, que *“o regime republicano abandonou qualquer participação popular nas reformas constitucionais – o que é até um paradoxo, porque o regime imperial exigia a autorização dos eleitores para desencadear as*

¹¹⁷⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 104. Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, *“A reforma feita pelo Ato Adicional se resumiu, portanto, a três assuntos: (a) a descentralização, com a criação das Assembleias Legislativas Provinciais; (b) a criação da Regência Una eletiva; (c) a supressão do Conselho de Estado (art. 32), revogando-se, assim, os arts. 137 a 144 da Constituição (Capítulo VII do Título III). É certo também que com essas modificações ficou bastante prejudicada a autonomia dos Municípios, já que ficaram na dependência de decisões das Assembleias Provinciais. Alguns desses aspectos negativos foram corrigidos pela chamada ‘Lei de Interpretação’ de alguns dos artigos da reforma constitucional – Lei 105, de 12.5.1840.”* (ibidem, loc. cit.).

*modificações formais da Constituição, enquanto o regime republicano, supostamente mais popular e democrático, não deu ao povo essa possibilidade”*¹¹⁷¹.

A primeira Constituição republicana, promulgada em 1891¹¹⁷², reservava a iniciativa para reforma constitucional ao Congresso Nacional – a qualquer das Casas, desde que concordasse, pelo menos, a quarta parte de seus membros – e, também, a dois terços das Assembleias dos Estados, cada uma delas representada pelo voto da maioria dos seus membros. Quando apresentada por uma das Casas do Congresso Nacional, havia uma fase de discussão preliminar da admissibilidade, composta por três discussões no decurso de um ano, sendo necessários, para a aprovação preliminar, dois terços dos votos em ambas as Casas¹¹⁷³.

A aprovação definitiva da proposta de reforma precisava aguardar o ano seguinte e ainda dependia da obtenção de maioria de dois terços nas duas Casas do Congresso Nacional, após a realização de três discussões¹¹⁷⁴. Uma vez aprovada, a mudança da Constituição era publicada com assinaturas dos presidentes e secretários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sendo incorporada ao texto constitucional.

O artigo 90, § 4º, da Constituição de 1891 indicava os pontos irreformáveis daquele texto constitucional e assinalava, assim, o marco inaugural das cláusulas pétreas no constitucionalismo brasileiro. O texto dispunha que “*não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado*”. Não houve, contudo, nenhuma aplicação específica dessa disposição constitucional, na medida em que somente uma vez as regras de reforma foram utilizadas – em 1926, foram modificados os artigos 6º, 34, 59, 60 e 72 – e não tocaram nas matérias consideradas inalteráveis¹¹⁷⁵.

¹¹⁷¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 105.

¹¹⁷² A disciplina das reformas à Constituição de 1891 estava no artigo 90 e seus quatro parágrafos.

¹¹⁷³ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 108-109.

¹¹⁷⁴ Cf. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa, *Constituição Federal brasileira (1891)*. Brasília: Senado Federal – Conselho Editorial, 2002. p. 365.

¹¹⁷⁵ O artigo 6º regulava as hipóteses de intervenção federal e foi reformado para torná-las mais claras, de modo a evitar abusos. O artigo 34 cuidava da competência privativa do Congresso Nacional e lhe foram acrescentados itens sobre o poder para legislar sobre trabalho, bem como sobre licenças, aposentadorias e

Em diálogo acerca da limitação do poder constituinte à época, sustentou o Senador Pinheiro Machado que “o Poder Constituinte não é limitável; é absurdo restringir o âmbito desse Poder, estabelecendo que a Constituição não poderá ser reformada durante certo lapso”¹¹⁷⁶. Em contrapartida, RUY BARBOSA sustenta que, desde o começo do regime republicano, o poder constituinte podia determinar garantias para obstar o arbítrio, de modo que, “se esse princípio é ilegítimo em relação à Constituição toda, é ilegítimo em relação a qualquer das partes dessa Constituição. Tanto se violará esse princípio vedando a reforma constitucional em certos e determinados pontos, como se violará o princípio obstando à reforma constitucional em todo o seu regime”¹¹⁷⁷.

Mas, como bem lembra JOSÉ AFONSO DA SILVA, no referido debate nenhuma das partes se atentou para a distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado, sendo o primeiro deles ilimitado, e o segundo, necessariamente, limitado¹¹⁷⁸. De qualquer modo, conforme salientado, os processos de reforma da Constituição de 1891 foram aplicados de uma única vez, em 1926, e diziam respeito à alteração dos artigos 6º, 34, 59, 60 e 72.

Por sua vez, a Constituição de 1934, que também previa reforma constitucional¹¹⁷⁹, diferenciava emenda e revisão, segundo o enunciado do artigo 178¹¹⁸⁰. Haveria revisão quando as mudanças sugeridas intentassem modificar as matérias essencialmente

reformas. Além disso, os parágrafos acrescidos ao artigo 34 introduziram regras de responsabilidade fiscal na formação da lei orçamentária. Os artigos 59 e 60 foram modificados para tornar mais precisas as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário. O artigo 72 foi revisto em face de erro de grafia na redação original (no § 25, constava a palavra “prazo”, quando o certo era o termo “prêmio”).

¹¹⁷⁶ A Constituição do Amazonas determinava que pelo período de 20 anos não se poderia propor emendas, mas mesmo assim referida Constituição sofreu reforma.

¹¹⁷⁷ Cf. BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira* (coligados por Homero Pires). São Paulo: Saraiva, 1934. v. VI, p. 488-493.

¹¹⁷⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 107. JOSÉ AFONSO DA SILVA salienta: “O curioso é que nenhuma das partes em contenda se lembrou de que se estava discutindo o Poder Constituinte Reformador com pressupostos do Constituinte Originário. Ninguém – nem mesmo Ruy, que conhecia muito bem o direito constitucional do seu tempo – fez a distinção necessária entre os dois tipos de Poder Constituinte, para demonstrar que o princípio de que o Poder Constituinte é, em princípio, ilimitável se aplica ao Poder Constituinte Originário, não ao Poder Constituinte Derivado e Reformador, que é necessariamente regrado – e, portanto, limitado.” (ibidem, loc. cit.).

¹¹⁷⁹ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 109.

¹¹⁸⁰ Era o seguinte o teor do referido artigo: “A Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (arts. 1 a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (Capítulos II III e IV, do Título I; o Capítulo V, do Título I; o Título II; o Título III; e os arts. 175, 177, 181, este mesmo art. 178); e revista, no caso contrário.”.

constitucionais¹¹⁸¹, quais sejam, a estrutura política do Estado, ou a organização, ou, ainda, a competência dos poderes da soberania. Caso não fossem afetados os tópicos ora mencionados, cuja especificação constava do próprio artigo 178, haveria a possibilidade de emenda.

Neste último caso, conforme dispunha o § 1º do referido artigo, a proposta era de iniciativa da quarta parte, pelo menos, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou de mais de metade dos Estados, nos decurso de dois anos, manifestando-se cada uma das unidades federativas pela maioria da Assembleia respectiva. A aprovação da emenda estava condicionada à sua aceitação, em duas discussões, pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois anos consecutivos. Porém, se a emenda obtivesse o voto de dois terços dos membros uma das Casas legislativas deveria ser imediatamente submetida à outra, considerando-se aprovada se lograsse a mesma maioria.

O § 2º do artigo 178 cuidava do procedimento para a revisão constitucional. Assim, as proposições de mudança dos fundamentos constitucionais deveriam ser apresentadas na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, e apoiadas, pelo menos, por dois quintos dos seus membros, ou submetidas a qualquer dessas Casas legislativas por dois terços das Assembleias Legislativas, em virtude de deliberação da maioria absoluta de cada uma destas. Se ambas, por maioria de votos, aceitassem a revisão, seria encaminhada, na forma por elas determinada, a elaboração do anteprojeto, o qual era submetido, na legislatura seguinte, a três discussões e votações em duas sessões legislativas, em ambas as Casas.

O § 4º do artigo 178 introduz, pela primeira vez na história constitucional brasileira, uma limitação circunstancial ao poder reformador da Constituição, pois estabelece que “*não se procederá à reforma da Constituição na vigência do estado de sítio*”. Note-se que o termo *reforma* figura como gênero do qual são espécies a emenda e a revisão. No § 5º do mesmo dispositivo¹¹⁸² foi mantida a limitação material que já constava da Constituição de 1891,

¹¹⁸¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 110.

¹¹⁸² Era o seguinte o teor do referido parágrafo: “Art. 178. [...] § 5º. Não serão admitidos como objeto de deliberação, projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa.”

referente à forma republicana federativa como cláusula imodificável do texto constitucional.

Apenas em uma ocasião houve reforma constitucional sob o texto de 1934. Com o Decreto Legislativo nº 6, de 18 de dezembro de 1935, foram promulgadas três emendas¹¹⁸³ cujo teor conferia ao Presidente Getúlio Vargas os poderes excepcionais que instrumentalizaram o Golpe de Estado de 1937.

A Constituição de 1937 menciona, no artigo 174, que ela própria poderia ser *emendada*, *modificada* ou *reformada*, mas tratou essas expressões como sinônimas. Previa-se a iniciativa tanto pelo Presidente da República quanto pela Câmara dos Deputados – que compunha, ao lado do chamado “Conselho Federal”, o “Parlamento Nacional”¹¹⁸⁴. As regras procedimentais contidas nos quatro parágrafos do artigo 174 exprimiam normas desprovidas de qualquer eficácia, na medida em que o texto constitucional sofreu vinte e uma modificações por meio de atos unilaterais do Presidente da República, referendados por seus Ministros¹¹⁸⁵ e pautados no artigo 180, que previa o poder de expedir decretos-leis sobre toda matéria da competência legislativa da União, enquanto não fosse reunido o Parlamento Nacional¹¹⁸⁶. Ao longo dessas reformas constitucionais, foram introduzidas as

¹¹⁸³ Os textos originais das três emendas promulgadas eram os seguintes:

“EMENDA N. 1: A Camara dos Deputados, com a collaboração do Senado Federal, poderá autorizar o Presidente da Republica a declarar a commoção intestina grave, com finalidades subversivas das instituições politicas e sociaes, equiparada ao estado de guerra, em qualquer parto do territorio nacional, observando-se o disposto no artigo 175, n. 1, §§ 7º, 12 e 13, e devendo o decreto de declaração de equiparação indicar as garantias constitucionaes que não ficarão suspensas.

EMENDA N. 2: Perderá patente e posto, por decreto do Poder Executivo, sem prejuizo de outras penalidades e resalvados os efeitos da decisão judicial, que no caso couber, o official da activa, da reserva ou reformado, que praticar acto ou participar de movimento subversivo das instituições politicas e sociaes.

EMENDA N. 3: O funcionario civil, activo ou inactivo, que praticar acto ou participar de movimento subversivo das instituições politicas e sociaes, será demittido, por decreto de Poder Executivo, sem prejuizo de outras penalidades e resalvados os efeitos da decisão judicial que no caso couber.”

¹¹⁸⁴ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 110. Segundo EURICO ZECCHIN MAIOLINO, “A Constituição de 1937 disciplinou o processo legislativo da reforma constitucional com a participação do Presidente da República, prevendo pela primeira vez a reforma plebiscitária, no caso de rejeição da proposta de iniciativa do Presidente da República, ou da aprovação apesar da oposição do Presidente da República, e não estabeleceu limitações materiais expressas à reforma de seu texto.” (ibidem, loc. cit.).

¹¹⁸⁵ Conforme artigo 76: “Os atos oficiais do Presidente da República serão referendados pelos seus Ministros, salvo os expedidos no uso de suas prerrogativas, os quais não exigem referenda.”

¹¹⁸⁶ Válido recordar que, de acordo com o artigo 178, ficavam dissolvidos a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento

mudanças que excluíram o conteúdo ditatorial da Carta de 1937 e promoveram a reconstitucionalização do País.

A Constituição de 1946 em nada inovou. No bojo do artigo 217 e seus seis parágrafos, reproduziu a disciplina da reforma constitucional trazida pela Constituição de 1934; não repetiu apenas a parte atinente à revisão¹¹⁸⁷. Permaneceram a limitação circunstancial relativa à vedação de reforma durante o estado de sítio (§ 5º) e a limitação material segundo a qual não seriam “*admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a República*” (§ 6º).

Foram vinte as emendas à Constituição de 1946. Entre as mais importantes, estão aquelas que conferiram autonomia ao Distrito Federal (Emendas nºs 2 e 3), que instituíram e revogaram o Parlamentarismo (Emendas nºs 4 e 6), que introduziram o Sistema Tributário Nacional (Emendas nºs 5 e 18), que modificaram o processo eleitoral e as inelegibilidades (Emendas nºs 9, 13, 14, 15 e 17; algumas dessas, já em pleno regime militar, tiveram por finalidade restringir as liberdades políticas), além da Emenda nº 16, que institucionalizou a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e conferiu aos Tribunais estaduais o poder de avaliar a constitucionalidade de leis e atos normativos municipais¹¹⁸⁸.

A despeito dessas alterações constitucionais submetidas ao regramento do artigo 217, as transformações mais sensíveis e impactantes da Constituição de 1946 advieram dos atos institucionais (AIs) que resultaram do Golpe de 1964. O Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964 – inicialmente, não era numerado, pois se supunha que seria o único da autoproclamada “revolução vitoriosa” –, anunciava no artigo 1º que estava mantida a Constituição de 1946, “*com as modificações constantes deste Ato*”.

nacional seriam marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito para aprovação da própria Carta de 1934, previsto no artigo 187.

¹¹⁸⁷ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 111. De acordo com EURICO ZECCHIN MAIOLINO, “*A Constituição Federal de 1946 manteve a titularidade do Poder de Reforma Constitucional nas duas Casas do Congresso Nacional e as limitações materiais expressas protegendo a Federação e a República.*” (ibidem, loc. cit.).

¹¹⁸⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 112.

O Ato Institucional nº 1 introduziu a eleição indireta para Presidente e Vice-Presidente da República (art. 2º) e deu ao Presidente o poder de encaminhar ao Congresso projetos de emenda constitucional (art. 3º), que deveriam ser apreciados no prazo de trinta dias. No que tange às leis ordinárias, podia enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria, que deveriam ser apreciados em trinta dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal; caso contrário, seriam tidos como aprovados (art. 4º). Ficavam suspensas, por seis meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade (art. 7º).

O Ato Institucional nº 2, de 27 de novembro de 1965, repetiu a previsão do Ato antecedente no que diz respeito à manutenção da Constituição de 1946, com as alterações abarcadas pelo próprio Ato. Dentre seus tópicos mais relevantes, merecem destaque: introdução de novas regras de propositura e procedimento para emendas constitucionais (art. 2º); aumento de onze para dezesseis no número de Ministros do STF, como forma de nomear pessoas de confiança do regime (art. 6º); suspensão, sem prazo, das garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo (art. 14); concessão ao Presidente da República de poder para suspender direitos políticos por dez anos e cassar mandatos legislativos (art. 15); extinção dos partidos políticos (art. 18); exclusão da apreciação do Poder Judiciário dos *“atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste”* e *“as resoluções das Assembleias Legislativas e Câmara de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores, a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação deste Ato”* (art. 19, I e II).

O Ato Institucional nº 3, de 5 de fevereiro de 1966, determinou que o modelo de eleições indiretas – voto da maioria absoluta das Assembleias Legislativas – também fosse utilizado para escolher Governadores e Vice-Governadores dos Estados (art. 1º). Repetiu-se a imunização à apreciação judicial dos atos praticados com fundamento no Ato Institucional que se impunha e nos atos complementares dele (art. 6º).

Foi o Ato Institucional nº 4, de 12 de dezembro de 1966, que convocou “o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967” (art. 1º). O § 1º desse mesmo artigo definiu que “O objeto da convocação extraordinária é a discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República”. Como aponta JOSÉ AFONSO DA SILVA, “A forma imperativa [do Ato Institucional] não permitia a rejeição do projeto [de Constituição], que, de fato, com modificações até importantes sobre os direitos individuais, foi aprovado [...] como Constituição do Brasil (24.1.1967)”¹¹⁸⁹.

A Constituição de 1967 foi, portanto, a primeira produzida pelo regime militar, que ainda viria a formular a Constituição de 1969¹¹⁹⁰, estendendo “a iniciativa da proposta da emenda ao Presidente da República, além dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e das Assembleias Legislativas dos Estados já existentes na Constituição de 1946, mantendo a titularidade e as limitações materiais e circunstanciais”¹¹⁹¹.

Foram incluídas, na Seção intitulada “Do Processo Legislativo”, regras sobre a modificação formal do texto constitucional (arts. 50 a 52). Essas disposições deixaram de aplicadas, mas nem por isso a Constituição de 1967 ficou imune a alterações; em verdade, ela foi impactada, em pouco mais de dois anos, por treze atos institucionais – o primeiro deles o malsinado Ato Constitucional nº 5 – conhecido como AI-5 –, de 13 de dezembro de 1968, que exacerbou os poderes do Presidente da República e dos Ministros de Estado – e.g., a possibilidade de decretação de recesso do Congresso Nacional (art. 2º) e de intervenção federal sem limitação aos casos previstos no texto de 1967 (art. 3º), a cassação de mandatos e a suspensão de direitos políticos (art. 4º), além de ter suprimido garantias constitucionais como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a estabilidade (art. 6º, § 1º).

Também o AI-5 conferiu poder para instaurar e prorrogar, sem controle, o estado de sítio (art. 7º) e para confiscar, sem processo judicial, bens de quem se locupletasse ilicitamente

¹¹⁸⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 114.

¹¹⁹⁰ Este ato, sem embargo de ter vindo a público como Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, resultou, segundo boa parte da doutrina constitucional, em verdadeira Constituição, pois republicou integralmente o texto de 1967, acrescido das alterações introduzidas pela referida Emenda.

¹¹⁹¹ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 111.

ao exercer função pública¹¹⁹², além de ter suspenso o *habeas corpus* em crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10), e excluiu a apreciação, pelo Judiciário, de todos os atos praticados com fundamento no próprio AI-5 e nos atos que lhe fossem complementares (art. 11).

Do AI-5 ao AI-17 – este último exarado em 14 de outubro de 1969 –, impuseram-se variadas e crescentes restrições às liberdades e garantias individuais em um processo marcado mais por heterogeneidade que por um plano e uma sequência definidos. Esse perfil assistemático, desordenado, das decisões do governo militar foi diagnosticado por JOSÉ AFONSO DA SILVA: “o que se nota nesses atos institucionais e também nos atos complementares (mais de 100) é um vai-e-vém, um faz-e-refaz, que bem mostra que o regime não tinha a menor orientação doutrinária, senão o mero exercício da força, em favor de uma ideologia profundamente retrógrada”¹¹⁹³.

O advento da Constituição de 1969 – Emenda nº 1 à Constituição de 1967 –, também produto do regime militar, alterou, discretamente, o regime jurídico das emendas constitucionais, uma vez que “retirou a iniciativa da proposta de emenda das Assembleias Legislativas dos Estados, diferentemente do que era previsto na Constituição Federal de 1967, e manteve as limitações materiais expressas quanto à Federação e à República e a limitação circunstancial de vedação da reforma na vigência do estado de sítio”¹¹⁹⁴.

As regras dos artigos 47 a 49 reproduziram boa parte das disposições do texto constitucional de 1967. A única novidade foi a exclusão da iniciativa das Assembleias Legislativas, a mudança – de um quarto para um terço – do quórum para iniciativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e a necessidade de dois terços dos membros de cada Casa congressual para a aprovação de proposta de emenda – em 1967, exigia-se maioria absoluta dos membros das duas Casas reunidas. Essas disposições foram aplicadas em vinte e sete ocasiões. Destacam-se a Emenda nº 22, de 5 de julho de 1982, que introduziu as primeiras reaberturas à democracia em matéria eleitoral, no que foi acompanhada pela Emenda nº 25, de 15 de maio de 1985, que restabeleceu eleições diretas

¹¹⁹² O artigo 8º afirma que o confisco será feito “após investigação”, sem atribuir papel algum aos juízes.

¹¹⁹³ Cf. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional), p. 117.

¹¹⁹⁴ Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 112.

para Presidente e Vice-Presidente da República e permitiu a criação de partidos políticos, e a Emenda nº 26, de 27 de novembro de 1985, cujo passo decisivo foi dado ao prever no artigo 1º que, no dia 1º de fevereiro de 1987, os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-iam, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, na sede do Congresso Nacional.

3.8. Limites à Reforma Constitucional na Constituição Federal de 1988

Promulgada, finalmente, em 5 de outubro de 1988, a Constituição Federal, expandiu o rol de limitações circunstanciais ¹¹⁹⁵ (art. 60, § 1º), formais ou procedimentais (art. 60, I a III e §§ 2º, 3º e 5º) e materiais (art. 60, § 4º, I a IV) à atividade do poder reformador.

O seu núcleo de rigidez foi expresso no artigo 60. A iniciativa para propor emenda constitucional foi conferida a um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ao Presidente da República e às Assembleias Legislativas – mais da metade delas. Conforme dispõe o § 2º do referido artigo, a mudança na Constituição só será concretizada após discussão e votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos; ainda assim, a aprovação está condicionada à marca mínima, em ambos os turnos, de três quintos dos votos dos respectivos membros.

No § 1º do mesmo artigo, exsurtem limitações circunstanciais à reforma, uma vez que a Constituição não pode ser emendada enquanto perdurar intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

¹¹⁹⁵ Ressalta-se ser o intuito das limitações circunstanciais coibir a reforma na vigência do estado de defesa, de sítio e da intervenção federal, além de restaurar a possibilidade de as Assembleias Legislativas dos Estados apresentarem propostas de emendas constitucionais (cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*, p. 112-113). Sobre a questão, ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 17. ed., p. 29).

As limitações materiais (cláusulas pétreas) manifestam-se no § 4º do artigo em comento, ao enunciar que “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir*” os incisos especificam os assuntos, valores e princípios cuja “tendência à abolição” não se tolera. Conforme é possível notar, o dispositivo afirma que emendas inclinadas, propensas a gerar esse resultado supressivo nem sequer devem ser objeto de discussão nas Casas congressuais. Não resta dúvida de que o modo como foi redigido o § 4º não lhe garante a eficácia estimada, na medida em que se mostra insuficiente para refrear as mudanças inconstitucionais que, não raro, provêm do próprio Congresso Nacional, a quem incumbiria interromper a discussão sobre emendas que tendam à eliminação de algo fixado como intangível pelo texto constitucional.

A Lei Maior sofreu, até a data de conclusão do presente trabalho, setenta e uma emendas constitucionais e seis emendas constitucionais de revisão, em pouco mais de vinte e quatro anos de vigência, as quais alteram, suprimem e adicionam artigos ao texto original e ao ADCT, sem contar as inúmeras propostas que tramitam nas duas Casas do Congresso Nacional.

De acordo com LUIZ PINTO FERREIRA¹¹⁹⁶ e MEIRELLES TEIXEIRA¹¹⁹⁷, o termo *reforma* deve ser empregado nos dois sentidos – emenda e revisão. A emenda constitucional seria utilizada apenas para acrescentar dispositivos, suprimir ou alterar outro, para mudanças pontuais, ao passo que a revisão constitucional seria o instrumento útil para modificações mais amplas e profundas do texto constitucional. De fato, a Constituição vigente tratou de diferenciar os referidos termos, no próprio artigo 60 e no artigo 3º do ADCT.

Note-se que a forma como a Constituição de 1988 discriminou o âmbito da sua reforma “*enfraquece o problema da busca de sua identidade como meio de demonstrar a existência de limites implícitos*”¹¹⁹⁸, em razão de os limites expressos constantes do § 4º do artigo 60 terem tornado irreformáveis aqueles conteúdos que eram limites implícitos em

¹¹⁹⁶ Cf. FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais de direito constitucional moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 102.

¹¹⁹⁷ Cf. TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 132.

¹¹⁹⁸ Cf. COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*, p. 114.

Constituições anteriores¹¹⁹⁹. Cabe observar que se costumam considerar como limites implícitos à reforma as próprias normas definidoras de cláusulas pétreas, assim como aquelas que regulam o processo de reforma, em vista da rejeição ampla no Brasil à tese da dupla revisão¹²⁰⁰.

Por fim, mas não menos relevante, tem-se a questão atinente à fiscalização da constitucionalidade da revisão constitucional. É dificilmente recusável a possibilidade de emendas à Constituição padecerem do vício de inconstitucionalidade formal e/ou material, uma vez que se trataria de *“fenómeno homólogo ao da ilegalidade da lei (como a que pode dar-se hoje em Portugal, por violação de lei de valor reforçado). Não é por as normas serem da mesma categoria ou do mesmo grau que não intercedem relações de constitucionalidade ou de legalidade. O que importa é haver ou não uma diferenciação de funções e de competência”*¹²⁰¹.

Diante desse cenário, inúmeras Cortes Supremas – exclusivamente constitucionais ou não – têm-se declarado competentes para apreciar a constitucionalidade de emendas e leis de revisão constitucional¹²⁰², inclusive o Supremo Tribunal Federal no Brasil, sendo pacífica a possibilidade de controle de constitucionalidade dos produtos do poder constituinte derivado, cabendo declaração de inconstitucionalidade tanto por razões formais *“relativa à observância do procedimento próprio para sua criação (art. 60 e §2º)”* quanto por incompatibilidades materiais, nesse caso porque *“há conteúdos que não podem constar de emenda, por força de interdições constitucionais denominadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º)”*¹²⁰³.

¹¹⁹⁹ Cf. COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*, p. 115.

¹²⁰⁰ Ibidem, p. 206.

¹²⁰¹ Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*, p. 289.

¹²⁰² Cf. ARAÚJO, Jackson Borges de. *O controle judicial de (in)constitucionalidade de emendas à Constituição*. Recife: Inojosa, 1995.

¹²⁰³ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 129.

3.8.1. A Doutrina Constitucional Brasileira sobre Cláusulas Pétreas

Mais que o relato das classificações amplamente divulgadas dos limites ao poder de reforma (temporais, circunstanciais, formais e materiais), é necessário averiguar a contribuição substantiva da doutrina jurídica no tocante à criação de condições adequadas de decidibilidade para casos jurídicos que versem sobre o significado normativo das cláusulas pétreas. A indiferença dos juristas a essa função abre portas para que os tribunais decidam sem rigor conceitual e consistência em relação aos julgados anteriores – não há sequer a consciência da necessidade da mudança jurisprudencial –, bem como permite que Ministros incorram em práticas casuístas que desacreditam a segurança jurídica. Comentam-se, a seguir, três manifestações na dogmática constitucional brasileira que oferecem, em maior ou menor medida, alguma contribuição para a análise jurídico-positiva das limitações materiais.

Sob o ponto de partida crítico ao “anseio reformista” e ao argumento da ingovernabilidade como justificativa para a alteração da Constituição, INGO SARLET aponta como preocupação central de suas considerações “a preservação do conteúdo essencial da ordem constitucional, portanto, da própria identidade da Constituição considerada concretamente”¹²⁰⁴, opção esta que lhe faz deparar “naturalmente – embora não exclusivamente – com o problema dos limites materiais à reforma”¹²⁰⁵. O autor intenta oferecer, nesse cenário, “uma análise dogmática e, portanto, jurídico-constitucional dos limites materiais da reforma constitucional [...] um tratamento constitucionalmente

¹²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre o poder de reforma da Constituição e os seus limites materiais no Brasil. In: TORRES, Heleno Taveira. *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, 2005. p. 293. Nas palavras do autor: “A prova da relação íntima entre os limites materiais à reforma constitucional e a identidade da Constituição reside no fato de que, em regra, os princípios e os direitos fundamentais, bem como a forma de Estado e de governo, encontram-se sob o manto dessa especial (e expressa) proteção contra sua alteração e seu esvaziamento pelo Poder Constituinte Reformador [...] o fato de o Constituinte ter considerado certos conteúdos tão relevantes a ponto de colocá-los sob a proteção das cláusulas pétreas, leva à constatação de que justamente nesses dispositivos, encontram-se ancorados os elementos e os princípios essenciais da ordem constitucional, o que apenas confirma a diferença entre uma reforma e uma supressão da Constituição” (ibidem, p. 304-305).

¹²⁰⁵ Ibidem, p. 293.

adequado da problemática (...) com os olhos voltados a nossa Constituição”¹²⁰⁶, com foco no significado e na função dos limites materiais à reforma constitucional e na discussão dos limites materiais implícitos.

Amparado na lição de NELSON SALDANHA – exposta na obra já clássica *O Poder Constituinte* – sobre o poder constituinte derivado apresentar natureza cirúrgica (ele não funda, mas somente refaz, ajusta a Constituição) e demiúrgico (atua para o povo, pois não é, como o constituinte originário, poder exercido pelo próprio povo), INGO SARLET defende a existência de um sistema de limites à reforma como meio para garantir a manutenção ao longo do tempo da identidade constitucional e impedir que ataques oportunistas à Constituição logrem êxito. Sem a positivação de balizas às pretensões de substituição da ordem constitucional vigente por outra fundada em princípios diversos, não é possível traçar a fronteira entre alterações procedidas com respeito ao sistema atual e aquelas que representam ruptura e, logo, são ilegais em face da Constituição que pretendem derrubar¹²⁰⁷.

Concentra a análise, de modo quase exclusivo, na discussão doutrinária sobre a existência e modo de identificação dos limites implícitos (não expressos) à reforma dos textos constitucionais, para, em seguida, reconhecer o aludido *status* aos direitos sociais no contexto da ordem constitucional brasileira pós-1988. Ao final do escrito, INGO SARLET retoma o complicado tema da dupla revisão (também denominada, na referência que o professor gaúcho faz a VITAL MOREIRA, “teoria da revisibilidade das cláusulas proibitivas de revisão”) – possibilidade ou não de serem modificados ou removidos os limites explícitos à reforma positivados na Constituição – e firma posição, resultante do que imagina ser “*uma exigência da lógica normativa*”¹²⁰⁸, de que as próprias cláusulas pétreas não podem ser objeto de alteração ou abolição, pois seriam o núcleo mesmo da identidade constitucional. A impossibilidade de remover ou abrandar os limites explícitos seriam,

¹²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre o poder de reforma da Constituição e os seus limites materiais no Brasil. In: TORRES, Heleno Taveira. *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*, p. 295-296.

¹²⁰⁷ Ibidem, p. 303.

¹²⁰⁸ Ibidem, p. 323.

afinal, um limite implícito da maior relevância para a preservação das opções políticas fundamentais do poder constituinte originário¹²⁰⁹.

A despeito da profundidade apresentada, o artigo de INGO SARLET não problematiza, nem em abstrato ou em confrontação com situações concretas, cada hipótese prevista no artigo 60, § 4º, da Constituição de 1988. Seu foco exclusivo nos direitos fundamentais sociais bloqueia qualquer referência à condição intocável da forma federativa de Estado, pelo que é diminuta sua contribuição ao objeto da presente tese.

LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO, ao contrário, pauta sua análise pela necessidade de apreender o significado normativo da cláusula pétrea que bloqueia emendas contrárias à forma federativa. Para cumprir seu objetivo, vale-se de elementos históricos e conceituais ao apontar os traços comuns aos Estados que adotam o federalismo. Além de autonomia e descentralização, que seriam as qualidades mais básicas para haver uma verdadeira federação, indica a distribuição de competências, a repartição de rendas em proporção aos encargos¹²¹⁰, a auto-organização, a rigidez constitucional protetora do pacto federativo¹²¹¹,

¹²⁰⁹ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA constrói um denso argumento contrário à possibilidade da dupla revisão, a partir da oposição declarada à tese de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO segundo a qual somente as matérias expressamente resguardadas pelo constituinte originário comporiam o núcleo imutável e não haveria menção explícita ao próprio artigo 60 que fixa os limites. Além disso, FERREIRA FILHO sustenta, paralelamente, que a Constituição de 1988 seria obra do poder constituinte derivado, de modo que toda obra deste pode ser por ele mesmo refeita. Para apreciar ambas as posições em seus próprios termos, ver SILVA, Virgílio Afonso da. *Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 226, 2001, p. 11-32; e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das “cláusulas pétreas”*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 202, p. 11-17, 1995. Na doutrina jurídica brasileira, favoráveis ao poder de dupla revisão, citem-se CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n. 120, 1993, p. 159 e ss.) e RAUL MACHADO HORTA (HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 88). Reticente quanto à impossibilidade de alteração dos limites materiais à reforma constitucional, em razão de tal postura estimular, indiretamente, a ruptura com a ordem vigente, mas sem aceder especificamente à tese da dupla revisão, manifesta-se PONTES DE MIRANDA (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1 de 1969)*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 145 e ss.).

¹²¹⁰ Afirma o autor: “*A doutrina tem-se preocupado com o fato de, na divisão de competências entre as duas ordens federais, existir um desequilíbrio entre as rendas. Trata-se de problema que está intimamente ligado ao da repartição constitucional de competências, qual seja, a questão da repartição constitucional de rendas*” (ARAÚJO, Luiz Alberto David. *O federalismo brasileiro, seus característicos e a vedação material contida no art. 60, § 4º, alínea I*. *Revista dos Tribunais*, ano 5, n. 18, jan.-mar. 1997, p. 148).

¹²¹¹ Nos termos do próprio autor, “*Ao lado dos característicos já apontados, há que anotar que o ajuste federalista tem como base uma Constituição [...] Não basta que exista uma Constituição. Ela deve ser escrita e rígida, de forma que evite a mudança de critérios fixados pelo pacto inaugural do Estado Federativo [...] assente o pacto federal em uma Constituição, deve ser ela rígida e conter cláusula que*

a presença de um órgão judicial que arbitre conflitos federativos¹²¹² e a disponibilidade de dispositivos de segurança para situações graves (e.g., a intervenção federal)¹²¹³.

Após longa exposição dos mencionados atributos do Estado Federal, o autor volta-se ao tema da “petrificação da forma federativa pelo constituinte de 1988”¹²¹⁴, acerca da qual haveria dois tipos básicos de interpretação jurídica: um, mais rígido, porém mais seguro e protetivo da forma federal, veda qualquer alteração no pacto federativo tal qual instituído pelo constituinte originário¹²¹⁵; outro, aberto e flexível, porém mais arriscado e incerto, permite a realização de reformas substanciais, inclusive o remanejamento de competências de um ente para outro, desde que mantidos os traços mínimos da forma federativa¹²¹⁶. Levantadas as vias interpretativas inconciliáveis – e essa identificação foi feita somente *grosso modo* –, LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO eximiu-se de prosseguir na tarefa

dificulte a mutação do sistema federal” (ARAÚJO, Luiz Alberto David. O federalismo brasileiro, seus característicos e a vedação material contida no art. 60, § 4º, alínea I. *Revista dos Tribunais*, ano 5, n. 18, p. 149-150).

¹²¹² Percebe LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO que é “importante falar da necessidade de existência de um órgão que controle a repartição de competências, mantendo o pacto federalista. Trata-se de um órgão do Poder Judiciário encarregado de dizer o direito em caso de dúvida sobre o exercício das competências ou mesmo em caso de ferimento da forma federativa [...] Deve, portanto, estar presente no Estado Federal um órgão que dirima qualquer dúvida relativa à distribuição de competências, fazendo cumprir, a partir de sua interpretação, o pacto federalista” (ibidem, p. 151).

¹²¹³ Ibidem, p. 146-152.

¹²¹⁴ Ibidem, p. 152.

¹²¹⁵ Expõe o problema nestes termos: “Para entendermos a extensão da vedação, devemos escolher uma entre as duas possibilidades de interpretação. O constituinte, quando afirma que estamos diante de uma vedação da forma federativa de Estado, estaria se referindo a Federação Brasileira como colocada pelo texto de 1988? Este modelo federativo seria preservado? Nesse caso, não se deveria buscar em modelos estrangeiros (ou mesmo na experiência histórica) qualquer outro subsídio para entender a questão. Adotada tal posição, portanto, qualquer alteração que mudasse o pacto federativo de 1988, como positivado, seria inconstitucional, porque estaria tendendo a abolir o ajuste. Mudanças de competências, por exemplo, do Estado-Membro para o Município ou do Município para a União, tudo seria inconstitucional, pois haveria alteração do pacto ajustado. Esta interpretação engessaria o texto constitucional, tornando-o difícil de alteração. Mas tornaria mais respeitado o pacto federativo, de forma a louvarmos mais o ajuste inicial. A Federação seria mais valorizada enquanto sistema. Toda alteração que alterasse o ajuste federativo de 1988 seria inconstitucional, pois, forma federativa de Estado seria a adotada pelo constituinte” (ibidem, p. 152).

¹²¹⁶ Segundo o autor, “Outra forma de interpretação seria a de buscarmos apenas princípios da forma federativa de Estado. Por essa ótica, estaríamos diante de uma verificação da manutenção mínima dos princípios federativos. É verdade que, nesse caso, teríamos uma grande dose de julgamento subjetivo, que moldaria a decisão de conformidade com a realidade que se pretendesse proteger [...] Mas até que ponto é possível diminuir a autonomia estadual, sem ferir o princípio federalista. Se de um lado, o primeiro modelo interpretativo engessa a Federação, impedindo qualquer tipo de reforma mais substancial, a segunda oferece uma margem grande de discricionariedade do intérprete, servindo de válvula de escape para ajustes que possam ser ou não necessários. Haverá, é verdade, uma grande dose de apreciação política, entendida como possibilidade de ajustamento de um projeto de mudança servindo a interpretação da Federação como maneira de permitir a quebra do sistema federalista como inicialmente posto” (ibidem, p. 152-153).

indispensável à doutrina de solucionar dilemas práticos e oferecer pautas mais adequadas para a decisão¹²¹⁷.

Um dos mais interessantes e criativos trabalhos na dogmática jurídica brasileira sobre as cláusulas pétreas na Constituição de 1988, a despeito das conclusões precipitadas que alcança e do descuido na ordenação das ideias, foi apresentado por FERNANDO GALLACCI. Em vez de promover construções interpretativas próprias a partir de certa metodologia jurídica ou comparar posturas doutrinárias concorrentes – com o objetivo ou não de oferecer algum tipo de síntese –, o autor empreende uma investigação de caráter empírico sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal (STF). Mais especificamente, seu intento primeiro é examinar, quantitativa e qualitativamente, os acórdãos que abordaram as cláusulas pétreas em casos de controle da constitucionalidade de emendas constitucionais. Em sequência, sua meta é verificar se o STF, nos processos analisados, apresenta ou não algum tipo de compromisso com o fomento da governabilidade institucional do País.

A construção do argumento de FERNANDO GALLACCI vale-se de duas intuições iniciais: (i) as emendas constitucionais funcionam como peças indispensáveis da engrenagem governamental, notadamente da tarefa de elaboração de políticas públicas, uma vez que uma série destas, em diferentes setores, foi constitucionalizada em 1988¹²¹⁸; (ii) o recurso às emendas conduz ao enfrentamento dos limites materiais impostos ao poder de reforma constitucional (art. 60, § 4º, I) – a dita super-rigidez constitucional –, problema que é

¹²¹⁷ DAVID ARAUJO argumenta: “São duas possibilidades, gerando problemas diversos. A primeira, mais antipática, mais radical, mas garantidora dos valores garantidos pelos constituintes. A segunda, mais móvel, menos ortodoxa, mas que permitiria uma redução do grau de autonomia pactuado quando do ajuste federalista de 1988” (ARAUJO, Luiz Alberto David. O federalismo brasileiro, seus característicos e a vedação material contida no art. 60, § 4º, alínea I. *Revista dos Tribunais*, ano 5, n. 18, p. 153).

¹²¹⁸ Nas palavras de GALLACCI, “Com um alto universo de políticas públicas constitucionalizadas, a promulgação de emendas constitucionais se transformou em objeto de governabilidade. Tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo dependem, diversas vezes, das condições do artigo 60 da CF para poderem governar o país, já que muitos programas de governo estão positivados na Carta Magna” (GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as cláusulas pétreas*: o ônus argumentativo em prol da governabilidade?. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, 2011, p. 6. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/193_Fernando%20Gallacci.pdf>. Acesso em: 20 set. 2012).

agravado em face da inexistência de conteúdo expressamente definido do núcleo imodificável da Constituição, o qual comportaria, assim, diversos significados¹²¹⁹.

Ao perceber que a contribuição para a governabilidade – ou o refreamento dela – produzida pelo STF liga-se, estritamente, às interpretações jurídicas dos dispositivos integrantes do rol de cláusulas pétreas constitucionais¹²²⁰, dedica-se a destrinchar, minuciosamente, as argumentações dos Ministros nos casos em que se manifestam sobre os incisos do § 4º do artigo 60, inclusive no tocante à eventual presença do componente da governabilidade.

Dentro do raio de interesse da presente tese, é pertinente mencionar o relato das diferentes soluções empregadas pelo STF para interpretar a expressão “tendente a abolir”. Segundo FERNANDO GALLACCI, em uma primeira fase, o STF, mais concentrado na especificação de sentido do verbo “abolir”, firmou entendimento no sentido de que as cláusulas pétreas abrangiam somente a proibição de extinção integral dos princípios e instituições referidos no § 4º do artigo 60, restando maior campo de atuação conformadora para o legislador promover as reformas que reputasse convenientes. Houve, segundo o autor, uma inflexão do Tribunal, pois *“Se em um primeiro momento a Corte entendeu que se podem alterar alguns pontos do § 4º do artigo 60, promovendo com isso uma abertura de espaço para o*

¹²¹⁹ No que tange à relação entre o STF e a promoção da governabilidade política, o autor aponta como é possível identificá-la em termos genéricos, para depois aferi-la nos diversos casos: *“Quando é dada ao STF a possibilidade de controlar a constitucionalidade de EC, ele se atribui um papel de suma importância no sistema de governabilidade da nação. No contexto desse trabalho entende-se que o STF pode fomentar a governabilidade observando dois critérios capazes de caracterizar o conceito de governabilidade aqui adotado: (i) Os Ministros não se atentam ao mero exercício de subsunção do fato à norma, considerando outros elementos externos ao quadro normativo; e (ii) Os Ministros demonstram reflexões consequencialistas de seu julgamento com a finalidade de assegurar o bom funcionamento das instituições políticas”* (GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as cláusulas pétreas: o ônus argumentativo em prol da governabilidade?*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, 2011, p. 6. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/193_Fernando%20Gallacci.pdf>. Acesso em: 20 set. 2012).

¹²²⁰ Explica o autor: *“a Suprema Corte tem a competência de julgar as emendas constitucionais quanto a seu mérito. Isso significa que, ao analisarem os incisos do § 4º do artigo 60, os Ministros desenvolvem interpretações mais ou menos restritivas ou ampliativas sobre o conteúdo dos incisos estudados, que podem estar relacionadas à questão de governabilidade demandada na ação. Isso ocorre, pois, são nesses casos em que se conhece a visão dos Magistrados e da Corte sobre a possibilidade de mudança da carta constitucional. A interferência do STF nesses campos se intensifica em virtude da amplitude e da vagueza do texto dos incisos: I (a forma federativa de Estado); III (a separação de Poderes); e IV (os direitos e garantias individuais); todos do § 4º. A questão se coloca ainda mais complexa, uma vez que há estudos que demonstram que a Corte não define o que seriam as cláusulas pétreas”* (ibidem, p. 9-10).

Legislador reformador atuar; em um momento seguinte os Ministros desenvolvem um posicionamento de restringir o que antes haviam concedido”¹²²¹.

Na sequência, GALLACCI passa à apreciação de cada inciso do referido artigo, § 4º (com exceção do inciso II). Sobre a forma federativa de Estado (inciso IV), o estudo empírico da jurisprudência do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade mostrou dois perfis interpretativos que se alternam: um, mais rigoroso quanto ao conceito de federação e, por consequência, mais restritivo para a pretensão de introduzir novas políticas estatais via reforma constitucional¹²²²; outro, mais dúctil e, logo, permissivo diante de alterações constitucionais¹²²³.

3.9. Conclusões Parciais

Da perspectiva do positivismo jurídico metódico-axiológico, o artigo 60, § 4º, da Constituição de 1988 consubstancia um conjunto vinculante de normas de direito positivo que não podem ser relativizadas diante de injunções políticas ou econômicas refletidas no

¹²²¹ Cf. GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as cláusulas pétreas: o ônus argumentativo em prol da governabilidade?*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, 2011, p. 24. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/193_Fernando%20Gallacci.pdf>. Acesso em: 20 set. 2012. É preciso observar que a perspicácia do autor para a seleção dos acórdãos e identificação dos problemas relevantes não é acompanhada do cuidado na reconstrução dos argumentos formulados nos julgados.

¹²²² Nos termos de GALLACCI: “a forma de federação é entendida por dois parâmetros. No primeiro, cristaliza-se o entendimento interpretativo de que a forma federativa de Estado seria nada mais e nada menos do que as exatas competências explicitadas na Constituição. O constituinte originário teria uma ideia precisa do que ele queria ver protegido como federação e, por isso, toda disposição constitucional de competências é inalterável, sob pena de se abolir a forma federativa de Estado exposta na CF. Afinal, mais uma vez, para essa corrente do STF a federação protegida é a federação positivada” (ibidem, p. 28).

¹²²³ Assim explica GALLACCI: “No segundo parâmetro de interpretação da Corte, a forma federativa de Estado se encontra protegida em seu sentido amplo, ou seja, protege-se a forma de Estado Federado em detrimento da forma de Estado Unitário. De acordo com essa visão, a cláusula pétrea se restringiria a proteger a federação, podendo existir diferentes espécies dessa forma de Estado. Diante disso é possível afirmar que o constituinte derivado poderia alterar as diferentes competências dos entes políticos, pois ao fazê-lo não aboliria a forma federativa, mas sim a alteraria. Essa é a visão da maioria dos Ministros do STF quando esses decidem, atualmente, que o dispositivo questionado é legítimo para alterar a Carta Magna” (ibidem, p. 30).

conteúdo de emendas constitucionais. Cada inciso do referido dispositivo constitucional explicita uma escolha política fundamental e a publicização da preferência por determinados valores, os quais devem informar toda tarefa de criação, interpretação e criação de normas.

No contexto de rigidez constitucional – ou, segundo referem autores como OSCAR VILHENA VIEIRA, de soberrrigidez, pois não apenas há procedimentos dificultados para as emendas, mas também um campo material de vedações –, tal qual o caso brasileiro, não pode ser arrefecida a distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado (ou reformador), pois assim restariam desprezadas a estabilidade da ordem constitucional e os próprios atributos formais do texto constitucional – que é escrito, hierarquicamente superior e impassível de modificações por processos ordinários.

Sob as lentes do direito positivo, a compatibilização entre adaptação à realidade e preservação dos princípios fundamentais opera-se pela distribuição de competências para mudar a Constituição, de um lado, e o estabelecimento de zonas imunizadas à modificação, de outro. Recusar importância às normas jurídicas mediadoras dessa tensão é permitir que a racionalidade jurídica seja desertada em prol de objetivos circunstanciais. A Constituição tende a perder sua eficácia e seus princípios deixam de possuir a capacidade regulatória que se presume devam manter.

A história constitucional brasileira, contada a partir da sequência dos textos jurídico-positivos, mostra a recorrência da forma federativa de Estado como limite material à ação reformadora, o que prova a relevância máxima dessa escolha estruturante do Estado para a política brasileira, a despeito das diversas variações percebidas nos específicos momentos e transições constitucionais que marcaram o País.

A força normativa da Constituição não se compadece da admissão da dupla revisão – a qual é uma autorização para tornar maleável a identidade constitucional –, nem tolera interpretações minimalistas ou relativistas das cláusulas pétreas. O princípio interpretativo da máxima efetividade da Constituição, incorporado pelo positivismo metódico-axiológico, indica que os valores políticos fundamentais, incorporados pelo direito positivo, não podem ser compreendidos senão em sua significação máxima, isto é, aquela que promova

com maior intensidade a realização do valor em questão. Cumpre ressaltar que a descentralização e a autonomia financeira são valores/fins protegidos, em grau alto, pela Constituição de 1988.

O Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão arbitral da Federação brasileira, não pode tolerar movimentações que afetem as bases em que os valores atrelados à forma federativa se concretizam. É por essa razão que lhe cabe manter postura austera diante de emendas constitucionais que entrem em conflito com as cláusulas pétreas, pois somente dessa maneira transporta-se ao plano judicial a característica estrutural mais proeminente da Constituição brasileira: sua rigidez.

CAPÍTULO 4

ANÁLISE E PROBLEMATIZAÇÃO DA REFORMA CONSTITUCIONAL QUE ALTERA A DISTRIBUIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS

O caminho até aqui percorrido ofereceu os pressupostos normativos e conceituais reputados necessários para que o objeto central da tese pudesse ser, enfim, confrontado: evidenciar os problemas em torno da validade jurídica – mais especificamente, da constitucionalidade – da emenda constitucional que, a pretexto de promover a reforma do sistema tributário, altera o “jogo” das competências impositivas definidas pelo poder constituinte originário. Ou, de modo ainda mais preciso em face do problema da pesquisa, apontar os limites jurídicos intransponíveis colocados para a ação do poder constituinte derivado que, ao introduzir emenda com pretensão de redesenhar o sistema tributário, pretenda alterar as competências tributárias próprias dos Estados-membros da federação brasileira.

A resposta a esse problema jurídico, distante de ser óbvia, também não é unívoca, porquanto encontra uma série de alternativas de fundamentação igualmente legítimas *a priori*. Diferentes concepções do direito e diversas metodologias interpretativas tendem a encaminhar para soluções jurídicas discrepantes, de modo que as decisões teóricas de saída determinam o produto encontrado na chegada. Portanto, o intento deste capítulo final é oferecer uma consideração prático-jurídica do problema levantado a partir das premissas firmadas no Capítulo 1, quando foi definido o positivismo jurídico metódico-axiológico

como a mais adequada teoria do direito e da interpretação para a garantia da democracia, da legalidade e da segurança jurídica.

De outra sorte, no tocante ao problema jurídico, carece de utilidade imaginar uma reforma constitucional que, simplesmente, promova a abolição das competências tributárias estaduais, em razão de, ao menos, dois fatores. Primeiro, a expressão “competência tributária” denota fenômenos jurídicos complexos e heterogêneos, que demandam explicitação de seus traços específicos. Segundo, é improvável que uma eventual reforma tributária por emenda cancele todas as competências tributárias dos Estados; é mais factível que a competência para um ou outro tributo estadual seja suprimida ou afetada parcialmente, de modo a forçar a realização de conjecturas acerca dos objetos possíveis de uma modificação das bases do sistema tributário brasileiro.

Sempre pelas lentes do positivismo jurídico metódico-axiológico, serão considerados, primeiro, os conceitos de competência jurídica e norma de competência, para, na sequência, discutirem-se os vários significados da expressão “competência tributária”. Depois, alcança-se a parte mais desafiadora: em um constante ir-e-vir entre as concepções de forma federativa e autonomia financeira, construídas pelo positivismo metódico-axiológico, e as possíveis conformações de uma reforma constitucional que altere as competências tributárias dos Estados-membros, serão apresentadas soluções fundamentadas para as situações-tipo identificadas.

4.1. Pressupostos Conceituais sobre Competência Tributária

A discussão a propósito do conceito jurídico de competência interessa a juristas teóricos e práticos de diversas áreas do direito. Para os publicistas (direito constitucional, direito administrativo, direito tributário), consiste em conceito de primeira ordem, uma vez que é instrumental para entender a organização do Estado (tanto a funcional quanto a federativa),

definir as condições de imputação da responsabilidade pública e esclarecer os limites jurídicos da ação estatal (legislativa e executiva).

Para os processualistas, aparece no clássico tópico “jurisdição e competência”, bem como intitula a série de classificações legais e doutrinárias sobre os tipos de competência e orienta as discussões acerca das consequências de uma decisão judicial proferida por autoridade incompetente para tal ato. Privatistas e penalistas raramente utilizam o vocábulo “competência”, mas se valem de uma expressão próxima como “capacidade” para exprimir a mesma ideia referida pelo vocábulo “competência” ou para expressar uma situação jurídica conexa, porém diferente, àquela de quem é titular de uma competência jurídica.

Utilizado tanto nas dogmáticas jurídicas especializadas quanto no direito positivo (legislado e jurisprudencial), o termo “competência” encerra um conceito que integra o conjunto de intuições básicas dos juristas e, em razão disso, torna-se passível de uma análise filosófica que se destina a reconstruí-lo racionalmente, de modo a revelar-lhe a unidade, os significados e o valor prático.

A pretensão, aqui, não é realizar um exercício analítico original – objetivo próprio da filosofia do direito – sobre o conceito de competência, mas tão somente aproveitar um debate em curso na teoria jurídica para elucidar pontos prévios que permitirão seguir em direção à discussão jurídico-dogmática do sistema constitucional tributário.

4.1.1 Competência e Poder

Na linguagem cotidiana, o termo “competência” possui, no mínimo, dois diferentes significados: proficiência ou autorização. Uma pessoa pode ser competente para tomar decisões no sentido de que, em geral, ela toma decisões boas e corretas, ou mesmo se pode pretender dizer que alguém é competente por ter habilidade em algo ou por dominar a técnica de determinada atividade, como, *e.g.*, cozinhar ou andar de bicicleta. Em suma, ser

competente é saber fazer ou decidir. Porém, uma pessoa também pode ser competente no sentido de possuir a autorização, poder ou habilitação para realizar certos tipos de ato ou decisão, sem que se considere sua sapiência ou acurácia para tanto.

A competência como autorização – que será, por óbvio, o objeto de enfoque – há de ser compreendida não como mera situação de poder fático na qual o sujeito competente intitula-se dono da posição dominante mediante múltiplos atos de força, mas como um conceito jurídico-normativo, na medida em que a pessoa detém competência para algo – como se verá, o seu exercício visa modificar posições jurídicas das pessoas que se “submetem” à competência – em razão da existência de uma norma jurídica que assim prescreva.

É corrente entre os juristas a aproximação entre o conceito de competência e as ideias de “poder” e “Estado”¹²²⁴. Para TÁCIO LACERDA GAMA¹²²⁵, o conceito de competência vai mais além de guardar estreita relação com conceitos da Teoria Geral do Estado, como “poder”, “Estado” e “federação”: é inviável tentar decifrar o modo de existência e operação do próprio Estado sem recorrer ao conceito de competência¹²²⁶.

Segundo TORBEN SPAAK¹²²⁷, a preferência pelo uso da expressão “competência normativa”, em vez de “poder normativo”, para designar o conceito em questão serve, simplesmente, para escapar das divergências verbais intermináveis relativas aos conceitos de competência e poder, que mais lhe parecem resultado de práticas culturais. LARS

¹²²⁴ Para CRISTIANE MENDONÇA, “*A partir de uma análise estritamente jurídica, podemos asseverar que o poder preexiste ao ordenamento jurídico-positivo. É pré-jurídico. Não constitui objeto de investigação da Dogmática Jurídica*” (cf. MENDONÇA, Cristiane. *Competência tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 39).

¹²²⁵ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 184.

¹²²⁶ Ibidem, p. 193. Segundo TÁCIO LACERDA GAMA, “*Se um parcela de poder é uma competência, o estudo do conjunto das competências exercidas numa dada sociedade, com fundamento numa constituição, com fundamento numa constituição positiva, nos levará à própria definição de Estado*” (ibidem, loc. cit.). Na existência de uma Constituição aparece como condição básica para a configuração de um Estado; este, em verdade, não se assenta em um centro único de poder, em uma vontade unitária, mas se configura sob a forma de órgãos dotados de funções específicas, ou seja, identificados pelas próprias atribuições de competências que lhes são feitas. Tal como afirma LOURIVAL VILANOVA, “*Cada órgão é um plexo de atribuições, de faculdades, de poderes e de deveres: é um feixe de competência*” (cf. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 265).

¹²²⁷ Cf. SPAAK, Torben. *The concept of legal competence*. Disponível em: <http://ivr-enc.info/index.php?title=The_Concept_of_Legal_Competence>. Acesso em: 28 nov. 2012.

LINDAHL, citado por SPAAK, afirma que escritores britânicos e americanos preferem o termo “poder” (*power*), enquanto escritores escandinavos, europeus continentais e latino-americanos empregam mais frequentemente o vocábulo “competência” (*competence*)¹²²⁸.

No direito positivo, há muitas menções ao termo “poder” no texto constitucional, inclusive no título de uma Seção do Sistema Tributário Nacional: “Das Limitações ao Poder de Tributar”. Passa-se o mesmo com o termo “competência”, que aparece com referência à matéria tributária nos artigos 30, inciso III; 37, inciso XVIII; 146, inciso I; 146-A; e 151, inciso III, além da forma verbal “compete” nos artigos 153, 155 e 156, todos da Constituição Federal de 1988. O termo recorrente no Código Tributário Nacional é “competência”, e não “poder”. Não aparecem enunciados de definição ou diferenciação entre os dois termos ao longo do texto constitucional, nem mesmo na legislação infraconstitucional.

Na doutrina jurídica, encontram-se posições que, no fundo, não encerram divergências substantivas, mas se dedicam a manter vivo o confronto terminológico entre os vocábulos “poder” e “competência”.

O professor argentino GIULIANI FONROUGE expõe que *“este conceito – tão genericamente consignado – tem dado lugar a interpretações divergentes, que começam com a terminologia. Há quem fale de supremacia tributária (BERLIRI), de potestade impositiva (MICHELI), de poder tributário (COCIVERA, ALESSI-STAMMATTI), poder fiscal (BIELSA), poder de imposição (INGROSSO, BLUMENSTEIN), poder tributário concebido como ‘o poder geral do estado aplicado a determinado setor da atividade estatal, à imposição’ (HENSEL), porém, são variantes da idéia exposta”*¹²²⁹.

Consoante SAINZ DE BUJANDA, *“el poder tributário constituye un atributo esencial del Estado. No es posible concebir ninguna organización política en que falte este poder, que*

¹²²⁸ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 190. Na mesma linha segue TÁCIO LACERDA GAMA, para quem a razão assiste a todos e a nenhum desses autores, pois se trata de um típico caso de conflito verbal, justificado por razões culturais, mas sem nenhuma relevância conceitual. Todos concordam que as faculdades impositivas – sejam elas referidas pelo vocábulo “competência” ou pela palavra “poder” – devem ser exercidas nos termos prescritos pela ordem jurídica e constitucional, motivo qual o problema não possui raiz ontológica (ibidem, loc. cit.).

¹²²⁹ Cf. FONROUGE, C. M. Giuliani. *Conceitos de direito tributário*. São Paulo: Lael, 1973. p. 30.

*no es, en definitiva, sino la facultad de imponer tributos que procuren al Ente público los recursos necesarios para el cumplimiento de sus fines. Ahora bien, en el moderno Estado constitucional ese ha dejado de ser una fuerza o poder de hecho para convertirse en un poder jurídico, que se ejercita dictando normas”*¹²³⁰.

Há outros autores que se posicionam de forma intermediária, ora considerando a competência como espécie da qual poder seria gênero (a competência apareceria como forma de poder juridicamente limitado), ora tomando a competência como um conjunto de atributos que incluiria o poder como um de seus elementos (a competência seria, no mínimo, a combinação entre o poder para fazer algo e a normatividade jurídica que limita o campo de ação do sujeito que tem poder)¹²³¹.

Contra, ao menos na aparência, as propostas que empregam “poder” e “competência” como conceitos convergentes em algum grau, encontram-se RUBENS GOMES DE SOUSA, GERALDO ATALIBA e PAULO DE BARROS CARVALHO¹²³², para os quais não existe, em rigor, “poder tributário” no Brasil, pois o poder constituinte originário limitou-se a repartir competências tributárias. Essa afirmação pressupõe a ideia de faculdade ilimitada como cerne do conceito de poder, ao passo que a competência consistiria em algo distinto, já que limitada juridicamente por natureza.

Nesse sentido a leitura de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES¹²³³, para quem o poder tributário, do ponto de vista jurídico, não é algo distinto da competência jurídica, pois aquele só tem sentido jurídico enquanto demarcado por esta. GIULIANI FONROUGE expõe que “*A expressão poder tributário significa a faculdade ou a possibilidade jurídica do estado exigir contribuições com respeito a pessoas que se achem em sua jurisdição*”.

¹²³⁰ Cf. BUJANDA, Fernando Sainz de. Estructura jurídica del sistema tributário. *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1964. p. 9.

¹²³¹ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 187.

¹²³² Cf. SOUSA, Rubens Gomes de; ATALIBA, Geraldo; CARVALHO, Paulo de Barros. *Comentários ao código tributário nacional*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 74-76.

¹²³³ Cf. BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 30. Em seus próprios termos: “*A competência tributária consiste pois numa autorização e limitação constitucional para o exercício do poder tributário. Embora sendo uma emanção do poder tributário, com ele não se confunde. Os conceitos de poder tributário e competência tributária não coincidem*” (ibidem, loc. cit.).

Também a lição de HELENO TAVEIRA TORRES, seguindo a metodologia adotada no presente trabalho do positivismo metódico-axiológico¹²³⁴, define o poder de tributar, no contexto do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, como o somatório das competências previstas na Constituição¹²³⁵. Nas palavras do autor, *“o poder de tributar é concebido, neste estudo, como parcela dos poderes constituídos, na forma de consolidação das competências tributárias, razão pela qual se nega cabimento à existência de qualquer ‘poder de tributar’ prévio ou superior à Constituição, ao tempo que se reconhece sua vinculação à soberania do Estado limitadamente ao poder distribuído pela Constituição entre os órgãos estatais, na forma de competências materiais típicas”*¹²³⁶.

JOAQUIM FREITAS DA ROCHA observa que o problema das normas de competência relaciona-se à fundação do Estado resultante da formulação de uma Constituição. O exercício do governo e a busca da ordem dependem de normas que distribuam poder para criar normas: são as normas de competência. Nos termos do professor português, *“o problema da normação sobre a normação é um problema eminentemente constitucional. É o poder constituinte, enquanto reflexo da soberania interna, quem deve criar as fontes e,*

¹²³⁴ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. Segundo HELENO TAVEIRA TORRES, *“No passado, [...], a significação do poder de tributar esteve sempre vinculada ao exercício direto de soberania ou a princípios do direito natural. Contudo, é absolutamente incoerente com os pressupostos do positivismo jurídico metódico-axiológico que, a título de construção de uma teoria da tributação, postule-se qualquer relação entre ‘poder de tributar’ e ‘soberania política’, ao amparo de teorias sociológicas, históricas ou filosóficas do Poder político. O poder-dever de tributar é uma decorrência do poder de legislar em matéria tributária, cuja decisão sobre o que tributar ou como tributar somente pode vir como emanção da força normativa da Constituição”* (ibidem, p. 311).

¹²³⁵ Ibidem, p. 306. Entretanto, diferentes formas de legitimação dos tributos surgiram no curso da história (ibidem, p. 306-307); soberania fiscal, poder tributário supremo e poder autonômico das entidades descentralizadas (ibidem, p. 310-311; nota 39).

¹²³⁶ Ibidem, p. 311-312. Refuta-se, destarte, qualquer relação entre o Poder de Tributar como expressão de alguma forma de poder político, como “poder de império” ou “soberania do Estado” subordinada a algum valor absoluto e externo à Constituição (ibidem, p. 311-312). A respeito do tema, vale notar a lição de GERALDO ATALIBA: *“A Constituição se define, materialmente, como a lei que limita o poder do Estado e nessa matéria todas as constituições do mundo estabelecem limitações. [...] desde a Revolução Francesa, do chamado movimento constitucionalista, até hoje – não há mais poder tributário. O poder tributário se sedia no poder constituinte. E este é o único titular do poder tributário. Ao criar o Estado, o poder constituinte lhe dá, de maneira global, o poder político, mas determina, impõe e exige que os órgãos do Estado exerçam as manifestações, os atributos do poder político de maneira limitada, restrita e disciplinada. [...] Poder tributário só o poder constituinte tem. Só o Estado brasileiro, como um todo, tem. Mas nenhuma daquelas pessoas políticas, criadas pela Constituição, recebeu poder. Todas receberam meras competências, simples parcelas de poder; em matéria tributária, portanto, União, Estados e Municípios só têm competência tributária.”* (cf. ATALIBA, Geraldo. *Hermenêutica e sistema constitucional tributário: interpretação no direito tributário*. São Paulo: Forense. Educ. 1975, p. 16. In.: TORRES, Heleno Taveira. Op. cit., p. 312).

posteriormente, distribuir entre as diversas fontes criadas os poderes constituídos de produção normativa”¹²³⁷.

Destarte, conclui-se que o “poder” decorrente da soberania do Estado se encerra na Constituição, sendo consolidado na forma de competências aos entes federativos. Não há, portanto, que se falar na existência de “poder”, enquanto possibilidade irrestrita de ação e decisão, dos diversos agentes que emanam normas jurídicas, mas apenas de competências, com fundamento de validade final na atribuição firmada nas normas constitucionais.

Caracterizado, pois, corretamente que o poder, atributo da soberania, atua somente na distribuição originária de competências instituída pela Constituição, tem-se que estas, e todas as demais que delas derivam, possuem natureza estritamente jurídica¹²³⁸.

Conclui-se, assim, que não há competência jurídica sem a correspondente norma jurídica que a defira a um sujeito específico. Essa compreensão consiste, seja bem esclarecido, em uma derivação da ideia de Estado de Direito (*rule of law*, *rechtsstaat*, *état de droit*), a qual exclui os elementos de personalização e tradicionalismo do exercício de poder, para submetê-lo à objetividade das normas, fontes de autorizações específicas e limites para a ação política¹²³⁹.

¹²³⁷ Cf. ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos* – esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa, p. 148-149.

¹²³⁸ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 312. Consoante esclarece HELENO TAVEIRA TORRES, “isso porque a União, Estados ou Municípios recebem poder originário da Constituição, e não poder derivado, para instituírem o próprio sistema tributário, projetado a partir das atribuições constitucionais de competência e segundo as regras e princípios de proteção a direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição. Em uma tributação conforme o Estado Democrático de Direito não há poder de império ou soberania como medida de poder político e fático que se exerça sobre os particulares” (ibidem, p. 311-312). Assevera GERALDO ATALIBA: “Que é, então, competência tributária? É aquela porção, fatia ou pedaço de poder tributário, que a Constituição lhes atribui. No desempenho desta competência, União, Estados e Municípios são obrigados a obedecer a todas as normas constitucionais, das quais se colocam como essencialmente importantes – principais, fundamentais, primaciais – o princípio da legalidade e o princípio da igualdade” (cf. ATALIBA, Geraldo. *Hermenêutica e sistema constitucional tributário: interpretação no direito tributário*, p. 16. In: TORRES, Heleno Taveira. Op. cit., 312).

¹²³⁹ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. XXV/XXIX. Essa “juridificação” do poder estatal, como assenta TÁCIO LACERDA GAMA, antipatiza com qualquer ideia de soberania como poder ilimitado, condição natural para a promoção da ordem a ponto de alcançar todo e qualquer meio idôneo para a consecução de fins gerais. Referida situação se passa, em idêntico tom, no campo da tributação, a qual é concebida como “atividade exercida pela criação de normas [...] o conjunto que regula direta ou indiretamente a instituição, arrecadação e fiscalização de tributos não é

4.1.2 Contribuições da Teoria do Direito

WESLEY NEWCOMB HOHFELD¹²⁴⁰ distingue, como fundamentais ao pensamento jurídico, oito conceitos jurídicos. Entre eles está o conceito de competência normativa, ou, como indicado por teórico, o conceito de poder normativo: *“Uma mudança em uma dada relação jurídica pode resultar (1) de um fato ou grupo de fatos posteriores que não se encontram sob o controle volitivo de um ser humano (ou de seres humanos), ou (2) de um fato ou grupo de fatos posteriores que estão sob o controle volitivo de um ou de mais seres humanos. Como se considera na segunda classe de casos, a pessoa (ou pessoas) cujo controle volitivo é superior possui o poder (jurídico) para produzir a modificação particular de relações jurídicas que estão envolvidas no problema”*¹²⁴¹.

HANS Kelsen também analisa o conceito de competência (*Ermächtigung*), entendendo, em sua visão da unidade do sistema jurídico e disposição hierárquica das normas, em que as normas se relacionam por processos de fundamentação e derivação, que as normas de competência são normas incompletas ou não autônomas¹²⁴².

A passagem seguinte ilustra as ideias do autor – HANS Kelsen – sobre referido conceito: *“a função normativa das competências significa: dar poder a um indivíduo para estabelecer e aplicar normas. A norma moral autorizou o pai a dar comandos de seu filho de ligação. Uma regra de lei autoriza certos indivíduos para produzir normas legais ou para aplicar regras de direito. Em tais casos, dizem eles, a lei confere a certos indivíduos um poder legal [...] Um indivíduo não especificamente autorizado não pode criar lei ou aplicá-la. Seus atos não têm o caráter objetivo de ato de produção do direito ou de aplicação da lei, mesmo que subjetivamente tenham tal intenção. Seu sentido subjetivo não*

outra coisa senão normas [...] a ação de instituir, arrecadar e fiscalizar tributos é exercida pela criação de normas. Reduzindo-se o fenômeno da tributação ao seu aspecto jurídico, nada existe no sistema de direito tributário que não seja norma, vale dizer, a linguagem jurídica prescritiva” (cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. XXVI/XXIX).

¹²⁴⁰ HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental legal conceptions*. Columbia: Walter Wheeler Cook, 1920.

¹²⁴¹ Ibidem, p. 50-51 (tradução livre).

¹²⁴² Cf. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 20.

é o seu significado objetivo. Esses atos não têm – como eles dizem – efeito legal, são nulos e sem efeito, ou seja, não são legalmente autorizados”¹²⁴³.

Outro filósofo do direito que se dedicou aos estudos do conceito de competência jurídica foi ALF ROSS, que conceitua competência como *“a habilidade juridicamente estabelecida de criar norma jurídica (ou efeitos jurídicos) através e conforme enunciações para esse efeito. Essas enunciações em que a competência é exercitada são chamados atos jurídicos, ou atos-na-lei (acts-in-the-law), ou, no direito privado, declarações dispositivas*”¹²⁴⁴.

HERBERT HART, ao tratar da competência jurídica, ou, em seus termos, do conceito de poder jurídico, critica a teoria do direito de JOHN AUSTIN. HART esclareceu que esse autor, limitado às ideias de dominação, obediência e hábito como categorias jurídicas prévias à noção de regra, não fora capaz de identificar a existência de regras que outorgam poder, ou seja, regras que fornecem aos sujeitos privados e autoridades públicas os meios para que alcancem certos fins; a técnica empregada no sistema jurídico para essa concessão de instrumentos de ação é a outorga de poderes jurídicos para a criação, mediante procedimentos específicos e respeitadas algumas condições, de estruturas de direitos e deveres exigíveis perante os órgãos oficiais que exercem a coerção legal ¹²⁴⁵.

¹²⁴³ Trecho original: *“Die normative Funktion des Ermächtigens bedeutet: einem Individuum die Macht verleihen, Normen zu setzen und zu anwenden. Eine Moralnorn ermächtigt den Vater, seinem Kind verbindliche Befehle zu geben. Eine Rechtsnorm ermächtigt bestimmte Individuen Rechtsnormen zu erzeugen oder Rechtsnormen anzuwenden. In diesem Fällen sagt man: das Recht verleihe bestimmten Individuen eine Rechtsmacht [...] Ein nicht dazu ermächtigtes Individuum kann nicht Recht erzeugen oder Recht anzuwenden. Seine Akte haben objektiv nicht den Charakter von Rechtserzeugung oder Rechtsanwendung, auch wenn sie subjektiv in dieser Absicht erfolgen. Ihr subjektiver Sinn ist nicht ihr objektiver Sinn. Diese Akte haben – wie man sagt – keine Rechtswirkung, sie sind nichtig, d.h. rechtlich nicht vorhanden.”* (cf. Kelsen, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 80).

¹²⁴⁴ Cf. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2. ed. Trad. Edson Bibi. Bauru/São Paulo: Edipro, 2007. O teórico acata a diferença entre normas diretivas de conduta e normas de competência, mas admite a possibilidade de entrelaçamento entre as duas categorias: *“São exemplos: uma promessa, um desejo, um julgamento, uma licença administrativa, um estatuto. Um ato jurídico é, assim como os movimentos no xadrez, um ato humano que ninguém pode realizar como um exercício de suas faculdades naturais [...]. Desde que uma norma de competência prescreve as condições para a criação de uma norma, constitui uma tautologia dizer que se uma tentativa de exercitar competência ultra vires (fora do objetivo da competência) é realizada, nenhuma norma jurídica é criada. Isso pode ser expresso dizendo que o pretendido ato jurídico é inválido ou que a não-complacência com uma norma de competência resulta em invalidade”* (ibidem, p. 37-38).

¹²⁴⁵ Cf. HART, Herbert. *O conceito de direito*, 5. ed, p. 30-45.

No contexto de uma tentativa de teorizar sobre o direito a partir da consideração da ideia de *rule of law* como ideal regulativo, valor ético-político e padrão de justiça ¹²⁴⁶, FRANCISCO LAPORTA busca oferecer “*uma anatomia das regras de competência [...] cuja característica mais essencial é se tratar de regras cujo objetivo não é regular uma conduta humana qualquer, senão regular em particular a conduta ou atividade humana de criar, interpretar, aplicar ou derogar normas jurídicas. Por isso se diz que não são normas sobre ações humanas, mas normas sobre normas*”¹²⁴⁷.

A construção proposta pelo professor espanhol inicia com a precisão segundo a qual existe não apenas um tipo de norma de competência, mas um conjunto ou pluralidade delas, somente simplificadas sob um mesmo rótulo linguístico para facilitar a exposição. Apoiado na classificação de RICCARDO GUASTINI, LAPORTA distingue as seguintes espécies de normas de competência: (i) normas que conferem competências normativas; (ii) normas que disciplinam o exercício de tais competências; (iii) normas que circunscrevem o objeto das diversas competências normativas; (iv) normas que reservam competências normativas; (v) normas que põem limites substanciais às várias competências normativas¹²⁴⁸.

O passo seguinte do argumento de LAPORTA consiste em reunir os “muitos habitantes” do universo heterogêneo das normas de competência e reconstruí-los analiticamente – quase em um exercício de ficção, como admite o autor. O resultado obtido é a seguinte fórmula:

¹²⁴⁶ Cf. LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007. p. 84. Segue o autor: “Assim, pois, o império da lei tem de ser entendido como um ingrediente da ideia de Justiça, isto é, como um dos ideais ético-políticos que nos dizem como ‘deve ser’ o direito positivo. E creio que, conforme tal ideal, o primeiro [ideal] que projeta à ordem jurídica é uma espécie de ‘normativismo’, a exigência de que, se não todo o direito positivo, ao menos o núcleo central e mais importante do ordenamento jurídico está composto por essa classe especial de normas que chamamos em sentido estrito ‘regras’. Regras de conduta e regras de competência [...] O direito deve guiar as condutas dos cidadãos e os atos de poder por meio de regras, porque são as regras e sua vigência em uma sociedade que logram estabelecer um contexto em que a autonomia das pessoas se faz possível [...] Desde o ponto de vista do império da lei, a autoridade que emite a norma não é senão o poder exercido mediante o direito, e por isso mesmo essa noção deve transmitir a esse poder e sua configuração jurídica toda a exigência dos seus imperativos de regulação. E naturalmente o primeiro desses imperativos é que a autoridade que emita as normas jurídicas se encontre facultada para isso por uma norma de competência [...] Este é um dos sentidos mais imediatos em que se pode falar em ‘governo das leis’ como algo contraposto a governo ‘de homens’: esse sentido que nos diz que o fundamento imediato da autoridade jurídica é a lei” (tradução livre) (ibidem, p. 84/94-95).

¹²⁴⁷ Ibidem, p. 94.

¹²⁴⁸ Ibidem, p. 96.

*“A pessoa ou o órgão que tenha as qualificações Q, pode criar, conforme o procedimento Pr, uma norma jurídica de hierarquia J e âmbito de aplicação Aa, sobre a matéria M”*¹²⁴⁹.

Da fórmula sintética extraem-se os “fragmentos anatômicos” das regras de competência: (i) sujeito ativo, definido segundo propriedades abstratas; (ii) caráter, expresso pela ideia de que o sujeito competente “pode criar” uma norma¹²⁵⁰; (iii) procedimento; (iv) hierarquia: as normas de competência definem o tipo específico de fonte do direito que vai veicular as normas a serem criadas, as quais terão, logo, uma posição hierárquica própria no sistema jurídico; (v) âmbito de aplicação: as normas de competência aplicam-se a pessoas específicas e em circunstâncias predeterminadas de tempo e espaço; (vi) alcance ou matéria: delimita-se o objeto (assunto, área de interesse, domínio material) sobre o qual o sujeito competente pode exercer o poder que lhe foi conferido.

Com base em “distinções de índole funcional”¹²⁵¹, ADRIAN SGARBI aponta que as normas jurídicas podem ser primárias ou secundárias.

As primeiras *“serão identificadas com os preceitos que objetivam principalmente a regulação de condutas humanas”*, dispondo sobre comportamentos, ações e atividades humanas (que podem ser tanto positivos quanto omissivos, na medida em que lhes estabelecem qualificações elementares – proibição, obrigação e permissão)¹²⁵².

As últimas *“serão identificadas como normas reguladoras de normas e, não, de comportamentos humanos, ao menos, como objetivo principal [...] [sua] função primordial é regular a utilização de outras normas pelos operadores da ordem jurídica [...] são normas cuja função se traduz em fornecer dados de racionalização operativa às normas primárias”*¹²⁵³. Há diversas classificações das normas secundárias, bem como

¹²⁴⁹ Cf. LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley: una visión actual*, p. 96.

¹²⁵⁰ Ibidem, p. 97. Aqui, abrem-se as portas para o debate sobre a possibilidade de reduzir as normas de competência a permissões ou se seriam enunciados normativos de natureza distinta. Além disso, discutem-se as situações em que haveria o dever de exercer a competência atribuída (ibidem, p. 97 e ss.).

¹²⁵¹ Cf. SGARBI, Adrian. *Teoria do direito: primeiras lições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 164.

¹²⁵² Ibidem, p. 165.

¹²⁵³ Ibidem, loc. cit.

estão disponíveis teorias concorrentes destinadas a explicar a natureza das subespécies mais importantes¹²⁵⁴.

A completude da análise impõe recorrer a uma discriminação clara sobre os diversos aspectos que compõem as normas de competência – ou, como prefere denominar JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, normas sobre a produção de normas ou normas sobre a normação: “*as normas sobre a produção [normativa] desempenham um triplo papel identificador, na medida em que devem ser elas a reconhecer (i) o sujeito competente para a normação, (ii) o nomen juris a aplicar ao núcleo da produção normativa e (iii) o procedimento adequado para a introdução do resultado normativo no agregado do qual fará parte*”¹²⁵⁵.

No tocante a (i), as normas assumem a função de “*conferir a determinado órgão o necessário poder de criação de Direito*”, sendo “*regras atributivas de competência [que] individualizam, de acordo com critérios precisos (v.g., hierarquia, matéria, território) determinado sujeito jurídico (v.g., Parlamento, Governo, Autarquia, Região) e conferem-lhes prerrogativas de produção jurídica, reconhecendo que são entidades que podem introduzir no sistema componentes que o vão mais tarde integrar (normas jurídicas)*”. Com relação a (ii), trata-se de determinar “*se o núcleo de produção deverá revestir a forma abstrata de lei, decreto, regulamento, etc.*”. No que tange a (iii), às normas sobre produção jurídica cabe “*delimitar rigorosamente quais os actos que, em abstracto, são*

¹²⁵⁴ Cf. SGARBI, Adrian. *Teoria do direito*: primeiras lições, p. 168. Ressalte-se que SGARBI constrói em sua obra uma classificação de normas secundárias, sendo quatro tipos básicos: (i) normas de modificação; (ii) normas de interpretação jurídica; (iii) normas de interpretação jurídica; (iv) normas sobre a aplicação de normas (especificação da aplicabilidade de normas a situações concretas quanto às pessoas, ao espaço e ao tempo); (v) normas sobre a aplicação de normas (especificação da aplicabilidade de normas a situações concretas no tocante às pessoas, ao espaço e ao tempo); (vi) normas sobre o conflito de normas; e (vii) normas de dissuasão: instituem consequências de reforço, sejam positivas (incentivadoras da conduta desejada) ou negativas (desestimuladoras da conduta indesejada), ao cumprimento das normas primárias. No que se refere às normas de modificação, o autor conclui pela existência de subespécies: normas sobre a produção de normas; normas de competência ou de atribuição de poderes jurídicos; normas de exercício da competência, divididas em disposições procedimentais (objeto ou espécie normativa a ser produzida; rito e tema); disposições substanciais (delimitação do conteúdo da norma ser criada); e normas de finalidade (fixam objetivos que devem ser perseguidos pela ação de criar normas), havendo também normas sobre a eliminação de normas, divididas em normas que conferem o poder para revogar e normas de invalidação. Também divide o autor as normas de interpretação jurídica em normas sobre a interpretação jurídica (sentido estrito) e normas interpretativas. Aqui, converteu-se em esquema de tópicos o que o autor apresenta em texto estendido (ibidem, p. 168-171).

¹²⁵⁵ Cf. ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos* – esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa, p. 149.

*indispensáveis para a conclusão do procedimento normador (iniciativa, discussão, aprovação, referenda, etc.)”*¹²⁵⁶.

ANTONIO PEÑA FREIRE¹²⁵⁷, inspirado em HERBERT HART, registra que as normas jurídicas, segundo as finalidades que cumprem no ordenamento, dividem-se em normas de comportamento e normas sobre a produção jurídica. O objetivo principal das primeiras é disciplinar as relações sociais mediante a transmissão e a imposição de padrões específicos de comportamento reputados adequados ou desejáveis pela autoridade que cria a norma. Em síntese, as normas de comportamento exigem que seus destinatários realizem ou se abstenham de realizar determinadas ações¹²⁵⁸.

As normas de produção jurídica, em vez de se referirem aos comportamentos primários resultantes dos vínculos sociais, apresentam-se como metanormas, ou seja, normas sobre outras normas, dizem respeito à criação, aplicação, modificação ou extinção das normas de comportamento¹²⁵⁹. As normas de produção jurídica bipartem-se em normas que conferem poderes (estas podem subdividir-se em normas que conferem poderes indiscriminadamente e normas de competência, as quais se referem a um núcleo material determinado) e normas reguladoras de procedimentos (definem o modo de exercício de um poder jurídico)¹²⁶⁰.

TORBEN SPAAK¹²⁶¹, apoiado nos clássicos da teoria jurídica do século XX e em busca de uma síntese dos elementos comuns entre os autores, observa que as formulações sobre normas de competência convergem em três pontos relevantes: (i) o sujeito que tem competência possui a possibilidade de mudar posições jurídicas alheias, ou seja, de alterar o quadro de direitos e obrigações de outros indivíduos (os destinatários da competência);

¹²⁵⁶ Cf. ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos* – esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa, p. 149-150. Ao final, o autor sintetiza: “Competência, forma e procedimento são, por conseguinte, as três coordenadas de identificação das fontes num ordenamento normativo, numa tarefa que, insistimos, deve estar a cargo do poder constituinte e deve, por tal motivo, revestir dignidade e forma constitucional” (ibidem, p. 150).

¹²⁵⁷ Cf. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Las normas sobre la producción jurídica. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 6, p. 119-154, 2003.

¹²⁵⁸ Ibidem, p. 122.

¹²⁵⁹ Ibidem, p. 124.

¹²⁶⁰ Ibidem, p. 133.

¹²⁶¹ Cf. SPAAK, Torben. *The concept of legal competence*. Disponível em: <http://ivr-enc.info/index.php?title=The_Concept_of_Legal_Competence>. Acesso em: 28 nov. 2012.

(ii) há uma relação bem próxima entre os conceitos de competência e (in)validade: ser titular da competência para praticar certo ato ou criar determinada norma é uma condição necessária para a validade desse ato ou norma. Quanto se fala em alterar posições jurídicas, quer-se afirmar, mais precisamente, que somente atos válidos possuem esse efeito modificativo. Portanto, em muitos casos de (in)validade, a questão central diz respeito a ser ou não competente o agente; (iii) quem é competente para alterar posições jurídicas alheias o faz mediante a realização de um tipo especial de ato, que é a manifestação concreta do exercício de competência.

Quer dizer, em outras palavras, que nenhum agente possui competência em termos gerais, mas somente em certo, definido aspecto. Portanto, a relação jurídica de competência pode ser definida como uma relação entre dois polos: há sempre uma pessoa (primeiro polo) que tem competência em certo aspecto (segundo polo). Possuir competência é ter a possibilidade de produzir algo especificado em uma norma.

O conceito de competência assim concebido constitui o menor denominador comum para os conceitos de competência espalhados no direito positivo, como “capacidade jurídica”, “capacidade negocial”, “capacidade processual” e “competência jurisdicional” ¹²⁶². A diferença entre o conceito (geral) de competência – integrado, segundo SPAAK, por (i) sujeito ativo, definido segundo propriedades abstratas; (ii) caráter, expresso pela ideia de que o sujeito competente “pode criar” uma norma; e (iii) procedimento – e os diversos conceitos de competência do direito positivo ora mencionados é que o conteúdo destes últimos é mais específico, pois eles versam, somente, sobre direito privado ou direito processual.

Em resumo, ter competência é conter a possibilidade de, em realizando um tipo especial de ato, mudar posições jurídicas. Mais que uma permissão simples de agir ou uma possibilidade prática (provável de ser efetivada), a competência jurídica é mais bem captada como uma *possibilidade hipotética* ¹²⁶³: se o agente (em uma situação adequada)

¹²⁶² Cf. SPAAK, Torben. *The concept of legal competence*. Disponível em: <http://ivr-enc.info/index.php?title=The_Concept_of_Legal_Competence>. Acesso em: 28 nov. 2012.

¹²⁶³ Ibidem.

realiza um ato especial (e o faz também de uma maneira correta), ele irá causar a pretendida mudança de posição jurídica. Vê-se, pois, que interessa a possibilidade que lhe é conferida, de modo que a competência não depende da possibilidade prática de realizar o ato específico, porquanto pode haver algum impedimento físico ou não existir interesse em concretizá-lo.

Deve ficar claro que ter competência não se confunde com o seu exercício. Há, entretanto, diferentes maneiras pelas quais uma pessoa pode modificar posições jurídicas, e é necessário distinguir entre aquelas mudanças que resultam do exercício da competência pelo agente e aquelas que resultam do exercício de sua habilidade geral ou poder de mudar situações jurídicas.

Para começar, pode-se fazer a distinção entre competência e capacidade delitiva, que é a possibilidade de mudar a posição legal de alguém a partir do cometimento de um crime ou tortura. O motivo dessa distinção é que, enquanto a competência tem sido outorgada a uma pessoa para conceder-lhe a possibilidade de mudar posições legais, a possibilidade de cometer um delito constitui somente o efeito de um aspecto do objetivo de prevenir que certos tipos de ato possam ser realizados.

Destaca-se, também, a distinção entre competência e a possibilidade de mudar a posição jurídica de alguém quando se consideram taxas ou benefícios sociais e ocorre, por exemplo, a transferência de uma cidade para outra. Porque o direito torna a posição jurídica das pessoas dependente, até certa medida, de seus lugares de domicílio, tal não significa que alguém quer dar-lhes a possibilidade de causar, de modo deliberado, a pretendida mudança transferindo-se, mas é, em geral, razoável que uma pessoa pague suas taxas e outros encargos no lugar onde vive¹²⁶⁴.

¹²⁶⁴ Cf. BULYGIN, Eugenio. *Norme, validità, sistemi normativi*. Torino: Giappichelli, 1995. p. 214. In: GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 209. EUGENIO BULYGIN, ao supor que a competência compreende a possibilidade de alterar posições jurídicas, alcança quatro espécies que se ligam àquela ideia geral: (i) a competência mesma ou jurisdição em sentido amplo, que é o poder de criar normas jurídicas, seja por um parlamento, um tribunal ou pelo executivo; (ii) o poder jurídico, que é a participação dos sujeitos de direito na criação de normas gerais ou individuais – exemplos são o direito de voto e o direito de ação; (iii) capacidade, que permite a criação de normas que obrigam a própria pessoa que as cria, ou a produção de certas consequências ou efeitos jurídicos a partir da realização de determinados atos; (iv) imputabilidade ou capacidade delitiva, que é a aptidão para cometer crimes e

Imprescindível para obter a distinção do conceito de competência jurídica em face de conceitos análogos é considerar o modo de ação do agente ao ocasionar a mudança de posição jurídica. Nesse sentido, a realização de um ato específico constitui uma condição necessária e suficiente para o efeito jurídico; somente quando se sabe que uma pessoa realizou um ato especial com a (real ou suposta) intenção de causar certo efeito jurídico, é possível perceber que houve o exercício (ou a tentativa de exercitar) da competência. Essa intenção do ato resulta da expressa invocação da norma de direito positivo que confere a competência.

Do ponto de vista classificatório, há diferentes tipos de competência jurídica. A mais comum e também a mais notável distinção é indubitavelmente aquela entre a competência *autônoma* (uma competência que muda posições jurídicas do próprio sujeito competente) e a competência *heterônoma* (uma competência que modifica posições jurídicas de outras pessoas).

Essa distinção existe em duas diferentes versões, e é também um tanto obscura em muitos aspectos. HANS Kelsen, *e.g.*, faz uma distinção entre a competência autônoma e a heterônoma, concebendo duas maneiras distintas de se criar normas¹²⁶⁵. ALF ROSS, por seu turno, distingue autonomia privada e autoridade pública, que envolve, ou denota envolver, quatro diferentes critérios de distinção¹²⁶⁶. Nota-se, porém, que as versões de Kelsen e de ROSS são concernentes à mesma distinção expressa de modos diversos; o ponto comum e fundamental está em poder ou não o agente obrigar outras pessoas sem os seus consentimentos.

Um traço essencial das normas de competência, apontado nas considerações de SPAACK, diz respeito à função dessas espécies normativas na determinação da validade jurídica das

outros ilícitos jurídicos. Veja-se que em todas as quatro situações, a despeito de suas especificidades, aparece o elemento comum da alteração do sistema jurídico e das posições jurídicas de sujeitos (cf. BULYGIN, Eugenio. *Norme, validità, sistemi normativi*, p. 214. In: GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 209).

¹²⁶⁵ Cf. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, Capítulo 4.

¹²⁶⁶ Cf. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. São Paulo: Edipro, 2000. p. 76-77.

normas criadas a partir delas¹²⁶⁷. O ponto de partida é simples: se as normas de competência disciplinam, programam¹²⁶⁸ a criação de outras normas – ou a conduta de enunciar textos normativos¹²⁶⁹ –, logo, conclui-se que *qualquer desvio no modelo desenhado pelas normas de competência para as normas a serem criadas a partir delas implica a falta de validade do que foi produzido* de modo dissonante ao padrão.

TÁCIO LACERDA GAMA, concentrado nas competências em matéria tributária, aduz que “*a norma de competência determina que específico sujeito pode, mediante a realização de um procedimento adequado, inserir nova norma jurídica para disciplinar coercitivamente a conduta humana em sociedade [...] Dessa forma, conseguimos identificar uma qualidade comum a toda e qualquer norma jurídica, estando aí inseridas as normas tributárias, qual seja: ser produzida segundo o que prescrevem outras normas. Essas disposições que determinam os requisitos de validade de uma proposição recebem o nome de ‘normas de competência’ [...] [estas] programam como devem ser enunciadas e fundamentam a validade das normas criadas segundo seus preceitos [...] A validade de novos textos jurídicos se vincula ao cumprimento de certos requisitos materiais formais de enunciação. São desta natureza as referências de autoria, modo, local e tempo de criação dos textos*”¹²⁷⁰.

Novamente, SPAAK atinge o cerne do assunto: “*Por que o conceito de competência normativa deve interessar aos juristas práticos e filósofos do direito? A resposta é que nós precisamos de um conceito de competência para analisar e discutir adequadamente questões sobre (in)validade jurídica. Assim, como veremos, competência é uma condição*

¹²⁶⁷ Cf. SPAAK, Torben. *The concept of legal competence*. Disponível em: <http://ivr-enc.info/index.php?title=The_Concept_of_Legal_Competence>. Acesso em: 28 nov. 2012.

¹²⁶⁸ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 73. Segundo TÁCIO LACERDA GAMA, “*Programar a enunciação de novos textos de direito positivo é a principal função da hipótese das normas de competência tributária*” (ibidem, loc. cit.).

¹²⁶⁹ Ibidem, p. 64. Nesses termos pensa TÁCIO LACERDA GAMA: “*criar direito é criar texto. O sentido primeiro da atividade criadora de enunciados é a enunciação*” (ibidem, loc. cit.).

¹²⁷⁰ Ibidem, p. XXVII/XXX-XXXI/64-65.

necessária para a validade: somente uma pessoa competente pode modificar uma posição jurídica”¹²⁷¹.

Sobre a necessidade de se observarem as prescrições para exercício da competência, sob risco de invalidade da norma produzida, CRISTIANE MENDONÇA mostra que, *“quando resta demonstrada a insuficiência do fato jurídico produtor da regra-tributária geral e abstrata, seja pela atuação de órgão incompetente, seja pela inobservância do processo legislativo previsto no altiplano constitucional, incube ao órgão jurisdicional, na esfera do controle de constitucionalidade de leis, concentrado ou difuso, reconhecer a denominada “inconstitucionalidade formal” da regra tributária inserta no ordenamento jurídico-positivo e, mediante a expedição de norma válida, cortar a validade daquela*”¹²⁷².

É a relação intrínseca entre normas de competência e validade jurídica que vai permitir àquelas cumprirem uma função de filtragem no sistema jurídico, uma vez que servirão como critério-base para a distinção entre o que pertence e o que está fora da ordem jurídica positiva. Essa filtragem é operacionalizada mediante a identificação dos modos autorizados de produção do direito (as “fontes” do direito) e o estabelecimento da disposição hierárquica das normas no sistema (isto é, do aspecto relacional de validação das normas inferiores pelas normas superiores).

¹²⁷¹ Cf. SPAAK, Torben. *The concept of legal competence*. Disponível em: <http://ivr-enc.info/index.php?title=The_Concept_of_Legal_Competence>. Acesso em: 28 nov. 2012 (tradução livre). O trecho original é o seguinte: *“Why should the concept of legal competence interest lawyers and legal philosophers? The answer is that we need a competence concept in order to adequately analyze and discuss questions of legal (in)validity. For, as we shall see, competence is a necessary condition for validity: only a competent person can change a legal position”*. Há uma discussão corrente na teoria do direito acerca da relação entre invalidade e sanção. Para os que entendem haver coincidência, descumprir uma norma de competência consistiria em um ilícito nomogenético. Aqueles que, no entanto, recusam a ideia da invalidade como um tipo de sanção, exploram às últimas consequências a distinção entre normas de conduta (ou normas de ação) e normas de competência (ou normas de estrutura), as quais seriam tipos funcionais diferentes e, logo, seus respectivos descumprimentos não coincidiriam. Sobre a distinção entre normas de conduta e normas de competência, bem como a tentativa de compreender a estrutura peculiar das normas de competência, referem-se autores como GUASTINI, ROBLES, ALEXY, TÁCIO LACERDA GAMA, POGGI, SPAAK, MORO, FERRER BELTRÁN, ROQUE ANTONIO CARRAZZA, RAZ, MAZZARESE, ROSS E JORGE MIRANDA; os diversos enunciados que veiculam normas de competência, combinados com aqueles que preveem as suas limitações (eficácia negativa), servem *“para garantir a parametricidade da produção de novas normas no ordenamento, como parte da garantia de segurança jurídica das fontes do direito positivo”*; sobre omissões no exercício das competências, declaração de inconstitucionalidade por omissão e problematização do eventual caráter obrigatório (e, logo, gerador de direitos subjetivos diante da omissão) das normas de competência (cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 351).

¹²⁷² Cf. MENDONÇA, Cristiane. *Competência tributária*, p. 144.

A teoria do direito também se dedica ao tópico da modalização própria das normas de competência. Em termos simplificados, avalia-se a possibilidade de reduzir aludidas normas a permissões simples ou a deveres/obrigações; em suma, cabe saber se exercer a competência é uma possibilidade ou um dever.

A visão geral, fortemente inspirada no trabalho de VON WRIGHT¹²⁷³, reconhece o caráter predominantemente permissivo das normas de competência. Há, porém, casos menos frequentes em que o exercício da competência é obrigatório. A doutrina jurídica trabalha a discussão da modalização em termos mais diretos, na medida em que opõe competências discricionárias e competências vinculadas; as primeiras são exercitadas por conveniência e oportunidade do sujeito autorizado para efetivá-las, ao passo que as últimas devem ser cumpridas diante da verificação de condições pré-estipuladas. Como se verá em seguida, a doutrina jurídica tributária vai cuidar dessa oposição sob o rótulo da facultatividade das competências tributárias.

Exploradas as características essenciais das competências, passa-se agora à análise do conceito de competência tributária.

4.1.3 Competências Tributárias

É preciso partir, para fins de completude da análise, da acepção mais dilatada da ideia de competência tributária. Com acurácia, PAULO DE BARROS CARVALHO mostra o sentido amplo da expressão, que abarca desde o legislador até o administrador público, o juiz e o

¹²⁷³ Cf. WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and action: a logical inquiry*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1963. Versão original disponível em: <<http://www.giffordlectures.org/Browse.asp?PubID=TPNORM&Cover=TRUE>>. Acesso em: 20 out. 2012.

particular¹²⁷⁴, concluindo que o ponto de interesse para a doutrina é o de *competência legislativa tributária*¹²⁷⁵, sendo o conceito de competência tributária em sentido estrito¹²⁷⁶.

Para TÁCIO LACERDA GAMA, a “competência tributária” compreende “a *aptidão, juridicamente modalizada como permitida ou obrigatória, que alguém detém, em face de outrem, para alterar o sistema de direito positivo, mediante a introdução de novas normas jurídicas que, direta ou indiretamente, disponham sobre a instituição, arrecadação e fiscalização de tributos*”, ao passo que a “norma de competência tributária” é “o *signo, formado com base nos textos de direito positivo, a partir do qual se constrói um juízo condicional que contempla em sua hipótese as condições formais de criação de uma norma e, no seu consequente, os limites materiais da competência tributária*”¹²⁷⁷.

Segundo CRISTIANE MENDONÇA, “*Não há, no ordenamento jurídico vigente, uma definição legal propriamente dita de competência tributária [...] Ao chegarmos à reta final do processo de estipulação da expressão “competência tributária”, especificamos a designação conferida à locução, equiparando-a à autorização conferida pelo direito positivo às distintas pessoas políticas para a edição e a alteração de normas jurídicas*

¹²⁷⁴ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 228-229/232. Nas palavras do autor, não se pode “*deixar de considerar que têm, igualmente, competência tributária o Presidente da República, ao expedir um decreto sobre IR, ou seu Ministro ao editar a correspondente instrução ministerial; o magistrado e o tribunal que vão julgar a causa; o agente da administração encarregado de lavrar o ato de lançamento, bem como os órgãos que irão participar da discussão administrativa instaurada com a peça impugnatória; aquele sujeito de direito privado habilitado a receber o pagamento de tributo (bancos, por exemplo); ou mesmo o particular que, por força de lei, está investido na função de praticar a sequência procedimental que culminará com a produção de norma jurídica tributária, individual e concreta (casos de IPI, ICMS, ISS, etc.). Todos eles operam revestidos de competência tributária, o que mostra a multiplicidade de traços significativos que a locução está pronta para exhibir. Não haveria por que adjudicar o privilégio a qualquer delas, em detrimento das demais. Como sugeriram expoentes do Neopositivismo Lógico, em situações desse jaez cabe-nos tão-somente especificar o sentido em que estamos empregando a dicção, para afastar, por esse modo, as possíveis ambiguidades*” (ibidem, p. 228-229/232. Adiante, ao concentrar-se em ponto específico das competências tributárias, afirma: “*A despeito de a locução experimentar outras tantas acepções na própria simbologia do direito tributário brasileiro, focalizarei esse modo de emprego da expressão, circunscrito à atividade de legislar sobre o assunto, em termos inaugurais*” (ibidem, loc. cit.).

¹²⁷⁵ Ibidem, p. 232.

¹²⁷⁶ Ibidem, loc. cit. Para o autor, a norma de competência legislativa tributária, em sua estrutura binomial, tem como antecedente a descrição de um fato, que é “*o processo de enunciação necessário à criação dos tributos*”, imputando a esse fato no consequente uma relação jurídica, cujo objeto consiste na faculdade de criar tributos. (ibidem, p. 232).

¹²⁷⁷ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 218.

tributárias em sentidos estrito, sejam elas gerais e abstratas ou individuais e concretas”¹²⁷⁸.

Os conceitos ora transcritos possuem a virtude de promover a apreensão da competência tributária (e das normas que a definem)¹²⁷⁹ do modo mais amplo possível, dado que adotam o traço genérico da alteração do direito positivo mediante a criação de normas (as quais podem ser legislativas, administrativas, jurisdicionais ou privadas) e apontam a abrangência material da competência tributária, que é o âmbito restrito constante da consideração dos juristas¹²⁸⁰, estão incluídas a arrecadação e a fiscalização tributária)¹²⁸¹.

Em face das considerações tecidas, é coerente cindir, para fins meramente compreensivos, as competências tributárias em três planos¹²⁸²: (i) funcional; (ii) material; e (iii) federativo.

¹²⁷⁸ Cf. MENDONÇA, Cristiane. *Competência tributária*, p. 286/300.

¹²⁷⁹ A partir da distinção entre texto/enunciado e norma, CRISTIANE MENDONÇA mostra que “*A competência legislativo-tributária advém do cruzamento dos diversos enunciados constitucionais a partir dos quais sacamos a autorização veiculada no consequente da norma de competência legislativo-tributária*” (ibidem, p. 184).

¹²⁸⁰ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed., p. 437. ROQUE ANTONIO CARRAZZA: “*competência tributária é a possibilidade de criar, in abstracto, tributos, descrevendo, legislativamente, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas*” (ibidem, loc. cit.).

¹²⁸¹ Referido cenário seria ainda mais amplo caso fossem cogitadas as funções da lei complementar em matéria tributária (exceto os casos em que tal veículo é o meio idôneo para instituir tributos; e.g., os artigos 148, I e II; 154, I; e 195, § 4º, da CF/1988), previstas nos artigos 146, I, II, III e parágrafo único; e 146-A. Pode-se dizer que estes últimos casos de uso da lei complementar compreendem uma competência para regular o exercício da competência tributária para instituição de tributos. Sobre a lei complementar tributária, ver: BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975; e MACHADO, Hugo de Brito. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹²⁸² Não constitui objeto desta tese a reconstrução das normas de competência tributária quanto a seus traços estruturais. Sobre o tema, CRISTIANE MENDONÇA distingue antecedente e consequente da estrutura normativa condicional: “**Antecedente:** *Se for pessoa política constitucional no território brasileiro no tempo X. Consequente:* *Deve-ser a autorização (permissão ou imposição) para distintos sujeitos de direito (ocupantes de órgãos unipessoais ou colegiais), de acordo com determinados limites formais (relativos ao procedimento) e materiais (concernentes à substância dos enunciados a serem criados), editarem e revogarem (parcial ou totalmente) enunciados prescritivos instituidores de tributos – no plano geral e abstrato ou individual e concreto – e o dever jurídico de a comunidade respeitar o exercício de tal permissão (faculdade) ou o direito subjetivo de exigir o cumprimento da imposição (obrigatoriedade), em consonância com os limites (formais e materiais) previstos no sistema*” (cf. MENDONÇA, Cristiane. Op. cit., p. 69-70).

4.1.3.1. Plano Funcional

Sob a influência da doutrina clássica da divisão de poderes ou funções do Estado, absorvida pelo direito positivo brasileiro no artigo 2º da Constituição Federal, é possível discriminar três gêneros fundamentais de competência: (i) a legislativa; (ii) a executiva/administrativa; e (iii) a judiciária – todas presentes quando se considera o exercício do poder de tributar¹²⁸³. Além delas, reconhece-se a competência privada dos contribuintes, que também cumprem a função de modificar o sistema jurídico e, assim, realizam atos que contribuem para mover a dinâmica da tributação¹²⁸⁴.

A competência tributária legislativa é o poder jurídico, em geral modalizado como uma permissão, conferido aos entes federativos para criar normas relativas à instituição, arrecadação ou fiscalização de tributos, por meio de processo legislativo. Nas palavras de ROQUE ANTONIO CARRAZZA, que apresenta um conceito em sentido estrito de competência tributária legislativa, “*competência tributária é a possibilidade de criar, in abstracto, tributos, descrevendo, legislativamente, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos,*

¹²⁸³ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 259-260. Em acréscimo à tripartição funcional que permite alcançar a divisão das competências tributárias em legislativas, administrativas e jurisdicionais, aparece a denominada “competência tributária privada”. Consiste esta no poder-dever dos contribuintes (agentes privados) para aplicarem normas, direta ou indiretamente, relacionadas à instituição, arrecadação ou fiscalização de tributos às suas situações concretas. Como aponta TÁCIO LACERDA GAMA, referidas normas de caráter individual e concreto são de conteúdo variado, porquanto podem envolver o dever de pagar o tributo, o cumprimento de deveres instrumentais e sanções, confissões de dívida, adesões a programas especiais de parcelamento etc. (ibidem, p. 259-260). Essa divisão funcional também é adotada por CRISTIANE MENDONÇA, esclarece que a tripartição de funções, princípio jurídico organizatório que assegura a ordenação das funções do Estado, intervém no esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidade do Estado¹²⁸³. Assim, a autora mostra os dois sentidos encontrados para competência tributária, afirmando que “*Visando a ordenar a exposição, passamos a designar por ‘competência legislativo-tributária em sentido estrito’ a autorização que as pessoas constitucionais recebem para a edição e a modificação das regras-matrizes de incidência tributária, instituidoras de seus respectivos tributos; e por ‘competência legislativo-tributária em sentido amplo’ a competência de que são dotadas as pessoas jurídicas de direito público interno, para a edição de todos os demais dispositivos normativos em matéria tributária [...] Falamos em competência legislativo-tributária, competência administrativo-tributária e competência jurisdicional-tributária, conforme a autorização fixada pelo sistema jurídico positivo esteja materialmente relacionada às atividades legislativa, administrativa ou jurisdicional. Enquanto a competência legislativo-tributária está atrelada à edição das normas gerais e abstratas tributárias, as competências administrativo-tributária e jurisdicional-tributária vinculam-se à produção das normas individuais e concretas de aplicação das primeiras*” (cf. MENDONÇA, Cristiane. *Competência tributária*, p. 105).

¹²⁸⁴ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. Op. cit., p. 220-221.

seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas. Como corolário disto, exercitar a competência tributária é dar nascimento, no plano abstrato, a tributos”¹²⁸⁵.

Como bem percebe TÁCIO LACERDA GAMA, “*essas competências são formadas por enunciados constitucionais, complementares e ordinários. Da mesma forma, o seu exercício pode inserir desde novas disposições na Constituição da República, dos Estados e Distrito Federal ou na lei orgânica dos Municípios, até a instituição de leis complementares, ordinárias e decretos legislativos. Seu âmbito de vigência compreende a criação e revogação de novas materialidades, novos princípios ou imunidades, mas também a instituição de novos tributos, isenções, deveres instrumentais, regras de constituição, suspensão e extinção da obrigação tributária*”¹²⁸⁶.

Não é a competência tributária legislativa, pois, um “cheque em branco”: o conteúdo da lei produzida, que abrange o tipo específico de conduta exigida (aquilo que pode, não pode ou deve ser feito pelo sujeito; *e.g.*, as materialidades que podem constituir objeto de tributação), os sujeitos que realizam a conduta regulada, o espaço e o tempo para a consumação da conduta, elementos proibidos como matéria (*e.g.*, tributar situações de imunidade) e fins que devem ser buscados (ou que estão vedados), são todos elementos já esquadrihados na norma que confere a competência.

A competência tributária administrativa é o poder jurídico, ora vinculado, ora discricionário, adjudicado a órgãos do Poder Executivo para o fim de editar atos infralegais voltados à aplicação das normas legais tributárias a situações concretas. Estão abrangidas no conceito de competência administrativa tributária duas formas de aplicação da lei pela Administração Pública: (i) competência regulamentar, referente à criação de instrumentos que prescrevem em termos detalhados aquilo que a lei prevê de modo conciso; e (ii)

¹²⁸⁵ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed., p. 437-438. Segundo ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “*A competência tributária esgota-se na lei. Depois que esta for editada, não há falar mais em competência tributária (direito de criar tributo), mas, somente, em capacidade tributária ativa (direito de arrecadá-lo, após a ocorrência do fato impositivo). Temos, pois, que a competência tributária, uma vez exercitada, desaparece, cedendo passo à capacidade tributária ativa. De conseguinte, a competência tributária não sai da esfera do Poder Legislativo; pelo contrário, exaure-se com a edição de lei veiculadora da norma jurídica tributária*” (ibidem, p. 440-441).

¹²⁸⁶ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 221-222.

competência para aplicação, que envolve a criação de normas individuais e concretas, como as materializadas em lançamentos de ofício e autos de infração¹²⁸⁷.

A competência jurisdicional na seara da tributação encerra o poder-dever (princípio do *non liquet*) dos órgãos do Poder Judiciário¹²⁸⁸ para aferir a validade e decidir sobre a aplicação de normas tributárias relativas, direta ou indiretamente, à instituição, arrecadação ou fiscalização de tributos¹²⁸⁹.

Um esclarecimento importante cabe ser feito no tocante às competências tributárias em seus distintos planos funcionais. Primeiro, a distinção entre competência tributária e capacidade tributária ativa, frequentemente tratada pela doutrina jurídica¹²⁹⁰. Enquanto a competência define quem tem poder para impor tributo mediante lei, a capacidade diz respeito ao sujeito credor de uma relação obrigacional tributária que se instaura uma vez ocorrido, em concreto, o fato previsto em abstrato na hipótese normativa.

Decorrente importante da distinção está no fato de que a competência tributária é indelegável (caso não seja aproveitada pela pessoa jurídica de direito público a quem é conferida, esta não pode transferi-la a qualquer outra), ao passo que a capacidade tributária ativa pode ser transferida, quando “*a pessoa habilitada para legislar sobre tributos edite a lei, nomeando outra entidade para compor o liame, na condição de sujeito titular de*

¹²⁸⁷ GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 249. Poderia ser incluída, também, a competência jurisdicional atípica, expressa na atividade dos órgãos da administração pública que verificam a correção jurídica da legislação e aplicam o direito a conflitos concretos entre Estado e contribuintes. Porém, por se tratar, segundo TÁCIO LACERDA GAMA, “*de clara função jurisdicional*”, seria adequado deslocá-la das competências administrativas, apesar de exercida pelo poder executivo (ibidem, loc. cit.).

¹²⁸⁸ Pode-se dizer também, por via de exceção, da administração pública (o dito “contencioso administrativo tributário”).

¹²⁸⁹ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. Op. cit., p. 255. A despeito de não ser objeto da presente discussão, caberia questionar qual seria o tipo de competência cumprida pelo STF ao exercer o controle de constitucionalidade. Para TÁCIO LACERDA GAMA, “*O poder judiciário exerce competência legislativa atípica quando provocado a exercer o controle de constitucionalidade como eficácia geral*” (ibidem, p. 257-258).

¹²⁹⁰ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 215-216. Segundo PAULO DE BARROS CARVALHO: “*não se confunde [a competência tributária] com a capacidade tributária ativa. Uma coisa é poder legislar, desenhando o perfil jurídico de um gravame ou regulando os expedientes necessários à sua funcionalidade; outra é reunir credenciais para integrar a relação jurídica, no tópico de sujeito ativo*” (ibidem, p. 215-216).

direitos subjetivos”¹²⁹¹. O próprio Código Tributário Nacional, no artigo 7º, *caput* e § 3º, e no artigo 8º¹²⁹², incorpora a diferença entre referidas categorias, inclusive no tocante à possibilidade ou não de delegação¹²⁹³.

Segundo a subdivisão previamente empregada, a competência tributária para a instituição de tributos é, sempre, uma competência legislativa¹²⁹⁴, a qual pode ser exercitada por diferentes instrumentos – em geral, lei ordinária, e, em casos específicos, lei complementar e medida provisória. De outra sorte, a capacidade tributária ativa, na medida em que abrange a figuração na posição de credor (sujeito ativo da obrigação tributária)¹²⁹⁵, pode estar, nas situações de delegação, combinada às competências administrativas (atividades infralegais e vinculadas) de arrecadação, cobrança (corolário do poder de exigir o cumprimento da prestação) e fiscalização relativas às obrigações tributárias. Veja-se que a competência legislativa para criar normas gerais e abstratas sobre arrecadação e fiscalização não integra a parcela delegável de poder.

¹²⁹¹ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, p. 215-216. Em obra mais recente, diz o autor: “*Reiteradas vezes, a pessoa que exercita a competência tributária se coloca na posição de sujeito ativo, aparecendo como credora da prestação a ser cumprida pelo devedor. É muito frequente acumularem-se as funções de sujeito impositor e de sujeito credor numa pessoa só [...]. É perfeitamente possível que a pessoa habilitada para legislar sobre tributos edite a lei, nomeando outra entidade para compor o liame, na condição de sujeito titular de direitos subjetivos, o que nos propicia reconhecer que a capacidade tributária ativa é transferível*” (ibidem, p. 239).

¹²⁹² É o seguinte o teor de ambos os artigos: “*Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.*”.

[...] § 3º Não constitui delegação de competência o cometimento, a pessoas de direito privado, do encargo ou da função de arrecadar tributos.

Art. 8º O não-exercício da competência tributária não a defere a pessoa jurídica de direito público diversa daquela a que a Constituição a tenha atribuído.”

¹²⁹³ Na dogmática jurídica tributária brasileira, o assunto costuma ser tratado sob o rótulo do atributo da *indelegabilidade* da competência tributária.

¹²⁹⁴ O artigo 6º do CTN explicita que “*A atribuição constitucional de competência tributária compreende a competência legislativa plena*”.

¹²⁹⁵ Assim reza o texto legal: “*Art. 119. Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento.*”.

4.1.3.1 Plano Material

As competências tributárias também podem ser cindidas sob o critério dos objetos ou matérias que estão abrangidos por esse rótulo aparentemente unívoco. É precipitada, como se aduziu antes, a conclusão que concebe a competência tributária como poder exclusivamente ligado à instituição legal de tributos.

A competência tributária, posta em prática nos seus planos funcionais, pode referir-se, principalmente, à:

- (i) *instituição/criação de tributos*: é, em primeiro plano, uma competência legislativa, pois se rescreve a definição completa em abstrato dos elementos da regra matriz de incidência tributária, incluída a fixação de alíquotas¹²⁹⁶. Esse poder jurídico importa na transformação da esfera de direitos e deveres dos destinatários, sem a necessidade de concessão expressa destes¹²⁹⁷; porém, caso posta em questão a validade da instituição legal de um tributo em um processo administrativo ou judicial, as competências administrativas e jurisdicionais são ativadas quanto a essa matéria. A competência privada referente à instituição dos tributos concentra-se no exercício do direito de petição e do direito de ação como meios de provocação das autoridades administrativas e judiciais para apreciarem o questionamento da validade da lei criadora de alguma exação;

¹²⁹⁶ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 237. Afirma SCHOUERI que a competência tributária “compreende, nos termos do artigo 6º do Código Tributário Nacional, a competência legislativa plena, a identificar que nenhuma das pessoas jurídicas de direito público necessita da autorização de outro ente federado para instituir seus tributos” (ibidem, p. 237).

¹²⁹⁷ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed., p. 442-443. Da perspectiva da relação jurídica entre sujeitos, podem-se separar os titulares da competência tributária (em geral, as pessoas políticas) e os “alvos” ou destinatários do resultado produzido pelo exercício válido da competência (*grosso modo*, os contribuintes). No tocante à posição destes últimos, especificamente em relação à competência para legislar com o fim de instituir algum tributo, é correto afirmar que “A competência tributária, quando adequadamente exercida [...], faz nascer, para os virtuais contribuintes, um estado genérico de sujeição, consistente na impossibilidade de se subtraírem à sua esfera de influência. Melhor dizendo, se vierem a ficar na situação hipotetizada na norma jurídica tributária, não têm como afastar a exação” (ibidem, loc. cit.).

(ii) *concessão de benefícios fiscais*: em rigor, a lei¹²⁹⁸ é o instrumento para a concessão de isenções, reduções da base de cálculo, reduções de alíquota, concessão de créditos, postergação do pagamento e perdão¹²⁹⁹, uma vez que a autorização para adotar essas medidas resulta, enquanto verso da mesma moeda na qual se inscreve o poder de tributar, da própria competência tributária legislativa de instituição¹³⁰⁰. Contudo, também as competências administrativas e jurisdicionais aparecem aqui; as primeiras, no que diz respeito ao papel dos órgãos executivos na execução da lei concessiva de algum benefício; as últimas, ao se discutir judicialmente a validade jurídica de uma das matérias referidas. Não se pode excluir, ainda, que competências privadas podem aparecer nesse campo, pois pode ser exigido dos particulares-contribuintes que realizem alguns atos jurídicos para virem a aproveitar a vantagem concedida (*e.g.*, confissão de dívida ou cumprimento de formalidades para aderir a um programa especial de parcelamento);

(iii) *arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos*: à primeira vista, são de caráter administrativo as competências relativas a esses assuntos, uma vez que compreendem atividades geralmente imputadas a órgãos especializados da administração pública, os quais atuam nos limites da legalidade. Exemplos principais do agir administrativo são os lançamentos de ofício e os autos de infração. Não se pode olvidar, porém, a existência das competências legislativas correlatas, as quais se explicitam na elaboração de padrões normativos gerais para a programação e definição dos limites das tarefas de arrecadação, cobrança

¹²⁹⁸ Artigo 150, § 6º, da Constituição Federal de 1988: “[...] § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g.”.

¹²⁹⁹ Para um desenvolvimento dogmático sistematizado dessas modalidades, ver HENRIQUES, Elcio Fiori. *Os benefícios fiscais no direito financeiro e orçamentário: o gasto tributário no direito brasileiro*, p. 181 e ss.

¹³⁰⁰ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed., p. 439. A propósito do assunto, confirma ROQUE ANTONIO CARRAZZA nos seguintes termos : “quem pode tributar (criar unilateralmente o tributo, com base em normas constitucionais), pode, igualmente, aumentar a carga tributária (agravando a alíquota ou a base de cálculo do tributo, ou ambas), diminuí-la (adotando o procedimento inverso) ou, até, suprimi-la, através da não-tributação pura e simples ou do emprego do mecanismo jurídico das isenções. Pode, ainda, perdoar débitos tributários já nascidos ou parcelá-los, anistiando, se entender que é o caso, as eventuais infrações tributárias cometidas” (ibidem, loc. cit.).

e fiscalização. Um exemplo importante aqui é a legislação sobre sigilo fiscal. Caso o Poder Judiciário seja convocado a avaliar a correção jurídica da atuação da administração tributária e a eventual violação de direitos dos contribuintes, manifesta-se a competência jurisdicional. Enfim, há a competência privada, manifestada nos atos dos particulares que implicam pagamento de tributo ou multa, prestação de informações, disponibilização de livros e documentos etc., todos eles veículos de normas individuais e concretas.

Um caso especial e, por essa razão, merecedor de comentário apartado reporta às funções da lei complementar no direito tributário brasileiro¹³⁰¹. Ressalvados os casos em que o veículo em questão é o instrumento próprio para a instituição de tributos¹³⁰², as competências constitucionalmente atribuídas à lei complementar em assuntos tributários não recaem em nenhum dos três planos materiais há pouco elucidados.

Nesse sentido, LUÍS EDUARDO SCHOUERI identifica a não coincidência entre competência tributária em geral, que versa sobre a instituição de tributos, e competência legislativa, referente à criação de normas gerais em matéria tributária¹³⁰³.

Em verdade, pode-se afirmar que a lei complementar tributária encerra um conjunto de competências legislativas (plano funcional) cujo objeto (plano material) é disciplinar, pela fixação de parâmetros (as “normas gerais”), o exercício de outras competências tributárias (de modo direto, as competências legislativas e, indiretamente, as competências administrativas que tomarão por fundamento as leis) relativas à instituição de tributos, à concessão de benefícios fiscais e às atividades administrativas de arrecadação, fiscalização e cobrança. Em síntese, a lei complementar é norma diretamente especificadora de como se devem fazer as leis instituidoras das espécies tributárias – discriminam-se, pois, conteúdos possíveis, obrigatórios e vedados.

¹³⁰¹ Artigos 146; 146-A; 155, § 2º; 156, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

¹³⁰² Como é o caso do ICMS (cf. Capítulo 2, item 2.6.1.4.).

¹³⁰³ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*, p. 237.

4.1.3.2 Plano Federativo

É possível acrescentar, ainda, mais um critério de divisão e, assim, aumentar as possibilidades combinatórias. No tocante aos diferentes planos políticos resultantes da forma federativa de Estado adotada pela Constituição de 1988, as competências poderão ser federais, estaduais, distritais e municipais, conforme a respectiva pessoa política dotada de titularidade. Veja-se que, no plano federativo, aparecem não apenas as divisões quanto à prerrogativa de legislar para criar tributos, mas também as distintas competências das administrações tributárias de cada ente federativo (as “fazendas públicas”, com seus braços burocráticos especializados) e a distribuição das parcelas de poder jurisdicional entre a justiça federal e os judiciários estaduais.

Para fins de coesão ao objeto específico desta pesquisa, é necessário concentrar a análise nos aspectos básicos da partilha federativa das competências tributárias legislativas para a instituição de tributos¹³⁰⁴.

Segundo JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, a repartição das competências em uma Federação apresenta-se como princípio jurídico na medida em que se assume como um valor digno de proteção, sob os seguintes enfoques: (i) Jurídico-financeiro, pois um sistema coerente de repartição de competências assegura melhor a alocação de recursos; (ii) Jurídico-normativo, porquanto a delimitação de competências tende a evitar os conflitos entre normas e, logo, garante unidade e sistematicidade ao ordenamento jurídico; (iii) Jurídico-sociológico, pois a acomodação das competências permite tratar com mais eficiência as demandas e interesses dirigidos ao Estado; e (iv) Jurídico-garantístico, pois dividir

¹³⁰⁴ No Capítulo 2, item 2.6.1., foram analisadas, em minúcia, as duas técnicas básicas de repartição de rendas públicas: a discriminação pela fonte (distribuição de competências tributárias) e a discriminação pelo produto (mediante participação direta ou por fundos). No presente item, a ideia é levantar somente alguns pontos-chave para a consideração específica do problema da tese.

competências é especificar e limitar poderes, de modo a reforçar a liberdade dos cidadãos¹³⁰⁵.

Sobre a necessidade de repartição de competências tributárias para a existência de uma Federação, verifica-se que existem visões contrapostas, a serem exploradas oportunamente, havendo sinteticamente, de um lado, quem defenda a imprescindibilidade dessas competências e, de outro, quem afirme que elas são totalmente dispensáveis, podendo ser substituídas por outras fontes de receita¹³⁰⁶.

A ideia de “discriminação de competências tributárias”, portanto, é tomada em um específico sentido: a ordem jurídica define campos próprios, privativos para cada ente federativo promover a instituição de seus tributos. Isso significa que, portanto, discriminar competências é opção diametralmente oposta à imputação de competências concorrentes para os entes federativos. Da perspectiva dos contribuintes, exclui-se a multiplicidade de incidências (e, logo, de obrigações tributárias) sobre um mesmo ato ou situação; é a versão aplicada da rejeição a qualquer espécie de bitributação (ou de pluritributação).

A par da divergência ideológica e conceitual sobre a conexão necessária entre Federação e discriminação de competências, não cabe discussão sobre o fato de que a Constituição de 1988 delimitou normativamente o campo tributável ao separá-lo em setores privativos da União, de cada um dos Estados e de cada um dos Municípios. Para cada ente da Federação

¹³⁰⁵ Cf. ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos* – esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa, p. 196-197.

¹³⁰⁶ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*, p. 238. Em relação à última posição, SCHOUERI afirma que “numa primeira aproximação, não haveria razão para o constituinte ter repartido as competências tributárias. A discriminação de competências tributárias não é requisito de um sistema federal [refere em nota SAMPAIO DÓRIA]. Este exige que se assegure às pessoas jurídicas de direito público autonomia financeira. Entretanto, autonomia financeira implica discriminação de rendas, o que não se confunde com discriminação de competências [...] o constituinte não precisaria, em nome do princípio federativo, prever competências tributárias privativas mas decidiu fazê-lo” (ibidem, loc. Cit.). Prossegue o autor em nota explicativa: “Nos Estados Unidos, por exemplo, encontra-se a sobrevivência de tributos federais e locais (com mera reserva de poucos), sem que de tal bitributação se extraia qualquer inconveniência ao funcionamento da federação. O que importa é assegurar que os integrantes da federação tenham autonomia financeira, i.e., que tenham orçamentos próprios, com recursos assegurados independentemente de repasses de outros entes. Não é sem razão, neste sentido, que já se disse que ‘foi a discriminação de rendas a causa última e decisiva da criação da figura jurídica e política do Estado Federal’ [Aliomar Baleeiro]” (ibidem, p. 238). Em visão contraposta, ROQUE ANTONIO CARRAZZA sustenta que “a delimitação das competências da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal é reclamo impostergável dos princípios federativo e da autonomia municipal e distrital, que nosso ordenamento jurídico consagrou” (cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed. p. 433).

brasileira, a outorga de “faixas tributárias privativas”¹³⁰⁷. Segundo os termos da doutrina jurídica, trata-se do atributo da *privatividade* (ou *exclusividade*) das competências tributárias.

Três pontos da discriminação de competências tributárias na Constituição de 1988 merecem menção específica: (i) o nível hierárquico constitucional das normas que atribuem competências tributárias privativas; (ii) a técnica de emprego de conceitos para repartir campos próprios de poder tributário (limitação do poder); e (iii) a aferição da validade das leis tributárias.

Parte da doutrina infere, mediante análise da estrutura e da função das normas constitucionais, que o Sistema Tributário Nacional, instituído pela Constituição de 1988, é marcado pela rigidez, revelada em duas direções: primeiro, a exaustividade das normas sobre competências e repartição de receitas, além da previsão detalhada de todos os impostos de cada ente federativo; segundo, há uma “rigidez modificativa” das regras de competência insertas em nível constitucional, pois não elas podem ser alteradas tanto por lei ordinária como por lei complementar e, caso afetadas por proposta de emenda constitucional, devem ser respeitados os limites fixados no artigo 60, § 4º, da Constituição de 1988.

A “rigidez modificativa” ora mencionada coincide com a peculiaridade da hierarquia constitucional das normas repartitivas de competências para tributar. Como esclarece ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “*a competência tributária, no Brasil, é um tema exclusivamente constitucional. O assunto foi esgotado pelo constituinte. Em vão, pois, buscaremos nas normas infraconstitucionais [...] diretrizes a seguir sobre a criação, in abstracto, de tributos. Neste setor, elas, quando muito, explicitam o que, porventura, se encontra implícito na Constituição. Nada de substancialmente novo lhe podem agregar ou subtrair*”¹³⁰⁸. A garantia de efetividade dos critérios de divisão de competências

¹³⁰⁷ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed., p. 453.

¹³⁰⁸ Ibidem, p. 444.

impositivas exige positivação em normas de hierarquia superior, de modo a conferir rigidez à organização do Sistema Tributário Nacional¹³⁰⁹.

O recurso técnico de utilizar conceitos – de atos, fatos e finalidades – para parcelar o poder de tributar exprime o que se pode denominar “rigidez descritiva”. Cada espécie tributária tem a respectiva competência para instituição delimitada positivamente de um modo próprio – a delimitação negativa cabe às imunidades e aos princípios constitucionais tributários.

Para taxas e contribuições de melhoria, a possibilidade de instituir tributos depende da indicação das atividades estatais relativas aos contribuintes. No caso das taxas, trata-se de exercício efetivo do poder de polícia ou da utilização de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição, seja essa utilização feita em caráter efetivo ou potencial; a contribuição de melhoria liga-se à realização de obras públicas que promovam valorização imobiliária em favor dos contribuintes.

Para os impostos, há um conjunto de regras definitórias que apontam fatos econômicos praticados pelo contribuinte, os quais constituem, como costuma referir a doutrina, “indícios de capacidade econômica” ou “signos presuntivos de riqueza”¹³¹⁰. No caso da Constituição brasileira de 1988, as competências para os impostos reservados para União, Estados e Municípios são delineadas mediante a fixação dos pressupostos materiais de cada imposto (*e.g.*, “importar produtos estrangeiros”, “obter renda e proventos de qualquer natureza”, “circular mercadorias”, “prestar serviços de qualquer natureza”), exceção feita à competência para os impostos extraordinários (art. 154, II, da CF).

No tocante às contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais e econômicas (arts. 149 e 195 da CF), combinam-se a indicação

¹³⁰⁹ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária* – fundamentos para uma teoria da nulidade, p. 206.

¹³¹⁰ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 569. Para ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “atribui-se a competência para instituir impostos mediante a técnica de reservar, ao competente para instituir, certos tipos de manifestações de capacidade econômica – e, via de consequência, contributiva – por parte dos seus súditos. Quer dizer: toma-se certa faixa ou campo da matéria econômica e se o outorga, como fonte de renda, a esta ou àquela entidade, para que a use – em caráter exclusivo. A técnica do Direito Tributário consiste em, descrevendo com precisão tais fatos – reveladores de capacidade contributiva – fazer nascer, a partir de sua realização, a obrigação (a cargo do particular, contribuinte) de pagar certa soma ao Poder Público” (ibidem, loc. cit.).

de fatos econômicos e a previsão de finalidades a serem perseguidas pelo Estado com a instituição de referidos tributos, tanto que o produto arrecadado apresenta, em rigor, destinação legalmente vinculada¹³¹¹.

Sem ingressar na tormentosa discussão acerca da natureza e do alcance das balizas implicadas pelos conceitos constitucionais definidores das competências tributárias privativas, importa destacar que a técnica conceitual, geradora da “rigidez descritiva”, compreende um indisfarçável componente democrático: a criação de limites vinculantes para o legislador, destinatário primeiro das normas de competência¹³¹².

Os conceitos jurídico-constitucionais, na medida em que constroem, excluem a liberdade plena ou a discricionariedade na definição das bases tributáveis¹³¹³. Os elementos básicos da relação jurídica tributária – fatos imponíveis, sujeitos, espaço, tempo, quantificação (base de cálculo e alíquota) – estão já configurados, em estágio latente e de modo mais ou menos explícito, no texto constitucional.

É tão robusta a eficácia especificadora das regras de competência inscritas na Constituição que se cria uma vinculação estrita do legislador aos conceitos estabelecidos por esse ordenamento jurídico, isto é, não pode o sujeito competente para criar tributos transbordar os limites conceituais postos pelo texto constitucional quando for selecionar e decidir os fatos sociais a serem definidos em abstrato como hipóteses de incidência. A significação

¹³¹¹ Enfim, a competência tributária concernente aos empréstimos compulsórios não respeita nem a atividades estatais, nem a fatos econômicos; aqui, a parcela autorizada de poder tributário resulta da indicação de casos excepcionais (art. 148, I e II, da CF/1988), como a ocorrência de calamidade pública ou guerra externa (efetiva ou iminente) que provoquem despesas não ordinárias, ou a necessidade de realizar investimento público de caráter urgente e relevante interesse nacional. Ou seja, a competência tributária concernente aos empréstimos compulsórios não respeita nem a atividades estatais, nem a fatos econômicos; aqui, a parcela autorizada de poder tributário resulta da indicação de casos excepcionais (art. 148, I e II, da CF/1988), como a ocorrência de calamidade pública ou guerra externa (efetiva ou iminente) que provoquem despesas não ordinárias, ou a necessidade de realizar investimento público de caráter urgente e relevante interesse nacional.

¹³¹² Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed., 435. Segundo ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “as regras que compartilham competências têm por destinatário imediato [...] o legislador, que se acha, assim, impedido de expedir leis (lato sensu) desbordantes destes valores constitucionais” (ibidem, loc. cit.).

¹³¹³ Ibidem, p. 448. Para o autor, “A Constituição, ao discriminar as competências tributárias, estabeleceu – ainda que, por vezes, de modo implícito e com uma certa margem de liberdade para o legislador – a norma-padrão de incidência (o arquétipo, a regra-matriz) de cada exação. Noutros termos, ela apontou a hipótese de incidência possível, o sujeito ativo possível, o sujeito passivo possível, a base de cálculo possível e a alíquota possível, das várias espécies e subespécies de tributos” (ibidem, loc. cit.).

mínima dos conceitos utilizados na Constituição para repartir competências tributárias bloqueia qualquer manipulação daqueles pelos legisladores infraconstitucionais, em geral ansiosos por alargar a base tributável.

Existe, portanto, uma “reserva constitucional material” posta pelo poder constituinte em face do legislador ordinário, consubstanciada no emprego de determinadas expressões que possuem um significado jurídico mínimo, resultante de regras ordinárias e técnicas de uso da linguagem e impassível de flexibilização por quem exerce o poder de tributar fundamentado nas normas de competência que “carregam” aqueles significados jurídicos.

O terceiro ponto a guardar é um desdobramento da função constritiva de poder cumprida pelos conceitos inscritos nas normas de competência tributária. Fala-se, aqui, do papel de parâmetro aferidor da validade das normas criadas em decorrência do exercício de certa competência juridicamente conferida e restringida, do qual resulta uma relevante pauta para a atividade interpretativa do direito constitucional tributário: é dever do intérprete verificar se há correspondência entre o conceito constitucional posto ou pressuposto e aquele utilizado pelo legislador ao instituir alguma obrigação tributária. Importam os meios e os condicionamentos linguísticos mais que os fins e as consequências; tudo em nome da contenção do arbítrio almejada nos contextos de Estado de Direito. Em suma: uma vez que as regras de competência inseridas na Constituição conferem o poder de tributar mediante a descrição conceitual de fatos tributáveis, a instituição de tributos somente pode ser feita em conformidade com os limites intransponíveis dos conceitos utilizados nas regras de competência.

Como assevera TÁCIO LACERDA GAMA, “*Ao qualificar sujeito, matéria e finalidade, os enunciados de autorização [as normas de competência no aspecto de conferência de poder] delimitam a natureza jurídica da norma que será criada*”¹³¹⁴. A partir das respectivas normas de competência, separam-se conceitos jurídicos (naturezas jurídicas de

¹³¹⁴ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 238.

cada espécie tributária), de modo que se torna possível identificar o regime jurídico (as condições de validade) próprio de cada tributo¹³¹⁵.

Caracterizada a rigidez da discriminação de competências tributárias, pode-se agora analisar a possibilidade jurídica de sua alteração, o que impele ao exame do conceito jurídico de “competência das competências”.

4.1.4 A “Competência das Competências”

Quando se imagina o Estado como a agregação resultante do somatório das competências dos seus diversos órgãos, pode-se incorrer na “ilusão algébrica” expressa na ideia de que a “competência do todo” seria igual à reunião das competências das partes. Porém, referida conclusão é equivocada, porquanto *“Esse todo – seja ou não o Estado – tem, além das competências resultantes dessa soma, a competência para alargar ou diminuir as suas próprias competências, isto é, uma competência das competências (Kompetenz-kompetenz) ou – como lhe chama ZIPPELIUS – a soberania das competências”*¹³¹⁶.

Na linha de raciocínio de JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, é fundamental entender que o todo – seja ou não o Estado – detém a *Kompetenz-kompetenz*, também chamada “soberania das

¹³¹⁵ Afirma TÁCIO LACERDA GAMA: “variando a natureza, varia, igualmente, o regime jurídico que programa a criação do tributo” (GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 239).

¹³¹⁶ Cf. ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos – esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa*, p. 170-171.

competências”, porquanto sua competência, no lugar de corresponder à soma das várias competências das partes integrantes, vai além, compreendendo ainda a competência para alargar ou diminuir suas próprias competências, o que consubstancia um “*poder de auto - e hetero-organização, sem dependência de vontade alheia*”, a saber, a “competência das competências”¹³¹⁷.

A se partir desse pressuposto, pode-se demonstrar que a competência das competências, que pressupõe um poder constituinte que determine “*as bases formais e orgânicas das atribuições de competência*” em um dado ordenamento jurídico, assim “*constitui como que a chave da resolução de muitos dos problemas da ordenação*” por fixar quem dispõe do último poder de ordenar.

Destarte, considerando que o ordenamento “é um edifício complexo de normas” que podem ser classificadas sob diferentes critérios – o que permite distinguir, por exemplo, o direito local, do regional ou do nacional – “*a pedra de toque reside em saber quem pode estabelecer tal escalonamento, com que limites o poderá fazer e se o escalonamento previamente estabelecido poderá ser alterado*”, ou, sucintamente, coloca-se o problema de saber quem tem competência para criar competências e para alterar as competências criadas¹³¹⁸.

Os fundamentos apontados são bem compreensíveis à luz de um Estado Unitário, já que neste o poder do Estado de impor as suas próprias competências decorre da própria noção de soberania. Já no contexto do Estado Federal, põe-se a necessidade de se delimitar a esfera de competências do Estado e a esfera de competências das partes integrantes, de modo a se escolher dentre eles quem terá competências para alterar as normas organizatórias fixadas no pacto federativo.

Nessa esteira, considerando que cabem ao Estado Federal tarefas próprias (que só ele, e não os entes federados, conseguirá cumprir), a alteração da Constituição e das competências nela estipuladas – em poucas palavras, a titularidade da *Kompetenz-*

¹³¹⁷ Cf. ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos* – esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa, p. 170, 171/193.

¹³¹⁸ Ibidem, p. 169/208.

kompetenz – não estará em poder daqueles entes, mas nas mãos do ente público maior, ou seja, o Estado Federal. Isso implica que integrantes da federação abdicuem de uma parcela de poderes soberanos, mas nem por isso se reduzam a meras corporações territoriais autônomas (*Gebietskörperschaften*). Daí por que o federalismo desempenha tanto a função de assegurar a “pluralidade no quadro de um modelo unitário” (*Vielfalt in der Einheit*) quanto a de “buscar unidade no meio da diversidade” (*Einheit in der Vielfalt*)¹³¹⁹.

Logo, é bem de ver que o texto constitucional pode ser dividido em duas partes: o conjunto das disposições concernentes à organização do Estado Federal, enquanto ente distinto das partes integrantes (*Staatsorganisationsrecht*) – a contrastar com as Constituições dos Estados-membros – e as normas jurídico-organizatórias que, em última análise, repartem as competências entre os dois níveis (em particular, a *Kompetenz-kompetenz*¹³²⁰), as quais, diante da exigência de uma única ordem constitucional vinculante e da necessidade de unidade do Estado, podem determinar que a ordem constitucional seja modificada apenas nacionalmente.

Nesse panorama, a repartição das competências é “o cerne problemático de qualquer Estado”, aparecendo como “*uma realidade instrumentalizada (um modelo) em vista de prossecução de objetivos que lhe são transcendentais*”, não como um fim em si mesmo. Por isso, “*num enfoque jurídico-financeiro, pode-se afirmar que um sistema coerente de repartição competencial constitui uma melhor forma de assegurar uma adequada alocação de recursos*”¹³²¹.

FREITAS DA ROCHA, ao comentar o fenômeno – conhecido pela teoria do Estado Federal – atinente à “*entrega dos poderes de editar normas com valor de lei a pessoas colectivas territorialmente descentralizadas*” e o conseqüente “*nascimento de sistemas normativos plurilegislativos ou sistemas com dois ou mais centros de produção legal*”, o qual pertence a uma realidade de descentralização legislativa, pondera que a gênese da “*particularização de padrões de comportamento territorialmente relevantes e que assumem uma*

¹³¹⁹ Cf. ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos* – esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa, p. 178, 179/213.

¹³²⁰ Ibidem, p. 180.

¹³²¹ Ibidem, p. 193, 195, 198/199.

*especificidade” pode ter “raízes históricas, geográficas, sociais, económicas ou outras”*¹³²².

Não se concebe um ordenamento jurídico com foros de legitimidade que admita a hipótese de imutabilidade de normas jurídicas, notadamente as constitucionais. Aliás, na visão de FREITAS DA ROCHA, essa imutabilidade se opõe ao próprio princípio democrático, ainda que ela seja defendida como meio de “preservação de instituições democráticas”¹³²³.

Assim, as Constituições rígidas, como a brasileira, preveem a possibilidade da sua própria alteração, mas sujeitam-na a limites orgânicos, formais, temporais, materiais e circunstanciais. Em especial, as normas constitucionais cujos núcleos materiais são intocáveis pelo poder constituinte derivado, consagram-se como “*intangíveis, inderrogáveis ou super-eficazes*”¹³²⁴.

A “competência das competências” é uma situação jurídica ativa, isto é, uma posição de vantagem que permite ao seu ocupante (titular) o poder de criar órgãos públicos, dotá-los de meios de ação necessários à persecução de fins, alterar referidos instrumentos quando entender conveniente, dirimir os litígios entre os órgãos criados. Trata-se de um “poder supremo de organização competencial”, que permite a seu detentor delimitar as esferas de ação (tipo de função exercida e domínio material) dos entes estatais, ou seja, delinear seus “perímetros de competência”, os círculos dentro dos quais podem agir¹³²⁵.

A “competência das competências” é um poder de auto e hetero-organização, a qual não se limita à vontade alheia do titular, porquanto é um poder de dispor das competências

¹³²² Cf. ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos* – esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa, p. 654/655.

¹³²³ Ibidem, p. 780.

¹³²⁴ Ibidem, p. 782.

¹³²⁵ Cf. OETER, Stefan. *Föderalismus*. In: BOGDANDY, Armin von (Org.). *Europäisches Verfassungsrecht. (Theoretische und dogmatische Grundzüge)*. Heidelberg: Springer, 2003. p. 195. Em geral, os entes estaduais menores das federações possuem uma capacidade limitada de auto-organização, uma vez que lhes falta o poder para definir as esferas de atuação dos seus órgãos próprios em face do ente maior. “*Eles não têm, por isso, a competência das competências ou a capacidade de auto-organização suprema*” (ibidem, p. 211).

próprias e das competências alheias, incluindo a determinação do perímetro e do conteúdo delas¹³²⁶.

O problema da competência das competências implica saber quem vai proceder à repartição das funções públicas entre o Estado Federal e os Estados federados, seja quais forem os critérios a serem observados nessa divisão – a separação de poderes, as matérias que são objeto da ação estatal ou uma combinação de ambos. Em geral, esse problema tem sido solucionado segundo a ideia *“de que é o ente público maior quem pode determinar quais as suas competências e quais as competências dos entes menores, em regra porque ele é quem pode alterar a Constituição”*¹³²⁷.

De modo mais aprofundado, a identificação do detentor da competência das competências depende da compreensão do papel desempenhado pela Constituição no ordenamento jurídico do Estado Federal. De um lado, ela se apresenta como norma organizativa do Estado Federal, cumprindo papel análogo ao assumido pelas Constituições dos Estados federados; e, de outro, ela é a Constituição da federação, ou seja, responde pela unidade dos dois níveis de poder – o Estado Federal e os Estados federados – e seu conteúdo essencial é a repartição de competência entre esses níveis, ou seja, a própria competência das competências, cuja constitucionalização a torna um poder constituído, vinculado e limitado, pois, do contrário, estaria ameaçada a unidade da federação¹³²⁸.

¹³²⁶ OETER, Stefan. Föderalismus. In: BOGDANDY, Armin von (Org.). *Europäisches Verfassungsrecht. (Theoretische und dogmatische Grundzüge)*, p. 193.

¹³²⁷ Ibidem, p. 179-180. O autor salienta: *“Neste contexto, foram lançadas as sementes da discussão sobre quem têm competências para alterar as normas organizatórias previstas num pacto fundacional: se o ente público maior (Estado Federal), se os entes públicos integrantes (Estados federados). A aceitar-se a primeira solução, estava-se a admitir que após a criação da federação, os Estados federados abandonavam definitivamente toda uma série de poderes jurídicos (soberanos) que até então detinham; nomeadamente, não lhes seria lícito, posteriormente, alterar os arranjos organizatórios e competenciais estabelecidos na Constituição. Aceitando-se a segunda, a soberania das competências continuava do lado dos Estados federados e estes poderiam, a qualquer altura, modificar os termos estabelecidos que, desta forma, não seriam irrevogáveis”* (ibidem, loc. cit.) (tradução livre).

¹³²⁸ Ibidem, p. 192. No âmbito da investigação do conceito “competência das competências”, as regras secundárias ganham especial relevância, na medida em que servem de base para construir uma teoria de resolução dos conflitos normativos e para enquadrar juridicamente os poderes normativos constitucionalmente previstos (ibidem). Heidelberg: Springer, 2003, p. 190. Segundo o princípio da supra-atribuição competencial, tem-se que, em um Estado composto (e.g., um Estado Federal), *“a repartição das competências deve ser estabelecida a um nível superior e não pelo próprio órgão beneficiário da competência [...] Desta ordem de considerações resulta que, no âmbito das relações Estado federal – Estado federado (Bund-Land), a titularidade da Kompetenz-Kompetenz reside, em última instância, no primeiro,*

Assim, “o problema da titularidade da competência das competências não é tanto o problema de saber quem pode criar as competências ou alterar as competências já criadas – este problema é resolvido, por exemplo, pelo poder constituinte, originário ou derivado. O problema da titularidade da competência das competências, é, mais do que isso, um problema de saber quem tem a última palavra em termos de decisão competencial. E esta é o próprio titular do poder constituinte originário (o povo) quem a tem [...] a competência das competências, sendo um poder para ordenar competências, assume uma dupla configuração: – por um lado, assume-se como poder de acção conferido pelo ordenamento jurídico; – por outro lado, representa um verdadeiro princípio de repartição competencial”¹³²⁹.

A identificação da titularidade da competência das competências, distante de configurar problema de resolução simples, pressupõe, além do refinamento conceitual (a busca de uma definição com a maior precisão possível), a consideração do ambiente jurídico-político em que é suscitado (existência ou não de uma federação; tendência maior ou menor à integração regional, continental ou internacional).

Verifica-se, assim, que há uma distinção conceitual entre o poder reformador e o poder detentor da “competência das competências”, já que o primeiro não detém plenamente o segundo, uma vez limitado, no caso brasileiro, pela reserva material disposta no artigo 60, § 4º, inciso I, do texto constitucional.

A grande questão torna-se, portanto, saber qual o limite em que o poder reformador pode alterar competências no federalismo brasileiro, especificamente no que se refere às alterações de competências tributárias dos Estados. Primeiro, serão analisadas as soluções apresentadas pela doutrina nacional, com a identificação dos pontos de divergência que ela apresenta; em seguida, parte-se para a solução a ser apresentada no presente trabalho com base no positivismo metódico-axiológico.

que, no extremo, até pode rever toda a Constituição e retirar poderes aos segundos” (OETER, Stefan. Föderalismus. In: BOGDANDY, Armin von (Org.). *Europäisches Verfassungsrecht. (Theoretische und dogmatische Grundzüge)*, p. 195).

¹³²⁹ Ibidem, p. 194.

4.2 A Doutrina Jurídica Brasileira¹³³⁰ sobre a Alteração de Competências Tributárias dos Estados por Emenda Constitucional

O problema em específico ora analisado – a constitucionalidade de emenda constitucional que altere competências tributárias dos Estados – não foi explorado por muitos juristas, havendo, entretanto, uma diversidade muito grande de trabalhos que tangenciam o tema, estudando conceitos específicos que se aplicam ao objeto desta tese.

Uma vez sendo a “República Federativa do Brasil” uma Federação, em que o constituinte originário atribuiu todos os elementos de autonomia aos Estados, fixando uma limitação material à reforma constitucional no que toca a essa configuração¹³³¹, questionam-se quais seriam os limites da determinação constitucional que determina a impossibilidade de deliberação de emenda “*tendente a abolir*” a “*forma federativa de Estado*” constante na cláusula pétrea¹³³².

¹³³⁰ Não faria sentido, *e.g.*, “importar” opiniões jurídicas de autores estrangeiros, que vivenciam a realidade federativa sem, contudo, partilhar das características relevantes do sistema de reforma constitucional brasileiro e, também, do sistema de discriminação de competências tributárias do País.

¹³³¹ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Poder constituinte*, p. 18. De pronto, note-se: a redação dessa inscrição é vaga e geral, com exceção do inciso II, que qualifica com termos mais precisos as condições em que o voto é “petrificado”. Essa generalidade já tem causado controvérsias. A mais polêmica é a da tese ampliativa contra a tese restritiva na interpretação da nomenclatura “direitos individuais” constante do inciso IV. Aí se refere apenas aos direitos declarados no artigo 5º da Constituição Federal? Ou, também, a direitos sociais, como os declarados nos artigos 6º, 7º e 8º, bem como a direitos políticos, como os vertidos nos artigos 14 e seguintes dessa Constituição? Há discussão. Ainda que o STF exista como corte constitucional para resolver questões como esta, o fato é que, para a cidadania, a dúvida é perniciosa, até que seja resolvida. Ao menos, as “petrificações” deveriam ser mais exatas, detalhadas em seus termos, para diminuir o seu já grande teor polêmico (cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Poder constituinte*, p. 18).

¹³³² Cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 60. Deve-se notar, ainda, que a autonomia dos Estados e Municípios e a organização bicameral do Poder Legislativo são princípios abrangidos por dupla limitação de irreformabilidade: não só a que provém da forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, I), nesta se incluindo a composição plural da República Federativa (art. 18), objeto de limitação material explícita, como também a que decorre da limitação implícita, por ilação extraída do enunciado da regra explícita (*ibidem*, loc. cit.).

Conclui-se, inicialmente, que essa limitação impossibilita a abolição da existência de federação no regime constitucional e, por consequência, impede que o poder constituinte derivado altere o regime constitucional brasileiro para um Estado Unitário¹³³³.

Referida conclusão não encontra resistência na doutrina nacional; ao contrário, inúmeros juristas consagrados propugnam pela indissolubilidade jurídica da forma federativa. GERALDO ATALIBA, ao analisar a Constituição Federal de 1967, afirma que “*o princípio federal, em suas mais essenciais exigências, só pode ser revogado por força de uma verdadeira revolução, que deite por terra o Texto Constitucional*”¹³³⁴. Também JOSÉ MAURÍCIO CONTI ressalta o fato de que o federalismo não é para o Estado brasileiro apenas uma necessidade, mas também questão já decidida e insuscetível de modificação¹³³⁵.

Nessa mesma linha, HELENO TAVEIRA TORRES explica que a proteção do federalismo pela cláusula pétrea é medida de segurança jurídica, afastando-o das matérias sujeitas ao poder de reforma da Constituição. Por fazer parte do núcleo imodificável do Estado de Direito Democrático, confunde-se com seu próprio conteúdo, em uma espécie de princípio de proibição de retrocesso ao centralismo ou ao Estado Unitário. Por isso, um dos mais importantes efeitos do federalismo é negar a centralidade e proibir o exercício de poderes da União sobre os Estados e Municípios, pois a invasão sobre as competências dos entes marginais seria a negação do próprio Estado de Direito¹³³⁶.

Uma contenda doutrinária, entretanto, se trava em torno da expressão “tendente a abolir”. Alguns doutrinadores afirmam que em nada se poderia prejudicar – embora se possa

¹³³³ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Poder constituinte*, p. 18.

¹³³⁴ Cf. ATALIBA, Geraldo. Competência legislativa supletiva estadual. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 62, 1982, p. 26.

¹³³⁵ Cf. CONTI, José Maurício. Apresentação. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*, p. VIII.

¹³³⁶ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 596-597. Desse modo, HELENO TAVEIRA TORRES sustenta que a garantia do federalismo como cláusula pétrea veda qualquer comportamento do legislador reformador que represente um retrocesso ao centralismo, devendo inclusive haver esse cuidado no que tange à segurança jurídica das competências tributárias (ibidem, p. 651-664). Veja-se que, para o autor, a atribuição de competências às pessoas do federalismo provoca a supressão de poderes da União, pela *descentralização* que opera com objetivo de uma gestão mais eficiente das necessidades coletivas e locais. Mas é uma retirada de poderes que se inscreve em cláusula pétrea, pelo que “*nem mesmo por emenda à Constituição pode ser recuperada. Trata-se de efeito da forma de Estado*” (ibidem, p. 597).

incrementar – a extensão ou a compreensão do conceito “petrificado”, pois qualquer detrimento do conceito estaria tendendo a abolir a matéria nele definida.

Ao se transpor esse entendimento para o caso concreto em análise, tem-se quem preconize que a alteração de quaisquer competências tributárias atribuídas aos Estados já seria vedada pela cláusula pétrea, uma vez que alteraria a distribuição de competências originadas pelo “pacto federativo” estabelecido pelo poder constituinte originário.

A propósito, o maior expoente na doutrina nacional que se dedicou ao tema é ROQUE ANTONIO CARRAZZA, sendo o maior defensor da *interpretação da inalterabilidade das competências tributárias pelo poder constituinte derivado*.

Para o autor, a autonomia financeira dos Estados no regime constitucional vigente inclui a capacidade de cada Estado “regular suas despesas e, conseqüentemente, de instituir e arrecadar, em caráter privativo e exclusivo, os tributos que as atenderão”¹³³⁷. Ele considera tão relevante para a forma federativa de Estado a discriminação de competências que chega a concluir que essa repartição é responsável por tornar possível a convivência das ordens jurídicas distintas¹³³⁸.

Nesse sentido, para ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “a delimitação das competências da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal é reclamo imposterável dos princípios federativo e da autonomia municipal e distrital”. A Constituição de 1988, “confirmando o caráter federal do Estado brasileiro e a posição de pujança que nele

¹³³⁷ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 134. Conforme observa ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “Sendo autônomo, cada Estado deve, sem interferências (da União, de outros Estados, dos Municípios, do Distrito Federal, de autarquias, de grupos econômicos etc.), prover as necessidades de seu governo e administração. Para isto, a Constituição da República conferiu a cada um o direito de regular suas despesas e, conseqüentemente, de instituir e arrecadar, em caráter privativo e exclusivo, os tributos que as atenderão” (ibidem, loc. cit.).

¹³³⁸ Ibidem, p. 134. ROQUE ANTONIO CARRAZZA salienta que, “no Brasil, por obra e graça do princípio federativo – verdadeira coluna mestra de nosso sistema jurídico –, convivem harmonicamente (e nisto estamos com Kelsen) a ordem jurídica global (o Estado brasileiro) e as ordens jurídicas parciais, central (a União) e periféricas (os Estados-membros). Esta múltipla incidência só é possível por força da cuidadosa discriminação de competências, levada a efeito pela Constituição da República” (ibidem, p. 126).

*ocupam o Município e o Distrito Federal, elencou e distribuiu, cuidadosa e exhaustivamente, as várias competências de cada uma das pessoas políticas”*¹³³⁹.

O autor conclui, assim, que qualquer abolição ou supressão de competências tributárias seria inconstitucional, pois, *“enquanto a atual Constituição estiver irradiando efeitos, é terminantemente proibida proposta de emenda constitucional que, ainda que por via transversa, colime suprimir ou modificar nossa federação”*¹³⁴⁰.

ROQUE ANTONIO CARRAZZA fundamenta sua posição no argumento de que, uma vez tendo o poder constituinte originário instituído a distribuição de competências entre os entes, a qual é parte indissociável da autonomia financeira, qualquer alteração nela resultaria em uma afetação do pacto federativo, o que seria vedado pela limitação material do artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição de 1988.

Por esse motivo, para o teórico, uma das características das competências tributárias no sistema constitucional tributário brasileiro é a sua “inalterabilidade”¹³⁴¹.

Já para outros autores, a proibição instituída no artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição de 1988 é só de abolir e não de bulir, podendo-se tocar na matéria contida na “*cláusula pétrea*”, desde que não seja para suprimi-la¹³⁴².

Com base nessa premissa, a vedação atingiria somente as emendas constitucionais que alterassem os elementos essenciais da forma federativa de Estado. Nesse sentido, essa interpretação não vedaria tão somente a emenda que instituísse o Estado Unitário, mas

¹³³⁹ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 433-434.

¹³⁴⁰ Ibidem, p. 136. Somente a Constituição pode ampliar as competências tributárias, pois *“só ela, porém, é que, eventualmente, pode ampliá-las (ou restringi-las). Esta é, pois, uma matéria sob reserva de emenda constitucional”* (ibidem, p. 590). Ressalte-se que, embora o autor mencione a possibilidade de restringir competências em sua análise geral, como visto, não demonstra ser esse o seu entendimento no tocante às competências tributárias na Constituição Federal de 1988.

¹³⁴⁰ Ibidem, p. 136.

¹³⁴¹ Ibidem, p. 590-591.

¹³⁴² Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Poder constituinte*, p. 18. De acordo com SÉRGIO RESENDE DE BARROS, nos dias atuais, cada vez mais se contesta essa possibilidade de enrijecer ao extremo o impedimento de alteração de matérias mediante sua fixação em “cláusulas pétreas”. Nesse sentido, a dupla revisão é a teoria e a prática mais significativas (cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Poder constituinte*, p. 18).

também todas aquelas que atacassem os elementos fundamentais da estrutura federativa brasileira.

Referida doutrina é exposta com precisão por RAUL MACHADO HORTA ao ensinar que “*a abolição não se circunscreve às formas mais grosseiras e ostensivas, mas também alcança as formas oblíquas, dissimuladas e ladeantes*”¹³⁴³. Para o autor, “*a interpretação da proposta de emenda tendente a abolir não se detém na emenda frontal, grosseira, rombunda, aleijão jurídico escandaloso, para abranger na sua eficácia proibitória a proposta oblíqua, indireta, sinuosa, capaz, pelos seus efeitos nocivos, de incorrer no comprometimento da irreformabilidade e na virtual abolição da regra e do princípio protegidos pela intangibilidade*”¹³⁴⁴.

RAUL MACHADO HORTA sustenta, portanto, que a vedação à deliberação de proposta que tende a abolir a forma federativa do Estado abrange a proibição de se deliberar sobre proposta que pretenda mitigar ou reduzir a forma federativa de Estado além da “fronteira” mínima possível¹³⁴⁵.

Referido entendimento já foi expresso pelo STF ao julgar a medida liminar da ADI 2.024-2 contra a Emenda Constitucional nº 20/1998 (reforma da previdência), em voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, tendo-se concluído que “*a ‘forma federativa de Estado’ – elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República – não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege*” (sem grifo no original)¹³⁴⁶.

¹³⁴³ Cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 60.

¹³⁴⁴ Ibidem, p. 62.

¹³⁴⁵ Ibidem, p. 63.

¹³⁴⁶ STF, ADI 2.024-2. Decisão plenária que indeferiu liminar.

Nessa decisão, concluiu a Corte constitucional brasileira que (i) o conceito de “forma federativa de Estado” disposto na cláusula pétrea “não pode ser conceituado a partir de um modelo ideal de federação, mas sim daquele que o constituinte originário concretamente adotou”; e (ii) a limitação material do artigo 60, § 4º, I, do texto constitucional não determina que a “intangibilidade literal” da disciplina da constituição originária, mas somente “a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos”.

No que se refere à primeira distinção, entre o modelo ideal apriorístico de Federação e o concreto, a questão é bem explorada por GUSTAVO COSTA, que apreende a tensão essencial entre dois modos de conceber as premissas conceituais que envolvem a discussão do Estado Federal, quando afirma que *“na apreciação da Reforma Tributária, assim como análise de qualquer assunto ligado à temática federativa, é fundamental ter em mente essa demarcação lógica das premissas: a federação como um conceito abstrato e formal, incorporado juridicamente mediante um princípio rígido, estático e petrificado pelo texto constitucional; e a concepção político-jurídica de federalismo como uma ‘fórmula histórico-pragmática’, que torna concreta, plástica e relativa a extensão do conceito e as características que compõem a federação em uma dada dimensão real de espaço e de tempo”*¹³⁴⁷.

Sobre a segunda conclusão, conforme PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, com essa decisão reconhece-se que o poder reformador pode privar os Estados de muitas das suas competências, até o ponto em que se atinja a “fronteira” mínima, retirando-lhes os poderes

¹³⁴⁷ Cf. COSTA, Gustavo de Freitas Cavalcanti. O processo de reforma tributária: uma reflexão político-jurídica sobre redefinição federativa, descentralização e centralização quanto ao ICMS. *Revista Tributação & Desenvolvimento*, Recife: SEFAZ-PE, ano 3, n. 1, 2001. p. 70. Resulta, portanto, uma “distinção e integração entre o rigor conceitual e a mobilidade político-jurídica”, de forma que “Na análise das características de um Estado federal não se pode desprezar os elementos culturais agregados durante o processo histórico de seu desenvolvimento, imprimindo-lhe feições político-jurídicas particulares. Ocorre que tais elementos, extraídos da realidade histórico-cultural de cada Estado, devem coexistir com uma identidade aglutinadora de traços formais e conceituais comuns, sem os quais não se conceberia a federação como uma forma de Estado própria” (ibidem, p. 67/70). A solução entre rigidez e relatividade das premissas é perseguida mediante a reflexão sobre “como tal relatividade pode repercutir na rigidez formal das características identificadoras do conceito de federação, particularmente no tocante à autonomia financeira das entidades federativas” (ibidem, p. 69).

de auto-organização, autogoverno e autoadministração, a eles pertencentes por imposição da forma federativa de Estado¹³⁴⁸.

GONET BRANCO, por sua vez, afirma que não é passível de deliberação a proposta de emenda que “*desvirtue o modo de ser federal do Estado criado pela Constituição*”¹³⁴⁹, que instituiu uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, segundo uma repartição de competência entre o governo central e os governos locais, participando os Estados federados das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão.

De acordo com o entendimento de diversos doutrinadores, portanto, o “pacto federativo” instituído pelo poder constituinte originário pode ser alterado, sendo possível que o poder constituinte derivado determine alterações nas competências dos Estados, desde que seu “núcleo” se mantenha¹³⁵⁰.

Ao se transpor para a questão objeto do presente estudo, tem-se uma grande parte da doutrina nacional que propugna pela possibilidade de alterações de competências tributárias.

Como maior expoente na doutrina do direito tributário, PAULO DE BARROS CARVALHO, ao enfrentar a discussão sobre as características da competência tributária, considera insustentável a ideia de que a “inalterabilidade” (ou “imodificabilidade”) estaria incluída naquele grupo, pois “*a alterabilidade está ínsita no quadro das prerrogativas de reforma*

¹³⁴⁸ Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, p. 143.

¹³⁴⁹ Ibidem, loc. cit.

¹³⁵⁰ Cf. CORRÊA, Sabrina Michele Souza de Souza. *Cláusulas pétreas em matéria tributária: federação e direitos fundamentais*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2006, p. 140. Para SABRINA CORRÊA, “*neste sentido, basta que seja amputado da federação algum de seus elementos essenciais para que ela seja atingida de morte*” (ibidem, p.140). Segundo a autora, “*Já da repartição constitucional de competências entre os entes políticos federados e federativos e da autonomia deles, resultam os critérios para identificação de quais restrições comprometem a própria estrutura do Estado Federal*” (cf. CORRÊA, Sabrina Michele Souza de Souza. *Cláusulas pétreas em matéria tributária: federação e direitos fundamentais*, p. 122). SABRINA CORRÊA concentra a análise na imunidade recíproca como decorrência do princípio federativo e, logo, limitação ao poder de reforma constitucional; considera o caso da ADI 939, no qual foi declarada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/1993: “*Por isso, em se abolindo, em alguma situação, a imunidade recíproca, estar-se-á comprometendo a própria Federação. Por essa razão, emendas que restrinjam essa regra são inconstitucionais, por violarem cláusula pétrea*” (ibidem, p. 146).

constitucional e a experiência brasileira tem sido rica em exemplos dessa natureza. Se aprouver ao legislador, investido do chamado poder constituinte derivado, promover modificações no esquema discriminativo das competências, somente outros limites constitucionais poderão ser levantados e, mesmo assim, dentro do binômio 'federação e autonomia dos municípios'. A prática de inserir alterações no painel das competências tributárias, no Brasil, tem sido efetivada reiteradamente, sem que seu exercício haja suscitado oposições mais graves”¹³⁵¹.

O fundamento utilizado pelo autor é que a alterabilidade se encontraria “ínsita” nas prerrogativas da reforma constitucional, o que é reforçado empiricamente pela prática observada de inserir alterações no painel das competências tributárias¹³⁵². O autor, entretanto, não se manifesta sobre a necessidade de haver compensação, quando uma competência é alterada, reduzida ou suprimida, o que geraria maior concentração de receitas em outro ente.

ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, tendo como ponto de partida uma espécie de relativismo conceitual que recusa cifrar as propriedades essenciais de uma federação¹³⁵³, concede à possibilidade de traçar o “pisso” a ser cumprido para que uma organização política seja reputada federal¹³⁵⁴. Esse “mínimo irredutível” seria traduzido em autonomia

¹³⁵¹ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, p. 219. A despeito de aludir à federação e à autonomia municipal como limites jurídicos ao poder reformador, o autor desvia para o argumento empírico segundo o qual tem sido habitual no Brasil alterar o quadro de competências tributárias e referida conduta não tem gerado, segundo entende, questionamentos de relevância (ibidem, loc. cit.).

¹³⁵² Ibidem, loc. cit..

¹³⁵³ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*, p. 10-11. De acordo com o autor, “Dentro desses parâmetros desiguais, fruto da diversidade de condicionantes históricas, sociais e políticas, torna-se problemático desenhar o protótipo do regime federativo. Salvo idelamente, há êle de se acomodar às cambiantes realidades nacionais que, no tempo e no espaço, induzem soluções peculiares e próprias. A fusão de unidades políticas originariamente fragmentadas resultará em federação descentralizada, enquanto a passagem de um Estado Unitário para uma federação conservará a marca do centralismo, mais ou menos acentuado. De resto, não é a federação um conceito estático, amarrado a determinadas coordenadas históricas, mas sensível a flutuações nas estruturas políticas e econômicas de cada região, modelando o grau das autonomias recíprocas e a extensão de suas competências segundo variáveis ocorrentes em cada etapa de sua história” (ibidem, p. 10-11).

¹³⁵⁴ Ibidem, p. 11. Aduz, nesse sentido, SAMPAIO DÓRIA que “um mínimo irredutível de autonomia política do centro e da periferia, exercitada dentro do âmbito das competências próprias, estas sim dinâmicas e cambiantes, constitui o traço essencial do regime federativo, em oposição ao unitário, tanto quanto as realidades vivas da política permitam isolar-lhe, no plano abstrato das teorias, as características preponderantes” (ibidem, p. 11). Analisado com atenção o excerto, não deixa de permanecer o viés relativista do autor. Note-se que a exigência do mínimo de autonomia concretiza-se na presença de competências próprias de cada ente, mas essas competências são “dinâmicas e cambiantes”. Abre-se a porta,

política – capacidade dos entes federativos para constituir os órgãos do próprio governo, nos limites traçados por normas superiores –, da qual decorreriam a autonomia administrativa e a autonomia financeira.

Em específico no tocante ao poder financeiro das entidades componentes da Federação, SAMPAIO DÓRIA o define como a atribuição de “*autonomia na percepção, gestão e dispêndio das rendas próprias*”¹³⁵⁵. Em sua análise, que é prioritariamente histórica, observa que a imputação de poder financeiro nas federações foi caracterizada, de início, pela “*indiscriminação de rendas privativas*”, já que “*o poder tributário foi repartido por todo o corpo político, estendendo-se a competência de União e Estados a quaisquer matérias circunscritas à sua jurisdição territorial, duplicando-se ou multiplicando-se a tributação sobre idêntico objeto*”¹³⁵⁶.

Somente quando a preocupação de aumentar a amplitude do poder político cedeu vez ao imperativo econômico de evitar a onerosidade excessiva da tributação é que a discriminação de rendas passou a ser a tônica dos sistemas fiscais. A leitura das contingências das federações reais induz, então, SAMPAIO DÓRIA à seguinte compreensão: “*a autonomia financeira, no que respeita ao exercício do poder tributário, se realiza pela outorga de competência impositiva aos entes federados, em caráter privativo ou concorrente. Desfaz-se, assim, a opinião comumente sustentada de ser a discriminação de rendas característica essencial do federalismo. De fato, e historicamente, não o é. A atribuição de competência tributária, sim, é requisito axiomático da federação, para assegurar independência política. Mas a circunstância de ser tal atribuição de competência decomposta numa discriminação de rendas compreensiva, objetivando, ao imprimir feitiço privativo à respectiva competência fiscal, propósitos de natureza econômica, é fator, senão acidental, pelo menos secundário na definição da estrutura do regime federado*”¹³⁵⁷.

portanto, para a seguinte conclusão: é preciso que haja competências tributárias próprias, mas elas podem ser mínimas e são amplamente reformáveis, desde que não sejam extirpadas integralmente.

¹³⁵⁵ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*, p. 11.

¹³⁵⁶ Ibidem, p. 13.

¹³⁵⁷ Ibidem, p. 14-15. E mesmo quando a racionalidade econômica prevalece sobre as injunções políticas e ensaja alguma forma de discriminação de competências impositivas, essa técnica não comporta um modelo

Interessante notar que o autor chega a admitir que “*não há que questionar que a atribuição de fontes privativas de receitas dá o máximo de autonomia financeira. O ponto está em discutir se tal objetivo é mesmo necessário, ou desejável, e se, dentro das condições brasileiras, exequível*”¹³⁵⁸. Assim, também abraça o argumento da “suficiência” das receitas do ente federativo, afirmando que “*o dado mais importante, a se atender nessa matéria, é o da adequação e suficiência das receitas produzidas segundo a atuação de mecanismos objetivos. Assegurada tal premissa, é irrelevante que a fonte seja originária e privativa ou derivada e alheia. É ilusório pensar-se que tal objetividade resulte apenas do exercício de competência própria*”¹³⁵⁹.

Conforme entendimento do autor, “*o que ocasiona a dependência é a insuficiência das rendas (se privativas) ou distorções políticas em seu processo distributivo, condicionado ao subjetivismo do ente maior ou de suas autoridades (se derivadas as receitas). Desejável ainda que, mantida a suficiência dos recursos, se concentre a autonomia financeira local, coexistente ou não com o federalismo político, na gestão da despesa segundo critérios de prioridades próprios*”¹³⁶⁰.

ideal, fundado em princípios evidentes, mas depende, de fato, da acomodação às realidades e interesses concretos. A abertura à diversidade de modos de efetivar a distribuição do poder tributário é tão presente em SAMPAIO DÓRIA que o título do tópico em que ele avalia referidos temas denomina-se “*O relativismo das discriminações de rendas*” (Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*, p. 16).

¹³⁵⁸ Ibidem, p. 204. Continua o autor: “*De nada vale essa autonomia se exercitada de modo meramente formal, com a expedição de complexas normas de tributação, porém praticamente estereis (economias locais inaptas a gerar recursos)*” (ibidem, loc. cit.).

¹³⁵⁹ Ibidem, p. 204-205.

¹³⁶⁰ Ibidem, p. 204. Para o autor, “*o dado mais importante, a se atender nessa matéria, é o da adequação e suficiência das receitas produzidas segundo a atuação de mecanismos objetivos. Assegurada tal premissa, é irrelevante que a fonte seja originária e privativa ou derivada e alheia. É ilusório pensar-se que tal objetividade resulte apenas do exercício de competência própria, que neutralize a dependência política, alvo perseguido desde 1934 a 1965, com efeitos opostos. Bem como é errôneo vincular-se, a priori, e por definição, a participação em tributo de competência de outro órgão federativo à competência de outro órgão federativo à dependência política a este. O que ocasiona a dependência é a insuficiência das rendas (se privativas) ou distorções políticas em seu processo distributivo, condicionado ao subjetivismo do ente maior ou de suas autoridades (se derivadas as receitas). Desejável ainda que, mantida a suficiência dos recursos, se concentre a autonomia financeira local, coexistente ou não com o federalismo político, na gestão da despesa segundo critérios de prioridades próprios, de conveniência também local, adotados embora dentro de larga síntese marcada em leis de hierarquia superior, tendentes a uma racionalização da administração pública (padronização de orçamentos, aplicação de cota percentagem de recursos em despesas na capital, controle financeiro por Tribunais de Contas, etc.) Sintomaticamente do fato de que as administrações locais, em muitas unidades, estão mais diretamente interessadas no nível de suas receitas, do que na fonte de onde provém, é a estagnação ou queda real da arrecadação de seus próprios tributos, desde que o Município*

Destarte, o pensamento de SAMPAIO DÓRIA pode ser sintetizado em: (i) possibilidade de existir autonomia financeira por intermédio apenas da repartição do produto da arrecadação, desde que assegurada constitucionalmente, sem possibilidade de ingerência; (ii) o “mínimo irreduzível” da autonomia financeira seria a adequação e suficiência de receitas, independente de subjetivismos do ente maior.

Em suma, a posição de SAMPAIO DÓRIA pode ser ainda resumida nos seguintes termos: para haver Federação é necessário que o ente central e os entes subnacionais possuam alguma competência tributária própria, mesmo que indiscriminada – ou seja, não privativa. Adicionalmente, o autor ainda refere que a autonomia financeira, apesar de garantida em grau maior pela distribuição de poder tributário direito – competência para instituição de tributos, discriminada ou não –, não se revela incompatível com a discriminação pelo produto, ou seja, a participação de um ente federativo na arrecadação de um tributo de competência alheia¹³⁶¹.

passou a contar com substanciais recursos oriundos de esforços de captação de terceiros” (Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*, p. 204-205).

¹³⁶¹ Ibidem, loc. cit.. Veja-se o argumento do autor ao decifrar o impacto da reforma trazida pela Emenda Constitucional nº 18/1965: “*Bem como é errôneo vincular-se, a priori, e por definição, a participação em tributo de competência de outro órgão federativo à competência de outro órgão federativo à dependência política a este. O que ocasiona a dependência é a insuficiência das rendas (se privativas) ou distorções políticas em seu processo distributivo, condicionado ao subjetivismo do ente maior ou de suas autoridades (se derivadas as receitas). Desejável ainda que, mantida a suficiência dos recursos, se concentre a autonomia financeira local, coexistente ou não com o federalismo político, na gestão da despesa segundo critérios de prioridades próprios, de conveniência também local, adotados embora dentro de larga síntese marcada em leis de hierarquia superior, tendentes a uma racionalização da administração pública (padronização de orçamentos, aplicação de cota percentagem de recursos em despesas na capital, controle financeiro por Tribunais de Contas, etc.). Sintomaticamente do fato de que as administrações locais, em muitas unidades, estão mais diretamente interessadas no nível de suas receitas, do que na fonte de onde provém, é a estagnação ou queda real da arrecadação de seus próprios tributos, desde que o Município passou a contar com substanciais recursos oriundos de esforços de captação de terceiros*” (ibidem, p. 204-205). O autor mostra-se favorável ao uso de reformas constitucionais para promover a adaptação política e econômica do sistema tributário: “*As transformações econômicas, sociais e políticas, e a consequente onipresença do Estado, com a centralização do poder para global planejamento econômico, demandaram profunda remodelação dos regimes fiscais e das estruturas em que assentavam. Em alguns países, como o Brasil, onde as instituições não deitaram raízes fundas, foi relativamente fácil adaptar sucessivamente as constituições às novas realidades nacionais, com a reformulação das competências impositivas que as atendessem [...] A melhor discriminação de rendas, concluir-se-á com alguma dose de ceticismo, é a que melhor se amolda às realidades dominantes da Política (aqui como síntese de todos os valores prevaletentes na coletividade), em cada fase histórica da nação. A tarefa de sua adaptação a circunstâncias supervenientes, dependendo da índole do regime em que se insere, far-se-á ou através da modificação do texto constitucional, ou pela adoção de outros instrumentos normativos, utilizados casuisticamente à medida que os problemas despontem*” (ibidem, p. 14-18).

Na esteira do pensamento de SAMPAIO DÓRIA, o estudioso TÁCIO LACERDA GAMA também defende expressamente a possibilidade de alteração de competências tributárias pelo poder reformador no regime constitucional de 1988¹³⁶².

Ao explicitar os fundamentos de sua escolha, TÁCIO LACERDA GAMA mostra seu conceito de autonomia financeira, o qual “*compreende o conjunto de faculdades jurídicas que possibilita ao ente federativo adquirir os recursos necessários para o desenvolvimento das demais autonomias – política, administrativa e legislativa*”¹³⁶³. Segundo entendimento do autor, a autonomia financeira “*pode abranger tanto aquelas que se referem à imposição de tributos – tributária – quanto às questões de repasse de receitas – orçamentária*”¹³⁶⁴.

TÁCIO LACERDA GAMA demonstra que o equívoco da doutrina contrária decorreria da vinculação do conceito de autonomia financeira com o de competência tributária legislativa, o que induziria naturalmente que qualquer modificação na última projetasse alteração no pacto federativo¹³⁶⁵.

Dessa forma, considerando que a autonomia financeira são as faculdades jurídicas para a obtenção dos recursos necessários para as demais autonomias, o autor sustenta inexistir fundamento para identificar a ideia de autonomia financeira com a de competência tributária, porquanto segundo ele, é plenamente possível se ter uma sem a outra e vice-versa¹³⁶⁶.

Para TÁCIO LACERDA GAMA, o “ponto de partida” é a natureza do repasse do produto da arrecadação, o qual, sendo obrigatório, juntamente com a possibilidade de outras transferências de verbas públicas, pode levar o ente a ter recursos suficientes à sua autonomia financeira, sem exercer competências impositivas¹³⁶⁷.

¹³⁶² Cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*. p. 199-203.

¹³⁶³ Ibidem, p. 199.

¹³⁶⁴ Ibidem, loc. cit.

¹³⁶⁵ Ibidem, p. 199.

¹³⁶⁶ Ibidem, p. 200.

¹³⁶⁷ Ibidem, p. 200-201.

Verifica-se, portanto, que a base do raciocínio do autor é a possibilidade de um ente federativo ter receitas “suficientes” para o exercício de sua autonomia política. Daí a conclusão de que *“restringir competências impositivas, desde que assegurada a repartição do produto da arrecadação ao ente que as perde, não compromete sua autonomia financeira, tampouco a forma federativa de Estado”*¹³⁶⁸.

Da mesma forma, o autor conclui que nada impede o aumento da concentração da arrecadação de tributos para a União, desde que assegurada a repartição de receitas tributárias proporcionais, concluindo que *“a distribuição de competências impositivas, portanto, não está entre as matérias que o legislador constitucional vedou qualquer proposta de emenda modificativa – art. 60, parágrafo 4º da CR –, podendo ser alterada segundo decisões políticas, na forma da lei, que estejam a serviço de interesses da República”*¹³⁶⁹.

Identifica-se no pensamento do autor o argumento da “suficiência” dos recursos, o qual, uma vez garantido, permitiria qualquer alteração das competências tributárias, pois as outras novas fontes de receita garantiriam uma “compensação”, que por sua vez manteria incólume a autonomia financeira do ente¹³⁷⁰.

Após identificar a ambiguidade, inclusive no discurso científico, do termo “inalterabilidade” quando referido à competência tributária – ora é equiparada à impossibilidade de alteração da competência legislativo-tributária, no plano infraconstitucional, pela própria pessoa política que a titulariza; ora é tida como a impossibilidade de alteração das regras de produção normativa pelo legislador de reforma constitucional –, CRISTIANE MENDONÇA afirma: *“Podemos responder ao primeiro*

¹³⁶⁸ Cf. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 202-203.

¹³⁶⁹ Ibidem, p. 203.

¹³⁷⁰ Ibidem, p. 199-200. Segundo o autor, *“se há possibilidade de as normas orçamentárias assegurarem autonomia financeira à parte dos entes federativos; se essas normas devem ser obedecidas como as demais; se existem municípios que integram a Federação sem exercer suas competências legislativas, seja por que razão for; se parte substancial da arrecadação de tributos municipais e estaduais é feita nos termos de lei complementar nacional – SIMPLES –, não há fundamento para identificar a idéia de autonomia financeira com a de competência tributária. Noutras palavras, é possível que entidades tenham autonomia financeira sem competências impositivas e, inversamente, tenham competências impositivas sem autonomia financeira. Dois conceitos que, apesar de manterem intenso diálogo, não se confundem”* (ibidem, loc. cit.).

questionamento com relativa tranquilidade. Como a competência legislativo-tributário não perfaz o núcleo inalterável da Constituição de 1988, estampado no art. 60, § 4º, constitui-se em matéria passível de reforma pelo legislador constitucional. Não se vislumbra, no âmbito do sistema constitucional vigente, impedimento à atuação do legislador constituinte derivado para empreender mudanças de ordem formal ou material, no feixe de competência legislativo-tributária. É bem verdade, que a modificação de seus contornos, via emenda constitucional, não pode materializar qualquer tendência de abolição das cláusulas pétreas, mormente a forma federativa de Estado, a separação dos Poderes e os direitos e as garantias individuais”¹³⁷¹.

Também aderindo ao posicionamento de SAMPAIO DÓRIA acerca da relação entre Federação e competências tributárias privativas, LUÍS EDUARDO SCHOUERI, após definir competência tributária¹³⁷², trabalha com uma distinção entre competência tributária (que versa sobre a instituição de tributos) e competência legislativa (referente à criação de normas gerais em matéria tributária, como a conferida à União para estabelecer tais normas mediante lei complementar)¹³⁷³.

Seu relativismo acerca da imperiosidade de competências discriminadas para a existência de autonomia financeira em federações fica claro ao afirmar que “*o que importa é assegurar que os integrantes da federação tenham autonomia financeira, i.e., que tenham orçamentos próprios, com recursos assegurados independentemente de repasses de outros entes*”¹³⁷⁴. Assim, o autor também sustenta pela desnecessidade de competências próprias

¹³⁷¹ Cf. MENDONÇA, Cristiane. *Competência tributária*, p. 286-287.

¹³⁷² Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*, 237. De acordo com SCHOUERI, “*compreende, nos termos do artigo 6º do Código Tributário Nacional, a competência legislativa plena, a identificar que nenhuma das pessoas jurídicas de direito público necessita da autorização de outro ente federado para instituir seus tributos*” (ibidem, p. 237).

¹³⁷³ Apesar de, realmente, diversas, não se pode esquecer que a competência tributária é exercida, em rigor, mediante lei ordinária, salvo exceções que a própria Constituição impõe ou tolera.

¹³⁷⁴ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., p. 238. Nas palavras do autor, “*Numa primeira aproximação, não haveria razão para o constituinte ter repartido as competências tributárias. A discriminação de competências tributárias não é requisito de um sistema federal [aqui, o autor refere SAMPAIO DÓRIA em nota de rodapé]. Este exige que se assegure às pessoas jurídicas de direito público autonomia financeira. Entretanto, autonomia financeira implica discriminação de rendas, o que não se confunde com discriminação de competências*” (ibidem, loc. cit.). Especifica o raciocínio com o exemplo norte-americano: “*Nos Estados Unidos, por exemplo, encontra-se a sobrevivência de tributos federais e locais (com mera reserva de poucos), sem que de tal bitributação se extraia qualquer inconveniência ao funcionamento da federação. O que importa é assegurar que os integrantes da federação tenham autonomia financeira, i.e.,*

para a caracterização da autonomia financeira, preconizando apenas a necessidade da existência de fontes independentes de recursos, com liberdade para orçamento próprio.

Questão interessante de se notar é que LUÍS EDUARDO SCHOUERI não traça consideração sobre a “suficiência” da receita como medida fundamental de autonomia financeira, ligando esse conceito somente com a existência de fontes independentes de recursos, independentemente do montante por arrecadado pelos entes.

ANDRÉ ELALI concorda com a visão de LUÍS EDUARDO SCHOUERI, a propósito de que a existência de competências próprias deixa de ser fundamental para a autonomia financeira e para a forma federativa de Estado, na medida em que é possível a alteração de ambas¹³⁷⁵.

que tenham orçamentos próprios, com recursos assegurados independentemente de repasses de outros entes. Não é sem razão, neste sentido, que já se disse que ‘foi a discriminação de rendas a causa última e decisiva da criação da figura jurídica e política do Estado Federal’ [Aliomar Baleeiro é citado]” (ibidem, loc. cit.). A indiferença de SCHOUERI denota converter-se em defesa da possibilidade de mudanças amplas quando se considera o prefácio que assina ao livro de ANDRÉ ELALI: “[o autor do livro] não se curva àqueles que pregam o imobilismo das estruturas jurídicas [...] o modelo [de federação] idealizado por Ruy [Barbosa] ainda não se estabilizou. O Brasil continua, sim, em busca de um modelo para sua federação. Em nada ajuda, para tal busca, que se pretenda, em nome de uma cláusula pétrea, manter intocado um sistema que não satisfaz os propósitos a que se propõe a ordem constitucional” (cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Prefácio. In ELALI, André. O federalismo brasileiro e o sistema tributário nacional, p. 9).

¹³⁷⁵ Cf. ELALI, André. Op. cit., p. 60-61. O autor expõe que “no que pese se tratar de cláusula pétrea o princípio federativo no contexto brasileiro, entende-se aqui pela possibilidade de uma reformulação no âmbito de sua estrutura, não de forma a instituir um Estado Unitário, totalmente centralizador, mas adaptando-se a forma de governo, do exercício do poder político [...] A ‘autonomia’ que se atribuiu aos entes federativos não pode mais ser tratada como um dogma, como algo imutável [...] ela não é obtida apenas com a arrecadação de tributos próprios, nem sequer pode pôr em risco os objetivos nacionais [...] para que seja possível a efetivação de tais objetivos fundamentais, o País precisa se adaptar às realidades que vão se formando. É o caso, por exemplo, da adoção de mecanismos de ajuste fiscal, como se fez com a denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, bastante questionada pelos entes federativos em face de uma eventual inconstitucionalidade – pelo argumento da autonomia” (ibidem, loc. cit.). Em termos práticos, o cerne da preocupação de ELALI é a heterogeneidade federativa resultante das regras atuais do ICMS e do ISS: “Deve-se haver então uma harmonização, mantendo-se a atual estrutura de coexistência dos entes federativos, mas implementando-se, por outro lado, uma reformulação de competências, especialmente tributárias, para evitar que uma grande parte de entidades, inviáveis, fique prejudicando todo o contexto nacional, e para que, com isto, se torne possível a implementação de políticas econômicas nacionais. Assim, se tais medidas podem até estar restringindo as autonomias dos entes, elas têm como fundamento a mesma norma fundamental que atribuiu tais poderes de auto-organização, pois estes devem estar vinculados a um fim maior, aos objetivos da Federação. Esta é mais importante que o ‘poder’ dos entes, pois caso contrário admitir-se-ia uma verdadeira desnaturação do sistema federalista, de seus propósitos reais [...] Assim, é possível pela norma vigente uma reformulação de competências, permitindo-se, por exemplo, a criação de um imposto sobre o consumo, de competência da União e em substituição ao IPI, ao ICMS e ao ISS, tendo-se por destinação compulsória a repartição de receitas com os Estados e Municípios de forma a se manter a atual ordem de receitas [...] a menor descentralização resultaria, venia permissa às opiniões contrárias, numa maior eficiência do sistema, com consequências para a solução de vários problemas, inclusive socioeconômicos” (ibidem, p. 62-63/90). Desde o princípio do seu argumento, indica como fundamento

Diante do esclarecimento crítico do problema conceitual de fundo que envolve a definição da forma federativa de Estado¹³⁷⁶, GUSTAVO COSTA mostra que “o problema central, na verdade, reside na resposta às seguintes indagações: é a competência tributária um pressuposto de caracterização da autonomia financeira, ou sua existência está inserida no próprio conceito da autonomia das entidades federativas? Ambas se confundem na existência da competência tributária ou pode haver a autonomia financeira sem a competência tributária?”¹³⁷⁷.

O autor enfrenta a problemática ao explorar uma distinção entre a visão formal da autonomia financeira – a qual se esgotaria com a concessão de poderes impositivos por meio da outorga de competências tributárias privativas – e a visão funcional dessa autonomia – que estaria relacionada com a suficiência e disponibilidade irrestrita dos recursos públicos, para concluir, então, que “não basta distribuir competências tributárias formais a esmo; é necessário também descentralizar, efetivamente, os recursos financeiros

central o fato “de que o federalismo não é um valor imutável, constituindo a descentralização, como hoje está inserida no país, um dos seus maiores problemas, propor-se-á uma conclusão sintética” (ELALI, André. *O federalismo brasileiro e o sistema tributário nacional*, p. 60-61). Em termos práticos, o cerne da preocupação de ELALI é a heterogeneidade federativa resultante das regras atuais do ICMS e do ISS.

¹³⁷⁶ Cf. COSTA, Gustavo de Freitas Cavalcanti. O processo de reforma tributária: uma reflexão político-jurídica sobre redefinição federativa, descentralização e centralização quanto ao ICMS. *Revista Tributação & Desenvolvimento*, ano 3, n. 1, p. 56. Na síntese de CAVALCANTI COSTA, “no Brasil, a Reforma Tributária pressupõe a Reforma da Federação” (ibidem, p. 56). E isso vale não apenas sob o ponto de vista das negociações e acordos políticos, mas também da viabilidade jurídico-constitucional de qualquer reforma, dado que desfazer o pacto federativo e sufocar autonomias é incorrer na proibição transmitida pelo artigo 60, § 4º, I, da Constituição Federal de 1988. “Não parece haver nenhum exagero na afirmação de que a problemática federativa é fator que condiciona o curso dos debates relativos à Reforma Tributária. É que, sobre revestir a forma de organização do Estado, alçada ao nível de valor intocável pelo constituinte de 1988, a Federação impõe algumas premissas à Reforma Tributária: assim, deve respeitar a descentralização político-jurídica brasileira, garantindo um grau relativo de autonomia às entidades políticas; deve também, por conseguinte, dotar tais entidades de financiamento público adequado, suficiente e objetivamente não sujeito à interferência de subordinação entre si; deve, enfim, consagrar a idéia de harmonia entre tais entes políticos, na consecução de objetivos comuns: o pacto federativo” (ibidem, p. 56). “Assim entendido, um grau relativo de autonomia política, a sua conseqüente autonomia financeira e também um pacto federativo harmônico interação e devem coexistir com um sistema tributário eficiente. Daí porque a inevitável referência à temática federativa nos debates que acompanham as iniciativas de alteração do sistema tributário, entre nós exaustivamente estruturado ao nível da Constituição Federal, o que sintomaticamente desperta mais complexidade e cuidado na sua reformulação. O respeito aos elementos formais da noção jurídica de Federação constitui-se em uma premissa elementar para a Reforma Tributária” (ibidem, p. 57-58 – sem grifo no original).

¹³⁷⁷ Ibidem, p. 69.

*potencialmente disponíveis, sem os quais a autonomia não passará de uma mera abstração, desprovida de qualquer sentido de realidade”*¹³⁷⁸.

Sobre a problemática da redução da competência do ICMS, encontra-se na doutrina uma série de autores que propugnam pela possibilidade de uma ampla reforma, que resulte na transformação da competência legislativa para a União – ou legislação nacional –, com a possibilidade de uma legislação única.

IVES GANDRA MARTINS, em sua visão do papel do jurista como “engenheiro institucional”, volta-se, pouco antes da promulgação da Constituição de 1988, à tentativa de identificação de modelos de sistema tributário que sejam simplificados, desonerativos e promotores do desenvolvimento regional¹³⁷⁹, o que inclui a crítica às opiniões favoráveis à concepção forte da autonomia e da descentralização federativa¹³⁸⁰.

Já em estudo recente (2012), o autor afirma “*que o sistema federativo poderia restar modificado e sensivelmente desfigurado, passando a ser apenas formalmente federativo, se emendas constitucionais ou leis infraconstitucionais reduzissem à expressão quase nenhuma a autonomia política, financeira ou administrativa das unidades federativas*”¹³⁸¹.

Por fim, sobre emendas que afrontem a autonomia financeira dos entes, IVES GANDRA conclui que elas esbarram no princípio federativo, pois a autonomia política ficaria reduzida e a administrativa limitada¹³⁸², preconizando, no caso concreto, a

¹³⁷⁸ COSTA, Gustavo de Freitas Cavalcanti. O processo de reforma tributária: uma reflexão político-jurídica sobre redefinição federativa, descentralização e centralização quanto ao ICMS. *Revista Tributação & Desenvolvimento*, ano 3, n. 1, p. 70-71. Continua o autor: “[...] a noção de federalismo cooperativo pressupõe a impossibilidade prática de financiamento de todos os entes componentes de uma federação apenas pela arrecadação dos tributos advindos de sua própria competência privativa - discriminação por fontes, reconhecendo também sua necessária integração e compatibilização com o mecanismo de repartição da totalidade dos recursos arrecadados - a discriminação por produto” (ibidem, loc. cit.).

¹³⁷⁹ Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. O sistema tributário na constituição e eventual reforma. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 8, n. 36, p. 07-17, nov./dez. 2010.

¹³⁸⁰ Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. O que os descentralizadores não dizem sobre a reforma tributária constitucional. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 6, 31 jul. 1988.

¹³⁸¹ Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Estímulos fiscais e a unanimidade constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros (Orgs.). *Guerra fiscal – reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS*, p. 19.

¹³⁸² Ibidem, p. 20-21. O autor adverte que, “*sem autonomia financeira, a autonomia política fica reduzida e a administrativa limitada. A Federação, fragilizada, manter-se-ia apenas por força de um formalismo legal e não de uma autêntica realidade, construída, a duras penas, desde 1891 com a 1ª Constituição Republicana*”

inconstitucionalidade da retirada do quórum qualificado de deliberação do Confaz para autorização de benefícios fiscais de ICMS em face da cláusula pétrea¹³⁸³.

REGINA HELENA COSTA, a despeito de reconhecer a existência de limitações à reforma tributária, incluindo a forma federativa, não cumpre, com seu apontamento, nenhum papel relevante na análise que desenvolve¹³⁸⁴. Seu objetivo é firmar pautas, tanto gerais quanto detalhadas, para um sistema tributário que tenda ao ideal de justiça e eficiência, concluindo pela possibilidade constitucional de supressão do ICMS e do IPI, com a instituição de um novo imposto, de competência dos Estados, mas com legislação única¹³⁸⁵.

(ibidem, p. 21). Conclui assim, que “o pacto federativo torna-se uma farsa e a Federação, um sistema debilitado, restando a trílice autonomia (política, administrativa e financeira) seriamente maculada” (cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Estímulos fiscais e a unanimidade constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros (Orgs.). Op. cit., p. 21).

¹³⁸³ Ibidem, p. 21-22. Ressalte-se que, na manutenção do ICMS atual, o autor apresenta manifestação que a retirada de unanimidade para a aprovação de benefícios fiscais é vedada pela cláusula pétrea do artigo 60, § 4º, I. MARTINS salienta: “Por esta razão, entendo que a expressão ‘abolir’ deve ser entendida como abrangendo todas as situações em que o verdadeiro sistema federativo é fragilizado por atos que ponham em xeque a trílice autonomia de que gozam as unidades federativas, a ponto de se digladiarem, sem objetivo comum e ficarem à mercê dos interesses dos investidores, e não de seu povo ou de seu governo para o atendimento do interesse público” (ibidem, p. 21-22).

¹³⁸⁴ Cf. COSTA, Regina Helena. *Propostas da Comissão de Altos Estudos da Justiça Federal. Reforma tributária* – texto definitivo. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003 (Conclusão de estudos realizados em comissão oficial). p. 7. A autora observa que “A Federação, classicamente, é a forma de Estado consubstanciada na autonomia recíproca entre a União e os Estados-Membros. No Brasil, a Federação conta com trílice ordem jurídico-política, diante da autonomia igualmente outorgada aos Municípios. Assim, seja qual for a proposta de alteração do sistema tributário, deverá ela observar, necessariamente, a repartição de competências inerente ao modelo federativo adotado”. (cf. COSTA, Regina Helena. *Propostas da Comissão de Altos Estudos da Justiça Federal. Reforma tributária* – texto definitivo, p. 7). Porém, REGINA HELENA COSTA não explora o argumento da limitação jurídica à reforma.

¹³⁸⁵ Ibidem, p. 11. Nesse sentido, REGINA HELENA COSTA afirma que “Há consenso quanto à imprescindibilidade de instituir-se um novo imposto, com feição inédita, de competência dos Estados-Membros, mas regido por legislação única, por eles aprovada, que deverá absorver as atuais hipóteses de incidência do Imposto sobre produtos Industrializados e do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços, substituindo-se a estes. Indubitavelmente, cuida-se do ponto mais polêmico das propostas de reforma tributária em debate, embora todas, de uma forma ou outra, apontem para a necessidade de um imposto uniforme sobre o valor agregado, como expediente destinado a eliminar a guerra fiscal entre Estados, bem como a dificultar a sonegação” (ibidem, loc. cit.). Esse imposto novo estaria combinado com a repartição do produto da arrecadação com a União; a regulamentação por um órgão colegiado, com representantes dos Estados e da União, ao qual caberia elaborar um regulamento único para todos os procedimentos fiscais, inclusive as obrigações acessórias; não cumulatividade, com eliminação das restrições atuais ao aproveitamento de créditos; a obrigatoriedade da regra que impõe a observância do princípio da seletividade em função da essencialidade do produto, mercadoria ou serviço; a inclusão de uma imunidade tributária relativa às operações que tenham por objeto produtos alimentícios básicos e medicamentos; a uniformidade das alíquotas aplicáveis às operações internas de cada Estado; a definição das alíquotas interestaduais pelo Senado Federal, com o objetivo de promover a redução das desigualdades regionais; a divisão entre Estado de origem e Estado de destino do imposto decorrente de operações que

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, por sua vez – após criticar as consecutivas alterações constitucionais, que depreciam a estabilidade das instituições e contradizem a marca da rigidez própria do sistema jurídico brasileiro¹³⁸⁶ –, promove um desvio da reflexão, como se tivesse desistido de considerar a própria proteção jurídica do equilíbrio constitucional, contida nas cláusulas limitadoras de toda e qualquer reforma (art. 60 da CF/1988). De modo surpreendente, SOUTO MAIOR BORGES assevera que *“a reforma tributária é problema de política jurídica, ao propor-se a substituição de normas vigentes por outras. Não é pois questão de dogmática jurídica, que pressupõe o sistema constitucional vigente e procura descrever e explicar o seu conteúdo vinculativo, tal como posto”*¹³⁸⁷. Em outros termos, é dizer que a reforma tributária implica tão somente críticas ao direito

destinem bens e serviços a consumidor final, que não seja contribuinte do imposto, situado em outro Estado; a manutenção do princípio da origem, por razões de praticabilidade na fiscalização, e criação de um fundo de compensação para corrigir distorções; a competência fiscalizatória suplementar da União; e a vedação do “cálculo por dentro” do imposto. Sem se aprofundar nas explicações, REGINA HELENA COSTA primeiro diz haver consenso sobre a necessidade de criação de um imposto que agregue vários impostos hoje vigentes, para logo adiante afirmar que se trata do ponto mais polêmico da reforma. Ora, em face de sua atenção inicial ao princípio federativo como potencial obstáculo jurídico, não era de se esperar o silêncio diante do problema deflagrado. Em perspectiva menos abrangente, mas análoga, encontra-se o trabalho de LUCAS BEVILACQUA CABIANCA, o qual analisa a PEC nº 285/2004 no que tange a seus objetivos e tenta elencar vantagens e possíveis percalços da referida proposta. Discute questões como guerra fiscal, segurança jurídica dos benefícios fiscais e fundo de desenvolvimento dos Estados; a remissão que faz ao princípio federativo limita-se à consideração da sua faceta cooperativa, que encontraria, segundo o autor, na União o vetor do planejamento capaz de realizar o desenvolvimento regional. A estreiteza da ideia de Federação já sugere que o problema da validade constitucional da reforma proposta não poderia ser levantado (cf. CABIANCA, Lucas Bevilacqua. A mini-reforma tributária a partir da perspectiva do federalismo do equilíbrio e do direito fundamental ao desenvolvimento. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, v. 23, p. 95-106, 2007). Uma razoável decomposição da Proposta de Emenda Constitucional nº. 233/2008 aparece no trabalho de LETÍCIA FRANCO MACULAN ASSUMPÇÃO. Porém, a identificação adequada do problema de constitucionalidade da referida proposta por possível afetação do princípio federativo não é acompanhada da disposição de oferecer alguma resposta construtiva. Satisfaz-se a autora com a afirmação de que *“Caberá ao Supremo Tribunal Federal – se provocado – decidir se a PEC da Reforma Tributária, no que diz respeito ao ICMS, é ou não inconstitucional. No entanto, não deve haver dúvida de que a PEC ora examinada somente poderá prevalecer se for efetivamente demonstrado que ela reúne aspectos que levam à melhoria do sistema tributário nacional, mantendo ou reforçando o pacto federativo”* (cf. ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan. A nova proposta de reforma tributária e o pacto federativo. *Revista de Estudos Tributários*, São Paulo: Síntese, n. 61, maio-jun. 2008, p. 64).

¹³⁸⁶ Cf. BORGES, José Souto Maior. A reforma tributária: seus modelos e sua crítica. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Tributação e desenvolvimento – homenagem ao Prof. Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 383. Nas palavras do autor: *“Reformas constitucionais sucessivas – e não apenas reforma tributária – são no fundo dos seus fundamentos uma consequência da extrema pormenorização do sistema constitucional, associada à sua caracterizada rigidez. Não é entretanto possível consolidar as instituições constitucionais do país, alterando-se, em sucessivas modificações de maior ou menor monta, o sistema constitucional como um todo, ou em aspectos tópicos seus, considerados de maior relevância”* (ibidem, p. 383).

¹³⁸⁷ Ibidem., loc. cit.

positivo, soluções *de lege ferenda* resultantes de contribuições da economia, da ciência política, da sociologia ou da teoria ética aplicada¹³⁸⁸.

CELSONO RIBEIRO BASTOS, após afirmar que “a tradição brasileira aponta no sentido da adoção do princípio da competência exclusiva no que se refere à repartição do poder de tributar”, reconhece que, “a despeito da predominância da discriminação de competências em caráter exclusivo no Brasil, cumpre observar de que não se trata de regra geral nas federações. Vários outros países adotam também modalidades diversas de competências, ditas concorrentes e partilhadas”¹³⁸⁹.

MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI, em um primeiro momento (1992), aparentava não admitir a retirada de poderes impositivos dos entes locais: “Estados e Municípios não podem abrir mão do poder financeiro e do fortalecimento do federalismo brasileiro. A não ser que nos provassem que a administração da coisa pública é melhor em mãos da União, que lá não há corrupção, não há desperdício de dinheiro, que lá o sentido da coisa pública

¹³⁸⁸ Não se pode, todavia, concordar com o professor pernambucano, porquanto a compatibilidade ao sistema jurídico-constitucional de uma eventual emenda introdutora da reforma tributária é tema a ser domesticado no campo da dogmática jurídica, à qual cabe antecipar soluções práticas passíveis de utilização na fundamentação das decisões judiciais.

¹³⁸⁹ Cf. BASTOS, Celso. A federação e o sistema tributário. In: BASTOS, Celso (Coord.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 105. Segundo o autor, “A Federação é a forma mais acentuada de descentralização político-administrativa e, sendo assim, não poderia deixar de contemplar uma partilha constitucional de competências tributárias [...] nada mais contraditório ao espírito federativo que qualquer um dos seus entes permanecer adstrito à aquiescência de um outro para conceder-lhe as somas necessárias ao desenvolvimento de seus propósitos [...] é insito à Federação que os níveis de governo desfrutem da possibilidade de criar e arrecadar tributos de maneira autônoma” (ibidem, p. 96). O autor abandona essa “visão forte” da autonomia financeira como algo dependente da existência de competências próprias dos entes federativos para tributar. Mesmo reconhecendo que “a tradição brasileira aponta no sentido da adoção do princípio da competência exclusiva no que se refere à repartição do poder de tributar. Esta competência exclusiva consiste em definir, no âmbito da própria Constituição Federal, os tributos de cada uma das esferas de governo, apontando no próprio texto constitucional o núcleo do fato gerador da obrigação fiscal” (cf. BASTOS, Celso. A federação e o sistema tributário. In: BASTOS, Celso (Coord.). *Por uma nova federação*, p. 104). Posição semelhante se encontra no trabalho de UBALDO CESAR BALTAZAR, que, ao questionar o argumento da barreira da autonomia à implantação de um IVA nacional, afirma àquele “contrapomos o exemplo da Alemanha, Estado Federal, onde um só IVA é aplicado. As ‘Länder’ e as Comunas recebem parte da receita, por determinação da Lei Fundamental” (cf. BALTAZAR, Ubaldo Cesar. Notas sobre o IVA e sua instituição no sistema tributário brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 83, v. 707, set. 1994, In: BOFF, Salete Oro. *Reforma tributária e federalismo – entre o ideal e o possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 186).

é muito mais aperfeiçoado que nos âmbito municipal e estadual, nós abriríamos não das conquistas trazidas com o atual Texto Constitucional”¹³⁹⁰.

Contudo, diferente da indeterminação de sua opinião mais antiga, a autora não deixa de confirmar a possibilidade jurídica da unificação de competências estaduais sob o poder central: “*Por isso, se, do ponto de vista jurídico, a forma federal de Estado não impediria a criação de um IVA – soma do IPI, mais ICMS e ISS – de competência da União, obstáculos políticos e econômicos, no momento, tornam impensável tal transformação. O ICMS deve continuar na competência legislativa ou arrecadatória dos Estados e o ISS deve ser outorgado ao Poder Legislativo municipal*”¹³⁹¹.

TIAGO SEVERINI, caminhando em outro sentido, após combinar ideias da história dos conceitos políticos no Brasil¹³⁹² e da filosofia analítica da linguagem¹³⁹³, identifica um “*parâmetro definidor do sistema federativo*”¹³⁹⁴.

¹³⁹⁰ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Reforma tributária possível e necessária*. Conferência proferida no Seminário do Sindicato aos Agentes Fiscais de Rendas do Estado de São Paulo. São Paulo: Oboré, 1992. In: ELALI, André. *O federalismo brasileiro e o sistema tributário nacional*, p. 64). Trata-se, em verdade, de manifestação um tanto vaga, que não alcança o *status* de uma resistência manifesta às supressões de competência tributária. À diferença disso, a professora mineira afirma, em trabalho de 1995, que “*a forma federal de Estado e a unidade político-econômica do território nacional são os principais obstáculos à instituição de um IVA, no Brasil, à moda européia. É verdade que o federalismo não é incompatível com um amplo imposto sobre o valor agregado, pois outros países federais como a Alemanha ou a Argentina (dentro de nosso MERCOSUL) o adotam, embora outorgando a competência legislativa à Federação*”¹³⁹⁰ (cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. A necessidade da instituição do IVA no sistema constitucional tributário brasileiro. *Seqüência*, Florianópolis, v. 31, 1995, p. 65). Com objetivo de meramente expor o contexto, sem a finalidade de desenvolver qualquer argumento dogmático-jurídico, acresce que Estados e Municípios ressentem-se ainda do recente centralismo autoritário, que caracterizou o federalismo concentracionista do regime militar e, por isso, resistem, com razão, à perda de suas conquistas advindas com a Constituição Federal de 1988.

¹³⁹¹ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. A necessidade da instituição do IVA no sistema constitucional tributário brasileiro. *Seqüência*, v. 31, p. 65-66.

¹³⁹² O autor recorre aos trabalhos do historiador IVO COSER para relatar as mudanças na visão de federalismo ao longo da política republicana brasileira.

¹³⁹³ Seu intento é discutir a vaguidade de conceitos políticos e jurídicos, entre os quais “federalismo”. Para tanto, recorre a FRIEDRICH WAISMANN e FREDERICK SCHAUER.

¹³⁹⁴ Cf. SEVERINI, Tiago Vasconcelos. O pacto federativo brasileiro e os limites à reforma fiscal. *Revista da Justiça Federal – SJRJ*, v. 18, p. 201, 2011. Esse parâmetro identificado pelo autor “*apresenta grande relevância para a análise das limitações constitucionais ao poder reformador [...] especialmente porque as análises jurídicas acerca da viabilidade da reforma fiscal têm constantemente esbarrado no impacto da reforma sobre a cláusula pétrea, prevista na Constituição de 1988, que aponta para a insuperável preservação da forma federalista de Estado*” (ibidem, p. 201).

Para chegar a essa conclusão, TIAGO SEVERINI assevera que o federalismo consiste em um equilíbrio dinâmico cuja garantia não reside apenas nas normas constitucionais que distribuem competências, mas depende, também, de fatores extranormativos que podem, justamente, estimular a alteração daquelas normas. Uma “concepção conservadora” – expressão empregada pelo autor – da cláusula pétrea referente ao pacto federativo exacerbaria a rigidez da Constituição e suporia, equivocadamente, que o equilíbrio federativo é estático e está sedimentado nas normas postas pelo poder constituinte originário.

Diante dessas pontuações, considera mais razoável a compreensão do limite do artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 como o estabelecimento do “*limite mínimo de sobrevivência do federalismo brasileiro*”¹³⁹⁵, uma vez que interpretar na linha contrária implicaria bloquear as reformas amplas que seriam adequadas para a evolução do sistema tributário. Ao final, afirma que a validade jurídica de uma reforma constitucional tributária, a despeito de não estar obstada por alguma concepção restrita de federalismo, estaria condicionada aos seus efeitos factuais prováveis¹³⁹⁶.

Da mesma forma, sobre o objeto do presente estudo, encontram-se na doutrina nacional diversos autores que concluem pela inconstitucionalidade da alteração da competência tributária do ICMS, com a criação de uma legislação nacional única, em face da limitação material imposta pelo artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal.

¹³⁹⁵ ¹³⁹⁵ Cf. SEVERINI, Tiago Vasconcelos. O pacto federativo brasileiro e os limites à reforma fiscal. *Revista da Justiça Federal – SJRJ*, v. 18, p. 203.

¹³⁹⁶ ¹³⁹⁶ Ibidem, p. 204-205. Nesse sentido, o autor considera que “a não fragilização imediata nem progressiva da autonomia de entes federados também deve ser tomada como parâmetro, sob nosso ponto de vista, para a limitação da possibilidade de reforma constitucional [...] a preservação da proporção entre o volume arrecadatário decorrente das bases atualmente vigentes e o decorrente da reforma que se pretenda implementar é elemento essencial para que a medida seja politicamente viável” (ibidem, loc. cit.). Veja-se a discreta inflexão no argumento de SEVERINI: a inviabilidade política da reforma que acarrete desproporção não coincide com a invalidade jurídica, a inconstitucionalidade. A par disso, e supondo que o impacto financeiro da reforma seja, de fato, a métrica da validade, surge um embaraço de difícil solução: fazer a constitucionalidade de uma norma depender de sua repercussão eficaz ao longo do tempo (ou de juízos probabilísticos acerca dessa eficácia) é incorporar ao juízo de validade elementos estranhos a conceitos e valores intranormativos, que permitem uma avaliação não condicionada à passagem do tempo e às contingências empíricas.

OSIRIS LOPES FILHO, ao comentar a PEC nº 233/2008¹³⁹⁷, adverte que a transferência de todas as competências legislativas do ICMS para o órgão nacional seria uma afronta inadmissível à cláusula pétrea¹³⁹⁸. O fundamento de sua conclusão deriva de “o cumprimento das atribuições e competências outorgadas pela Constituição a cada ente federado depende, substancialmente, de haver recursos necessários para suportar as despesas que lhe dão efetividade de realização”¹³⁹⁹. Nesse sentido, conclui o autor sobre a cláusula pétrea que “a proibição é mais radical do que a pura abolição. As emendas, ainda que não prevejam claramente, mas que, pelo conteúdo, representem ameaça à existência da federação, isto é, tendentes a abolir a federação, não podem sequer ser votadas”¹⁴⁰⁰.

Para RICARDO LODI RIBEIRO, no federalismo instituído pela Constituição de 1988, “a simples transferência constitucional do produto da arrecadação dos impostos federais para os Estados não garante a auto-administração, haja vista que o exercício das competências materiais conferidas aos Estados não pode depender exclusivamente do exercício da competência tributária da União”¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁷ Pela proposta apresentada, toda a legislação do principal imposto do Brasil – o ICMS, em arrecadação e abrangência, pois abarca todas as operações de circulação de mercadoria e as duas principais prestações de serviços, transporte e comunicações, em país de dimensões continentais – vai ficar concentrada na União. A lei estadual a respeito do ICMS limitar-se-á a repetir a lei complementar federal.

¹³⁹⁸ Cf. LOPES FILHO, Osiris. *Reforma tributária agride a Constituição e a federação*. Disponível em: <http://www.correiocidadania.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1546:manchete120308&catid=15:osiris-lobes-filho&Itemid=93> Acesso em: 16 jan. 2012.

¹³⁹⁹ Ibidem.

¹⁴⁰⁰ Ibidem.

¹⁴⁰¹ Cf. RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Federalismo fiscal e reforma tributária*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 15 ago. 2012. Para o autor, “Já nas federações, os entes autônomos possuem competências tributárias próprias capazes de garantir o custeio de suas despesas, restando às transferências tributárias de tributos federais como um mecanismo, tão caro ao federalismo assimétrico, de compensação financeira destinada a superar a desigualdade entre Estados e garantir a autonomia e independência da federação e dos Estados” (ibidem). Sobre a cláusula pétrea, afirma que “é forçoso reconhecer não ser necessário, para que se considere violada uma cláusula pétrea, que uma emenda revogue expressamente o direito individual, basta uma que fira o núcleo essencial do direito. Da mesma forma, a emenda para ferir a cláusula pétrea da Federação não precisa declarar abolida a Federação, basta que atende contra a autonomia dos Estados, inviabilizando sua capacidade de autogoverno e auto-administração” (ibidem). A propósito de benefícios fiscais, LODI RIBEIRO salienta: “Quanto aos benefícios fiscais, que hoje são aprovados através de convênios entre todos os Estados, passam a ser vedados no ICMS cobrado pelos Estados. Assim, a proposta retira dos Estados e do Distrito Federal a competência sobre o ICMS, atribuindo-a à União, ferindo a cláusula pétrea da Federação, a medida que subtrai dos primeiros a possibilidade de definir regras a respeito de tributo responsável pela quase totalidade de sua arrecadação. Poderia ser objetado a essa conclusão o argumento de que os Estados já sofriam limitações à sua

Sobre a autonomia financeira, FLÁVIO BAUER NOVELLI sustenta que *“tem, sim, como se percebe, o seu fundamento material e sua verdadeira medida na distribuição da competência legislativa (autonomia normativa) em matéria tributária, ou seja, na atribuição, diretamente pela Constituição Federal, de poderes impositivos próprios e de fontes de receita independentes e adequadas, respectivamente à União e às entidades federadas”*¹⁴⁰².

SALETE ORO BOFF, ao abordar questão envolvendo a autonomia financeira e a cláusula pétrea, conclui que, sendo parte da autonomia dos entes federativos, *“emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica ‘tendência’ a abolir a forma federativa de Estado e, por conseguinte, não poderá ser matéria de reforma constitucional”*¹⁴⁰³.

competência, no que tange ao ICMS, impostas pelo próprio constituinte originário. Porém, convém não se olvidar que cabe ao constituinte originário estabelecer o Pacto Federativo e, no exercício desse mister, estabelecer exceções ao exercício pleno das competências tributárias. Já o constituinte derivado não tem a mesma liberdade no que tange a essas exceções” (Cf. RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Federalismo fiscal e reforma tributária*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 15 ago. 2012.). Ademais, as regras estabelecidas pelas propostas de emendas constitucionais radicalizam sobremaneira tais limitações chegando mesmo a suprimir a competência tributária dos Estados relativamente ao ICMS. Hoje, um consenso entre os Estados viabiliza a isenção. Nos projetos em comento inexistente até mesmo essa possibilidade que, embora estreita, respeita a autonomia dos Estados. E, *“Além do mais, hoje os Estados guardam ainda uma certa discricionariedade legislativa para estabelecer alíquotas diferenciadas em razão da essencialidade da mercadoria. Com a aprovação das referidas propostas, tais distinções serão estabelecidas pela União”* (ibidem). Segundo o autor, *“Ocorre que nas propostas hoje em discussão, com vistas ao aumento das limitações ao exercício da competência pelos Estados no que tange ao ICMS, inspiradas no combate à ‘guerra fiscal’, há uma verdadeira supressão da competência tributária dos Estados, que passam a ser tão somente titulares da capacidade tributária ativa e destinatários de parte da arrecadação do tributo. [...] Na sistemática desse ICMS nacional, a competência para legislar sobre o tributo seria também da União, através de lei complementar. O regulamento do imposto também seria elaborado pela União. Aos Estados caberia a fiscalização e a arrecadação do imposto, sem prejuízo da fiscalização suplementar da União”* (ibidem).

¹⁴⁰² Cf. NOVELLI, Flávio Bauer. Norma constitucional inconstitucional? – a propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93. *Revista de Direito Administrativo*, n. 199, 1993, p. 124. Continua BAUER NOVELLI: *“Ela tem sim, como se percebe, o seu fundamento material e sua verdadeira medida na distribuição da competência legislativa (autonomia normativa) em matéria tributária, ou seja, na atribuição, diretamente pela Constituição Federal, de poderes impositivos próprios e de fontes de receita, independentes e adequadas, respectivamente, à União e às unidades federadas”* (ibidem, p. 124).

¹⁴⁰³ Cf. BOFF, Salete Oro. *Reforma tributária e federalismo: entre o ideal e o possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 92. Prossegue SALETE BOFF: *“A Federação, como pertencente a essa seção [das cláusulas pétreas da Constituição], garante a permanência da autonomia dos estados federados, assentada na capacidade de legislar, de auto-organização, de autogoverno e auto-administração, na repartição das competências e na igualdade de representação entre os estados no Senado Federal. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica ‘tendência’ a abolir a forma federativa de Estado e, por conseguinte, não poderá ser matéria de reforma constitucional”* (ibidem, p. 92).

Ao tratar da alteração da competência estadual para o ICMS, com a criação de um IVA federal¹⁴⁰⁴, a autora chega à conclusão que, mesmo que não ocorra a redução do nível de arrecadação dos Estados, haveria inconstitucionalidade¹⁴⁰⁵, porquanto a retirada da competência exclusiva dos Estados para autorregular o ICMS afrontaria o princípio constitucional da autonomia, esta entendida de forma ampla e nela incluído, necessariamente, o poder de autolegislação ou autonormatização¹⁴⁰⁶. Em síntese, conclui que *“reduzir a competência tributária dos Estados-Membros significa reduzir a capacidade legislativa [...] Assim, Proposta de Reforma Tributária que retire dos Estados a competência para legislar sobre o ICMS, significa a redução da autonomia legislativa e, por conseguinte, contraria o princípio federativo”*¹⁴⁰⁷.

A propósito da gradação na autonomia dos entes periféricos, ou seja, no tocante ao fato de a autonomia constituir uma qualidade que se mede em graus ou intensidades, e não de modo “tudo ou nada”, HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO afirma que *“existe um grau mínimo abaixo do qual não se pode falar sequer de autonomia, e se tem um Estado unitário com alguma desconcentração política, e não um Estado federal, ainda que a Constituição assim o denomine”*¹⁴⁰⁸. Sobre a criação de um tributo federal com receita compartilhada, o autor assim se manifesta: *“essa segunda técnica, como já acenamos, também não é perfeita. Tem a desvantagem de tirar dos entes periféricos a autonomia quanto à instituição do tributo. É o ente central que escolhe se criará o tributo, qual será sua alíquota, se concederá isenções, se lhe imprimirá função extrafiscal etc. É por isso que, para a saúde da federação, tais técnicas devem ser adotadas em conjunto”*¹⁴⁰⁹.

Para DALMO DE ABREU DALLARI, uma vez que dar competência é o mesmo que atribuir encargos, é indispensável que se assegure a quem tem os encargos uma fonte de rendas

¹⁴⁰⁴ SALETE ORO BOFF estuda a PEC nº 175/1995.

¹⁴⁰⁵ Cf. BOFF, Salete Oro. *Reforma tributária e federalismo: entre o ideal e o possível*, p. 182.

¹⁴⁰⁶ Ibidem, p. 183-184.

¹⁴⁰⁷ Ibidem, p. 183-184.

¹⁴⁰⁸ Cf. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética, 2005.

p. 34.

¹⁴⁰⁹ Ibidem, p. 53-54.

suficientes; caso contrário, a autonomia política se torna apenas nominal, já que não pode agir, e agir com independência, quem não dispõe de recursos próprios¹⁴¹⁰.

Ao tratar sobre federalismo fiscal, ROGÉRIO LEITE LOBO assevera que “*a real e efetiva autonomia dos entes federativos [depende da] disponibilidade de rendas suficientes e para fazer frente às competências que lhes tenham sido conferidas, com a garantia de recebimento incondicionado dos recursos*”¹⁴¹¹. Em seguida, o autor aduz: “*daí a imprescindibilidade de uma criteriosa repartição das competências tributárias originárias entre os entes federativos, propiciando, de início, uma massa crítica de rendas próprias, de preferência suficientes ao adimplemento direto das atribuições constitucionalmente cometidas a cada ente autônomo, mediante a técnica chamada ‘divisão horizontal de rendas’, a qual ‘consiste em reservar certa matéria tributável a um poder [União ou Estado-membro (ou Município)] que dela aufere recursos exclusivos*”¹⁴¹².

JOSÉ AFONSO DA SILVA também defende essa posição, ao afirmar expressamente que “*viola a auto-administração do Estado uma emenda constitucional que suprima ou reduza sensivelmente as suas competências tributárias, uma vez que, como vimos, a competência para arrecadar tributos próprios é ínsita à idéia de auto-administração*”¹⁴¹³.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO segue na mesma trilha, ao afirmar que a existência de autonomia depende da suficiência de recursos, correlatos às atribuições, afirmando que daí surge o problema da repartição de competências¹⁴¹⁴. Nas palavras do autor, “*A existência real da autonomia depende da previsão de recursos, suficientes e não sujeitos a condições, para que os Estados possam desempenhar suas atribuições. Claro que tais recursos hão de ser correlativos à extensão dessas atribuições. Se insuficientes ou sujeitos*

¹⁴¹⁰ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do estado*, p. 259. No mesmo sentido, GILMAR MENDES mostra que o exercício da autonomia do Ente só se torna possível se houver, igualmente, uma repartição constitucional de rendas a possibilitar que os Estados-membros disponham de recursos para desempenhar as tarefas que lhes cabem, de acordo com o desenho do Estado Federal (cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 828-832).

¹⁴¹¹ Cf. LOBO, Rogério Leite. *Federalismo fiscal brasileiro: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa*, p. 68.

¹⁴¹² Cf. SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Contribuições e federalismo*, p. 80.

¹⁴¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 105.

¹⁴¹⁴ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.78.

a condições, a autonomia dos Estados-Membros só existirá no papel em que estiver escrita a Constituição. Daí o chamado problema da repartição de competências”¹⁴¹⁵.

BETINA TREIGER GRUPENMACHER também adota essa posição, ao analisar que a retirada da competência para legislar sobre o ICMS “*afronta o Princípio Federativo já que viola a autonomia que os Estados possuem para legislarem relativamente aos tributos de sua competência impositiva*”¹⁴¹⁶.

JOSÉ ROBERTO VIEIRA complementa a ideia da autora: “*E diga-se o mesmo desse ICMS Nacional, que, criando, imaginativamente, uma competência tributária conjunta dos estados e do Distrito Federal, em detrimento da atual competência privativa; e subtraindo-lhes, com cinismo e desfaçatez, tanto ‘o instituir’ quanto ‘o demais legislar e regulamentar’, solapa-lhes, atrevida e descaradamente, a autonomia, pondo por terra o Princípio da Federação, outro dos nossos cânones constitucionais imutáveis (Constituição, artigo 60, § 4º, I)!*”¹⁴¹⁷.

ARMENIO DE OLIVEIRA DOS SANTOS¹⁴¹⁸, após percorrer os debates da dogmática constitucional atinentes aos assuntos ora tratados, procura oferecer uma análise prática sobre a constitucionalidade da proposta de emenda constitucional¹⁴¹⁹ relativa à reforma

¹⁴¹⁵ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.78.

¹⁴¹⁶ Cf. GRUPENMACHER, Betina Treiger. Sistema tributário e reforma. Eficiência x direitos e garantias fundamentais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Tributação e desenvolvimento – homenagem ao Prof. Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 90.

¹⁴¹⁷ Cf. VIEIRA, José Roberto. Direitos fundamentais e reforma tributária: esse obscuro e ardiloso objeto do desejo. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Tributação e desenvolvimento – homenagem ao Prof. Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 372). E continua o autor: “*E mais: a exposição de motivos da proposta de reforma também alude ‘[...] ao objetivo de melhorar o modelo federativo brasileiro [...]’, declarando perseguir ‘[...] o fortalecimento das relações federativas’; não obstante promova uma radical centralização das normas do ICMS, num manifesto assalto à autonomia dos estados e numa flagrante violação do próprio Princípio Federativo, cujo robustecimento afirma buscar!*” (cf. VIEIRA, José Roberto. Direitos fundamentais e reforma tributária: esse obscuro e ardiloso objeto do desejo. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Tributação e desenvolvimento – homenagem ao Prof. Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 372-373).

¹⁴¹⁸ Cf. SANTOS, Armenio de Oliveira dos. *Limites do poder de reforma da Constituição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

¹⁴¹⁹ Seu objeto é, especificamente, a Proposta de Emenda Constitucional nº 233/2008, cuja ementa é a seguinte: “*Simplifica o sistema tributário federal, criando o imposto sobre o valor adicionado federal (IVA-F), que unificará as contribuições sociais: ‘Cofins, Pis e Cide-combustível; extingue e incorpora a contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) ao imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ); estabelece mecanismos para repartição da receita tributária; institui um novo ICMS que passará a ter uma*

tributária¹⁴²⁰. O teórico conclui que “na prática [a reforma] está retirando autonomia dos Estados de decidirem em comum acordo sobre um tributo que é seu, ferindo mais uma vez o pacto federativo”¹⁴²¹. A propósito do redimensionamento do ICMS como instrumento de combate à guerra fiscal, observa que “este reequilíbrio não pode ser feito à custa de retirar a autonomia dos entes federados estaduais, embora se reconheça que é muito difícil alcançar este objetivo sem um pouco de perda desta autonomia”¹⁴²².

JOSÉ MARCOS DOMINGUES¹⁴²³ mostra sua contrariedade em relação a essa tendência de concentração do poder, alertando “que por emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado devem-se considerar também aquelas que constriam ou inviabilizem materialmente o exercício das tarefas dos entes federados, desde a União até o Município”¹⁴²⁴. O autor conclui a análise advertindo que a “restrição à tributação local e redução dos fundos de participação, sem a concomitante diminuição das tarefas constitucionais dos Estados e Municípios, parece ser o que mais têm feito as Emendas Tributárias após 1988”¹⁴²⁵.

legislação única, com alíquotas uniformes, e será cobrado no estado de destino do produto; desonera a folha de pagamento das empresas, acaba com a contribuição do salário-educação e parte da contribuição patronal para a Previdência Social. Altera a Constituição Federal de 1988. Reforma Tributária”.

¹⁴²⁰ Cf. SANTOS, Armenio de Oliveira dos. *Limites do poder de reforma da Constituição*, p. 97. Afirma ARMENIO DE OLIVEIRA DOS SANTOS que “a análise que precisa ser feita é sobre as suas [da PEC] inconstitucionalidades [...] o que precisa ser visto também é se esta adequação [trazida pela reforma tributária] não vai ferir direitos e garantias fundamentais dos contribuintes e o pacto federativo, questões estas que devem ser absolutamente preservadas, até porque são cláusulas pétreas” (ibidem, loc. cit.). No princípio de sua análise, antecipa a conclusão que resultará dos argumentos que vai expor: “A proposta de Emenda Constitucional enviada ao Congresso Nacional pelo Governo Federal sem dúvida traz alguns avanços para a melhoria do complexo Sistema Tributário Nacional, mas também apresenta alguns problemas do ponto de vista de constitucionalidade, de perda de direitos dos contribuintes e de uma ainda maior concentração de recursos e de poder na União” (ibidem, loc. cit., p. 97).

¹⁴²¹ Ibidem, p. 99.

¹⁴²² Ibidem, p. 100.

¹⁴²³ Cf. DOMINGUES, José Marcos. Direitos fundamentais, federalismo fiscal e emendas constitucionais tributárias. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, v. 4, n. 4, 2004, p. 201. Ao analisar os efeitos perversos das emendas constitucionais tributárias sobre os direitos fundamentais dos contribuintes e sobre o federalismo, percebe que a tendência descentralizadora da Constituição de 1988 em matéria financeira, em favor dos Estados e, sobretudo, dos Municípios – o que, inclusive, levou à acusação de que o novo texto fundamental inviabilizou as finanças federais –, representou verdadeiro movimento de democratização da Federação. Em contrapartida, porém, nasceu “uma intensa movimentação federal no sentido do reforço do seu poder tributário, mercê do vilipêndio ao sistema tributário vigente” (ibidem, loc. cit.).

¹⁴²⁴ Ibidem, p. 203.

¹⁴²⁵ Ibidem, loc. cit.

Para FLAVIO BERTI, “parece então razoável entender que não poderia a Constituição Federal permitir a supressão futura de referidos poderes mediante a supressão e/ou flexibilização, ainda que tácita, do Princípio Federativo, permitindo por exemplo, a invasão indevida em competências legislativas, administrativas e até judiciárias. É defensável portanto, interpretar o Princípio Federativo enquanto ‘cláusula pétrea’ como norma dirigida ao legislador infra-constitucional de todas as entidades que compõe o pacto federal (Congresso Nacional, Assembleias Estaduais, Câmaras de Vereadores e Câmaras Distritais) e também ao Constituinte derivado, no sentido de impedi-los de desconstituir, ofender, macular, ameaçar ou simplesmente flexibilizar a divisão de competências estruturada na Constituição Federal e a correspondente atribuição de poder político (autonomia) feita em benefício de cada um dos entes federados”¹⁴²⁶.

O problema central, na verdade, reside na resposta às seguintes indagações: é a competência tributária um pressuposto de caracterização da autonomia financeira, ou sua existência está inserida no próprio conceito da autonomia das entidades federativas? Ambas se confundem na existência da competência tributária ou pode haver a autonomia financeira sem a competência tributária?

Sobre a possibilidade de haver federalismo sem competências tributárias próprias, há evidências empíricas poderiam sugerir de que isso seja verdadeiro, até porque há exemplos em outros países chamados de “federais”. Porém, a mera alusão às realidades políticas e às autodenominações não resolve o problema, que é de caráter interpretativo e normativo. A dúvida persiste, então, em duas questões: (i) saber qual seria a interpretação da cláusula pétrea tal qual formulada no texto constitucional brasileiro, isto é, se ela permitiria uma mudança brusca na divisão de competências; e (ii) saber se, no caso específico do Brasil, a retirada ou remodelação do ICMS desfiguraria ou não a forma federativa de Estado.

A partir do reconhecimento da insuficiência do direito tributário para responder a questões decorrentes do intrincado problema das cláusulas pétreas que de algum modo se relacionam à tributação, LUCIANO AMARO sugere algumas reflexões atinentes ao campo do

¹⁴²⁶ Cf. BERTI, Flávio de Azambuja. *Ofensa aos princípios federativo e da autonomia municipal mediante usurpação de competências tributárias*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2005. FLÁVIO BERTI analisa a PEC nº 41/2003.

direito constitucional¹⁴²⁷. Com o recurso a dois binômios recorrentes nas discussões do tema – poder constituinte originário e derivado; estabilidade e imutabilidade da Constituição –, AMARO identifica que a previsão de cláusulas pétreas para restringir a liberdade de reforma constitucional é concebida, idealmente, como ponto de equilíbrio entre os extremos da concessão total à mudança e a rejeição de qualquer tipo de alteração¹⁴²⁸.

Após comentários genéricos sobre os limites materiais trazidos pela Constituição de 1988, inclusive acerca do princípio federativo¹⁴²⁹, LUCIANO AMARO identifica “*um problema interessantíssimo que é o da discussão da constitucionalidade de emendas constitucionais*”¹⁴³⁰. Distante de simplesmente tangenciá-lo, o autor relata o primeiro caso pós-1988 levado ao STF no qual se discutiu a constitucionalidade de emenda¹⁴³¹, qual seja, a criação do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF) pela Emenda Constitucional nº 3/1993. Além de alegações relativas a ofensas aos princípios da anterioridade e da não cumulatividade, ao direito de propriedade e às imunidades em geral, a forma federativa é analisada da perspectiva da imunidade recíproca, pois a emenda que introduziu o IPMF excluía essa prerrogativa, de modo que Estados e Municípios deveriam pagar referida exação.

Sem oferecer uma versão própria de solução para o aludido caso, AMARO postula haver uma “*situação de extrema insegurança sobre o que pode e o que não pode, afinal, ser*

¹⁴²⁷ Cf. AMARO, Luciano. Cláusulas pétreas tributárias e o direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 21, 1997, p. 71-78. O texto consultado decorre de uma palestra proferida em junho de 1995 pelo professor citado, em Seminário intitulado “Temas Fundamentais de Direito Tributário”, o qual teve por mote a homenagem a Alfredo Augusto Becker e ocorreu em São Paulo, sob organização da Academia Brasileira de Direito Tributário e do Instituto (ABDT) dos Advogados de São Paulo (IASP).

¹⁴²⁸ Ibidem, p. 71-73.

¹⁴²⁹ O autor assevera: “*A forma federativa do estado é imutável, ou seja, só se transforma o Brasil em um país unitário por revolução, porque a Constituição não permite que nenhuma emenda nesse sentido possa ser aprovada [...] nós temos ainda os desdobramentos do princípio federativo; se a Federação é algo que tem que ser preservado, nós temos que preservar também a autonomia financeira, sem a qual não há autonomia administrativa, nem autonomia política dos entes federais, inclusive, no Brasil, os municípios. Por isso a Constituição dá fontes de recursos para os Estados e os Municípios, além daquelas outorgadas à União. A proteção do princípio federativo supõe a proteção das finanças da União, dos Estados e dos Municípios*” (ibidem, p. 73).

¹⁴³⁰ Ibidem, p. 74.

¹⁴³¹ Refere-se, provavelmente, à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 926, julgada antes da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939. Ambas as demandas versaram sobre a Emenda Constitucional nº 3/1993.

alterado por emendas constitucionais”¹⁴³². Os riscos para a certeza jurídica são apresentados em três outros exemplos: (i) se as emendas não podem criar mais exceções aos princípios tributários que aquelas já previstas no texto original da Constituição o – assim argumentou a maioria no STF sobre a exclusão da anterioridade no IPMF –, o princípio da proteção da propriedade seria violado caso a emenda introduzisse nova figura tributária?¹⁴³³; (ii) a revogação, pela própria Emenda nº 3/1993, do imposto municipal sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos (IVVC) e do adicional estadual do imposto de renda estaria “*afetando o princípio federativo, por retirar recursos das finanças dos Estados e dos Municípios?*”¹⁴³⁴; (iii) “*será que pode ser revogada a competência estadual para instituir o ICMS? Será que pode ser revogada a competência municipal para instituir o ISS dentro daquela idéia de criar um imposto que substituísse o IPI, o ICMS e o ISS? Ou isso será inconstitucional, pois implicará tirar a autonomia financeira e, portanto, a autonomia política dos Municípios e dos Estados?*”¹⁴³⁵.

O mérito do exame feito por LUCIANO AMARO está na acuidade para discernir as implicações práticas das cláusulas pétreas em face de possíveis intenções de realinhamento do sistema tributário, mesmo sem ter o autor oferecido qualquer construção dogmática capaz de reduzir a incerteza e orientar a provável decisão judicial sobre os casos conflituosos levantados. Em verdade, sua conclusão é feita em tom de crítica abrangente ao próprio instituto da cláusula pétrea, o qual não se coadunaria com os princípios da democracia e da autodeterminação de cada geração¹⁴³⁶.

As questões foram colocadas com precisão por LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO da seguinte maneira: “*Quantas competências seriam necessárias para manter a autonomia estadual?*

¹⁴³² Cf. AMARO, Luciano. Cláusulas pétreas tributárias e o direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 21, p. 75.

¹⁴³³ O autor afirma que, “*em rigor, o princípio da propriedade também não poderia ser afetado pela criação de novos tributos, mas apenas por aqueles que já estão na Constituição de 1988 [...] a criação de qualquer novo tributo poderá ser também questionada, como uma agressão, não prevista em 1988, ao princípio da proteção da propriedade*” (ibidem, p. 75). Esclareça-se que a inconstitucionalidade de eventual emenda com tal conteúdo não é a opinião de LUCIANO AMARO, que somente infere a possibilidade dessa consequência diante dos fundamentos adotados no julgamento da validade da Emenda nº 3/1993.

¹⁴³⁴ Ibidem, loc. cit.

¹⁴³⁵ Ibidem, loc. cit.

¹⁴³⁶ Ibidem, p. 77-78.

A busca da solução matemática certamente não seria correta. Mas até que ponto é possível diminuir a autonomia estadual, sem ferir o princípio federalista?”¹⁴³⁷.

De fato, não é a mesma coisa deter a competência para instituir um tributo e simplesmente receber parte da arrecadação de um tributo de competência e titularidade ativa de outro. Para ilustrar, pode-se citar a questão dos benefícios fiscais e a determinação da alíquota. Ademais, no caso brasileiro existe a possibilidade jurídica, questionada, mas não extirpada, no ordenamento pátrio de tais repasses serem objeto de retenção, em vista de inadimplência de pagamentos de dívida, o que é mais um fator negativo na troca da titularidade ativa da arrecadação de um tributo de tamanha importância.

Passa-se à análise da questão sob a ótica da metodologia escolhida, qual seja, o positivismo metódico-axiológico.

4.3 A Análise pela Ótica do Positivismo Metódico-axiológico

4.3.1 Função da Doutrina Jurídica

O encaminhamento dos problemas prático-jurídicos, em geral, e da apreensão do alcance da cláusula pétrea da forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, I da CF/1988), em especial, depende do cumprimento, pela doutrina jurídica, de sua função de assistência aos processos de aplicação do direito, de modo a criar condições de decidibilidade¹⁴³⁸ para os casos jurídicos cuja solução passa à distância da obviedade.

¹⁴³⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. O federalismo brasileiro, seus característicos e a vedação material contida no art. 60, parágrafo quarto, I. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *Doutrinas essenciais. Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. III, p. 137-150.

¹⁴³⁸ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 83-95.

A carência de atenção da reflexão jurídico-dogmática às possíveis implicações das reformas tributárias atinentes a problemas de validade e constitucionalidade aponta para a necessidade de uma reflexão teórica e metodologicamente fundada sobre o assunto, tal como se almeja propor neste trabalho.

Conforme as bases do positivismo jurídico metódico-axiológico, conscientemente eleitas e esboçadas de antemão¹⁴³⁹, vai-se formular uma proposta de construção do sentido jurídico da cláusula pétrea da forma federativa para, posteriormente, identificar situações práticas – efetivas ou hipotéticas – cuja resolução se pretende ofertar. Mais que somente descrever de modo analítico, propor e construir criticamente a partir do direito posto tal o desempenho orientativo da doutrina jurídica, ela própria acessório no combate ao subjetivismo judicial e, logo, no controle do poder de julgar¹⁴⁴⁰.

No tocante ao objeto de reflexão desta pesquisa, além do conceito de competência tributária¹⁴⁴¹, é imprescindível abordar, da perspectiva da positividade do direito, as ideias de federação e autonomia financeira, que se apresentam entrelaçadas. Por mais que essa autonomia, especialmente quando considerados os entes periféricos de uma federação,

¹⁴³⁹ Capítulo 1, item 1.5.

¹⁴⁴⁰ É exemplo de cumprimento adequado do compromisso prático da doutrina jurídica o trabalho de FERNANDO FACURY SCAFF sobre a compatibilidade entre as emendas que introduziram sucessivos mecanismos de desafetação de receitas tributárias (“*emendas [que], em linhas gerais, desvincularam parcela dos recursos arrecadados pela União, possibilitando seu uso em outras finalidades que não aquelas constitucionalmente previstas*”) e as normas do texto constitucional originário. Após apontar a relevância do princípio da afetação para as contribuições e enquadrar essa espécie tributária como instrumento de promoção dos direitos sociais, relata as normas que preveem a vinculação dos recursos e, também, as prescrições liberatórias dessas restrições finalísticas. Põe diante de si os desafios (“*Terá sido constitucional esta desvinculação de valores por parte das referidas emendas constitucionais? O afastamento desta receita das finalidades constitucionalmente estabelecidas violou o princípio da afetação da receita de contribuições e o da liberdade de conformação do Legislador, pois a este disponibilizou meios financeiros mais restritos do que aqueles que a Constituição originalmente atribuiu? Terão sido apreciadas estas emendas constitucionais sob a ótica da Supremacia da Constituição?*”), sem hesitar em confrontá-los de modo franco, tanto que alcança conclusão peremptória: “*O procedimento adotado através destas emendas constitucionais acarretou a utilização de verbas vinculadas (afetadas) a uma destinação para outros fins que não aqueles constitucionalmente previstos, e que, in casu, afetaram vastamente a concretização dos direitos humanos (ou, como deseja parte da doutrina, dos direitos fundamentais sociais) por falta de recursos para sua implementação, destinados a outras finalidades [...] o fato de serem emendas constitucionais não afasta a inconstitucionalidade flagrante decorrente da agressão aos direitos humanos de segunda geração (direitos fundamentais sociais) fruto do afastamento de recursos fiscais constitucionalmente destinados a educação, saúde e seguridade social*” (cf. SCAFF, Fernando Facury. A desvinculação de receitas da União (DRU) e a supremacia da Constituição In: SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio G. Moreira. *Justiça Constitucional e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 96, 97/112-113).

¹⁴⁴¹ A discussão aprofundada dos aspectos normativos e conceituais da competência tributária foi feita no item 4.1.3.

constitua uma qualidade que se mede em graus ou intensidades, e não de perfil “tudo ou nada” (tem-se ou não se tem), é obrigatório pressupor que existe um grau mínimo abaixo do qual não se pode mais ter autonomia (e, por conseguinte, nem de federação autêntica; no máximo, e poderia haver uma organização estatal de tipo unitário com alguma desconcentração política ou, a fim das contas, uma mera “federação nominal”).

Não se pode fugir à discussão dos elementos verdadeiramente decisivos: qual é o conceito jurídico de autonomia financeira? Qual é o “pisso” da autonomia financeira a ser observado para que se possa falar em Estado Federal autêntico? Por que caminho seguir para solver as dúvidas apontadas? Para mostrar a dificuldade do empreendimento, basta recordar FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, para quem “*o conceito de federalismo não é de conteúdo certo. Não é categoria jurídica, como ‘usufruto’, ‘hipoteca’ e ‘imposto’*”¹⁴⁴². À ideia de federação aplicam-se as palavras de FREDERICK SCHAUER: “*a textura aberta é essa característica indelével da linguagem, a consequência do confronto entre uma linguagem fixa e um mundo desconhecido em constante mudança*”¹⁴⁴³. A seguir, apresentam-se algumas considerações em réplica às questões levantadas.

4.3.2 Primazia do Direito Positivo

Em consonância à primeira subtese distintiva do positivismo metódico-axiológico¹⁴⁴⁴, o horizonte adequado de reflexão da ciência jurídica é o direito positivo, acoplado aos princípios, valores e bens veiculados pelas próprias normas postas. Disso decorrem suas consequências importantes para a construção do conceito jurídico de federação: (i) em vista da recusa de todo e qualquer tipo de ontologismo, restam afastadas teorias de índole jusnaturalista movidas pela suposição da viabilidade de alcançar um conteúdo essencial,

¹⁴⁴² Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 268.

¹⁴⁴³ Cf. SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: OUP, 1998. p. 36.

¹⁴⁴⁴ Cf. Capítulo 1, item 1.5.2.1.

inato da ideia de federação – e, no contexto dessa ideia, também da noção de autonomia financeira –; não há uma moral unívoca e superior, aplicável universalmente a todas as organizações políticas concretas, capaz de simplesmente desdobrar, de cima para baixo, alguma visão absoluta do conceito de Estado Federal; (ii) a rejeição de reduzir o sistema jurídico à realidade empírico-factual importa a total impossibilidade de cingir a ideia de federação ao que é concebido e praticado em cada circunstância histórico-social; a própria normatividade do direito positivo e seu caráter contrafactual levam a afastar qualquer posição leniente ou concessiva que permita ver a forma federativa em todo e qualquer arranjo que possua alguma desconcentração do poder e adote essa denominação; o direito positivo, com suas normas e conceitos, prescreve padrões de conduta e organização às práticas sociais, sem que estas possam, segundo os termos em que se desenvolvem, definir o lícito e o ilícito.

Conclui-se, assim, que o monismo que marca a teoria do positivismo metódico-axiológico, sintetizada na adesão prioritária ao direito positivo, assume que a criação político-democrática das normas envolve a seleção de valores relativos e plurais, mediante os órgãos competentes segundo a Constituição.

O primeiro passo a ser dado, agora, é identificar os fragmentos jurídico-positivos que remetem às ideias de federação e autonomia. Nos termos da Constituição de 1988, encontram-se os seguintes indícios: a união indissolúvel da República Federativa (art. 1º); a pluralidade dos entes constitutivos da República Federativa – União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 18); a repartição das competências (arts. 22, 23 e 24); a autonomia constitucional e os poderes reservados aos Estados (art. 25 § 1º); a autonomia e o poder de auto-organização dos Municípios (art. 29); a intervenção federal e a intervenção estadual (arts. 34 a 36); a organização bicameral do Poder Legislativo e a participação dos Estados na formação da vontade nacional (arts. 44, 45 e 46); a permanência da federação, insuscetível de proposta de reforma tendente a aboli-la (Constituição, art. 60, § 4º, I); a existência de um Supremo Tribunal Federal, para exercer a guarda da Constituição e julgar os conflitos federativos entre as pessoas políticas (art. 102, I, *f*); a autonomia financeira, concretizada pela repartição de competência tributária da União, dos Estados, do Distrito

Federal e dos Municípios (arts. 145, 153, 155 e 156); a dualidade do Poder Judiciário, cindido em Justiça Federal e Judiciários Estaduais (arts. 106 e 125).

Percebe-se, com facilidade, a prioridade fundamental conferida pelo direito positivo brasileiro à forma federativa e às múltiplas expressões de autonomia dos entes subnacionais. São diversas normas específicas que, concatenadas sob o argumento sistemático da coerência¹⁴⁴⁵, fazem da Federação um princípio estruturante do Estado e dotado de eficácia dirigida às pessoas públicas e privadas, cujo dever compreende imprimir máxima realização aos elementos componentes da forma federativa. O próprio argumento da constância terminológica¹⁴⁴⁶ implica a ilação de que a Federação é, nos termos do direito constitucional vigente, tomada como maximização da autonomia dos entes periféricos, dada a reiteração de menções à Federação e à autonomia (ou vocábulos derivados) para aludir aos poderes não usurpáveis de Estados e Municípios.

A aplicação do argumento topográfico (ou topológico)¹⁴⁴⁷, ligado ao método literal de interpretação, reforça as conclusões ora expostas. O posicionamento dos textos em dado documento normativo aponta para o significado e a força eficaz das normas jurídicas deles extraídas. A alusão à forma federativa em *loci* especiais como o preâmbulo, o primeiro artigo entre os princípios fundamentais e o rol de elementos irreformáveis do texto constitucional finda por confirmar a prioridade conferida pelo poder constituinte originário aos valores àquela promovidos, de modo a não ter o poder reformador da Constituição uma *carte blanche*, com frequência influenciado por interesses político-econômicos triviais e setorizados, para ignorar as seleções axiológicas feitas.

PAULO DE BARROS CARVALHO argumenta na mesma linha: “*Tanto o princípio republicano quanto o princípio federativo são os alicerces necessários da presente formação do Estado brasileiro [...]. a despeito de se apresentarem no mesmo Diploma e, portanto, serem normas de sobrenível, os princípios adquirem diferentes relevâncias na formulação do sentido completo normativo. E os postulados da federação e da República exercem, no direito positivo brasileiro, função determinante. Tal conclusão se depura de vários*

¹⁴⁴⁵ Cf. Capítulo 1, itens 1.5.2.4 e 1.5.2.6.1.

¹⁴⁴⁶ Cf. Capítulo 1, item 1.5.2.6.1.

¹⁴⁴⁷ Cf. Capítulo 1, item 1.5.2.6.1.

fatores: (i) na atual Constituição, esses princípios se manifestam expressamente no art. 1º, marca do início do ordenamento jurídico vigente; (ii) além disso, por diversas vezes, repete-se preceito em outras formulações normativas, explícita ou implicitamente; e, por fim; (iii) a forma federativa de Estado encontra-se garantida entre as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da Carta Maior, não podendo ser, portanto, objeto de emenda constitucional”¹⁴⁴⁸.

Sob o ângulo do método histórico ou genético de interpretação jurídica, é suficiente anotar que o texto constitucional de 1988 simbolizou o retorno do federalismo autêntico à República brasileira, assaltada por uma forma federal meramente simulada, verdadeira centralização e concentração do poder autointitulada, ironicamente, “federalismo de integração”. Ora, a inserção da positividade constitucional no curso histórico brasileiro mostra que a força de contracorrente do pacto de 1988 esteve em devolver aos Estados-membros os poderes autônomos sufocados na experiência constitucional anterior. Seja pela confrontação das normas de direito positivo da Constituição atual em face das anteriores, seja pela mensagem deixada pelo próprio espírito constituinte pré-1988, percebe-se sem maior óbice a condição indispensável da manutenção e reforço das autonomias locais em prol da garantia da Federação enquanto modelo organizativo.

O argumento apagógico¹⁴⁴⁹, com base no qual são reputadas inaceitáveis as interpretações e construções conceituais conflitantes com os valores centrais do sistema jurídico, vem a calhar como instrumento crítico das diversas visões¹⁴⁵⁰ que entendem possível conceber a ideia de autonomia financeira de modo desvinculado ou indiferente à existência de competências tributárias privativas. Como assegurar alguma autonomia em matéria de recursos públicos se, em uma atitude relativista, relega-se a plano secundário o mais efetivo meio de exercício de poder para o fim que a própria Constituição visa promover? Como aceitar formas substitutivas de obtenção de rendas que, sabidamente, condicionam a disponibilidade e a suficiência das finanças estaduais a condutas e decisões da União? As

¹⁴⁴⁸ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. A concessão de isenções, incentivos ou benefícios fiscais no âmbito do ICMS. In: CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Guerra fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS*.

¹⁴⁴⁹ Cf. Capítulo 1, item 1.5.2.6.1.

¹⁴⁵⁰ Cf. item 4.2 deste Capítulo.

visões apontadas, que minimizam, no plano conceitual, a autonomia financeira como fim a ser promovido em máxima extensão, devem ser excluídas, porque não se coadunam com a relevância sistemática do princípio federativo na Constituição de 1988.

O sobre-reconhecimento da estrutura federal no direito constitucional positivo brasileiro faz do ideal federativo algo mais que mera utopia ou meta desejável; trata-se de autêntico *princípio jurídico*, norma de direito positivo incumbida de difundir valores objetivos com caráter vinculante para todo o sistema jurídico – órgãos produtores e aplicadores de normas – e a generalidade dos destinatários. Pelo *status* peculiar de princípio, a forma federativa obriga à sua observância máxima e à efetividade reforçada valores que afirma, além de bloquear toda conduta em sentido contrário ao seu âmbito normativo (abrangência máxima, próxima à concretização de todos os elementos da Federação) e, em especial, ao seu conteúdo essencial (alcance mínimo, limiar que separa a presença e a ausência de uma Federação fidedigna).

A consideração da especificidade da Federação como princípio jurídico-positivo encaminha o raciocínio à busca da estratégia interpretativa para compreender o sentido e as consequências práticas daquela norma. No âmbito do positivismo metódico-axiológico, o método sistemático oferece o *argumento da conformidade aos princípios*, segundo o qual a interpretação de um enunciado específico deve guardar adequação material aos valores veiculados pelos princípios constitucionais. No tocante à proposição específica do artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, o intérprete que pretenda compreender referida cláusula pétrea em conformidade às opções valorativas da Constituição deve conceder uma prioridade especial e forte às ideias de federação e autonomia, bem como a todas as aplicações específicas que puderem ser inferidas dessas ideias.

Não se autoriza ignorar que, para muitos enunciados jurídicos, a construção interpretativa depende do recurso a uma doutrina sobre regimes jurídicos ou conceitos gerais, em face da escassez de elementos mais específicos nos próprios materiais jurídicos resultantes da positivação; em termos simples, recorre-se a um “*argumento sistemático-conceitual* ou *dogmático*”. São exemplos desses todas as construções doutrinárias dedicadas a estipular as notas integrantes dos conceitos de federação e autonomia financeira.

Contudo, a aceitabilidade dessas doutrinas está submetida à coerência sistêmica com o direito positivo e o respeito aos valores democraticamente afirmados pelo legislador político – no caso, o poder constituinte originário. A conclusão é peremptória: argumentações da dogmática jurídica que assumam, por pressuposto, o princípio federativo em intensidade eficaz menor que a conferida pela Constituição não podem ser consideradas justificadas, pois sobrepõem as opções particulares dos doutrinadores às valorações objetivas postas em nível constitucional. Mais que o mero valor de face da forma federativa, é o seu valor de fundo e a relevância no sistema constitucional – geral e tributário – que devem, porque decorrentes do direito positivo, ser tomados como premissas de qualquer análise.

A autonomia financeira, corolário do princípio federativo, apresenta-se, da perspectiva da tipologia das normas¹⁴⁵¹, como um *objetivo de valor constitucional* (ou *norma-objetivo*), ao passo que consiste em um fim particular cujo dever de promoção resulta da própria enunciação constitucional. Aos legisladores e demais elaboradores de políticas, referido fim constrange as possibilidades de decisão e somente lhes confere a margem de escolha – não total, mas submetida a parâmetros de necessidade, adequação e eficiência – dos meios a serem aplicados em vista da finalidade.

No campo dos objetivos e fins constitucionais, o positivismo metódico-axiológico municia o intérprete e o aplicador com o *método finalístico* ou *teleológico*, o qual supõe as normas jurídicas positivas como meios para a realização, em caráter obrigatório, de fins significativos para o sistema jurídico. Em termos operativos, o método teleológico vale-se, como fora observado antes¹⁴⁵², do *argumento especificamente teleológico* (a melhor interpretação é a que oferece o ajuste mais adequado entre sentido normativo e fins do ordenamento), do *argumento equitativo* (ao interpretar, deve-se selecionar o sentido mais conducente à igualdade, ou aquele menos prejudicial a ela) e do *argumento econômico* (priorizam-se as interpretações que mais estimulam a eficiência econômica).

¹⁴⁵¹ Cf. Capítulo 1, item 1.5.2.3.

¹⁴⁵² Cf. Capítulo 1, item 1.5.2.6.1.

A visão inicial da autonomia financeira como conjunto máximo de poderes extensos conferidos aos entes subnacionais não apenas funciona como garantia do fim de maximização da descentralização política, mas alberga uma série de outros objetivos constitucionais igualmente relevantes. Como será observado adiante, o argumento equitativo é utilizado para defender tanto a concepção mais ampla quanto a mais restrita da autonomia financeira. O argumento econômico, por sua vez, é uma das pedras de toque da crítica à descentralização forte intencionada pelos autores da Constituição de 1988.

Para além dos métodos gerais de interpretação jurídica, é necessário enfrentar as peculiaridades da interpretação constitucional. O primeiro desafio está em lidar com textos normativos cujo modo de enunciação implica um alto grau de flexibilidade e abertura, de modo a inviabilizar a “domesticação” dessas características pelo expediente do método literal. A saída do positivismo jurídico metódico-axiológico à elevada ou ductilidade da linguagem constitucional está na busca permanente da “segurança jurídica da constitucionalidade”, realizada mediante a conciliação entre os valores básicos de segurança – certeza, confiança, previsibilidade – e a afirmação crescente dos fins prescritos pela Constituição. O robustecimento das normas e valores constitucionais combina-se ao que se pode denominar “*princípio interpretativo da preservação máxima da constitucionalidade*”, o qual inclui “*a preservação das competências, regras de organização e dos direitos e poderes estabelecidos no texto supremo*”¹⁴⁵³. Em face da plasticidade dos enunciados da Constituição, referido princípio proporciona a objetivação dos significados atribuídos, pois impõe um compromisso com os valores institucionalizados no direito positivo, sem espaço para a proclamação de preferências pessoais dos agentes políticos e jurídicos.

Infere-se, pois, que resguardar a Constituição para conferir-lhe efetividade e aumentar-lhe relevância prática é tarefa que não pode prescindir da asseguuração das competências conferidas aos Estados-membros – mormente as competências tributárias, que lhes socorrem na obtenção da autonomia financeira – e da conservação das regras de

¹⁴⁵³ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 286.

organização política, entre as quais consta, em primeiro plano, a forma federativa de Estado¹⁴⁵⁴.

Ainda no cenário da interpretação especificamente constitucional, o antes aludido “*princípio do diálogo ou do universalismo*”¹⁴⁵⁵ exclui qualquer exclusivismo de um grupo ou instituição para a definição do sentido dos textos normativos constitucionais. A interpretação constitucional faz-se de modo comunitário e plural, pois todos têm vez para dar sua palavra e tentar afirmar sua visão específica sobre os poderes, direitos e deveres decorrentes da posituação. A despeito das benesses do dialogismo interpretativo, não se pode afastar a necessidade, para fins de ordenação social e segurança jurídica, de um órgão dotado do poder último para interpretar a Constituição. No caso brasileiro, esse órgão é o Supremo Tribunal Federal (STF), por força do artigo 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Não cabe, portanto, ao Congresso Nacional, investido do poder reformador da Constituição, arrogar-se na função de intérprete autêntico da cláusula pétrea da forma federativa. Além disso, a guarda da Constituição obriga o STF à observância do “princípio interpretativo da preservação máxima da constitucionalidade” e de suas decorrências específicas, sob pena de descumprir de seu encargo mais fundamental.

4.3.3 Valores Internalizados e Relativismo Axiológico

A teoria do positivismo metódico-axiológico, sem embargo da aderência forte ao direito posto, não abdica do reconhecimento dos valores como elementos relevantes da discussão

¹⁴⁵⁴ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 164. Segundo HELENO TAVEIRA TORRES, “*Na atualidade, fazem parte do Estado as notas típicas do Estado Constitucional, a supremacia da Constituição, as garantias de liberdades, propriedade e igualdade, os direitos fundamentais, a jurisdição constitucional, a separação de poderes, a sujeição à legalidade dos atos administrativos, as garantias em relação ao Estado, o federalismo, a transparência das competências, a organização funcional dos poderes públicos, a segurança jurídica, a proteção da confiança e a proporcionalidade [...]. Estes são, nos dias que seguem, os reais e concretos fins objetivos do Estado. Sem medo de redundância, poderíamos afirmar que a síntese da segurança jurídica deve ser a concretização dos valores que concorrem para a continuidade axiológica do Estado Democrático de Direito*” (ibidem, p. 164, sem grifo no original).

¹⁴⁵⁵ Cf. Capítulo 1, item 1.5.2.6.2.

teórica e da prática jurídica. Ela o faz, no entanto, no contexto do próprio direito positivo, ou seja, limita-se às pautas axiológicas introduzidas no campo delimitado da ordem jurídica posta. Assim, o monismo jurídico que distingue a opção teórica feita não se confunde com negligência aos valores nem à realidade social objetificada nas normas jurídicas positivas. O positivismo metódico-axiológico faz tão somente controlar o modo e a extensão de abertura do direito posto aos dados valorativos e socioempíricos.

Essa paradoxal abertura “internalizada” aos valores é meio para respeitar e maximizar as escolhas axiológicas resultantes dos processos democráticos, além de distanciar o raciocínio jurídico da suposição jusnaturalista relativa a valores universalmente válidos para toda e qualquer circunstância histórico-social. Como não há um só valor – ou um valor dotado de predominância absoluta –, instala-se uma relação de preferibilidade mutável entre os diversos valores constitucionais em estado latente de conflito. A isso se pode nominar *relativismo ou pluralismo axiológico*, o qual representa uma das bases operativas do positivismo metódico-axiológico e, movida pelos conflitos valorativos próprios das sociedades modernas, explicitada na ideia de que as hierarquias e precedências entre valores resultam dos produtos sempre provisórios dos procedimentos democráticos.

O direito positivo é, pois, a conjunção das opções valorativas momentâneas e, mais ainda, ele próprio incorpora, em certo instante, normas que veiculam valores e apontam fins reciprocamente inconciliáveis. Para enfrentar as incertezas envolvidas na aplicação jurídica de princípios e valores incompatíveis, o positivismo metódico-axiológico, em vista da contenção do decisionismo, adota cinco pautas orientativas¹⁴⁵⁶: (i) vinculação normativa; (ii) relatividade; (iii) objetividade, historicidade e inesgotabilidade; (iv) referibilidade, bipolaridade e complementaridade/implicação; e (v) máxima observância e efetividade.

São também em cinco as implicações dessas pautas que interessam diretamente ao presente estudo: (i) os valores são padrões de aferição de condutas e práticas; (ii) os valores jurídicos decorrem de textos do direito positivo; (iii) o significado jurídico de um valor é decorrência de uma construção interpretativa, realizada com apoio em claros pressupostos

¹⁴⁵⁶ Cf. Capítulo 1, item 1.5.2.6.3.

teóricos e metodológicos; (iv) a idoneidade da tarefa hermenêutica sobre valores depende da adstrição aos limites do ordenamento positivo; (v) na medida em que o direito positivo é marcado pela relatividade de valores conflitantes, a relação de preferibilidade entre eles precisa guardar correspondência no direito positivo.

Nos quadros da problemática prático-jurídica que motiva esta pesquisa, não se pode ocultar a existência de valores jurídico-constitucionais que exsurgem como contraponto às concepções fortes de Federação e autonomia financeira previamente esboçadas.

Tem-se, de um lado, a forma federativa, enquanto princípio, e a autonomia financeira, tomada como norma-objetivo, harmonizando-se para instrumentalizar os seguintes valores e finalidades:

- (i) No plano mais geral, o respeito à expressa imposição constitucional para adoção na forma federativa, desde logo ratificada pelo nome oficial da nação brasileira;
- (ii) A contenção do arbítrio e o controle do poder, na medida em que a estrutura federal e a deferência às autonomias locais conduzem a uma divisão vertical dos centros decisórios e, portanto, impedem a concentração excessiva do domínio político. É dizer, assim, que a Federação é meio para garantir direitos de liberdade;
- (iii) A pluralidade de níveis de governo propiciada pela forma federativa permite maior aproximação física, informacional e simbólica entre governantes e governados, fator que reforça as possibilidades de participação popular – tanto nas deliberações quanto nas manifestações críticas –, aumenta os canais de controle e fiscalização e enseja maior senso de responsabilidade política dos ocupantes de postos oficiais e dos membros da coletividade. Em termos mais simples e fortes, *“a federação reforça a descentralização e a centralização amplia os espaços da democracia”*¹⁴⁵⁷;
- (iv) A Federação descentralizada e as autonomias dos entes periféricos são mais sensíveis ao desenvolvimento regional e às decisões de planejamento econômico local, pois permitem a confrontação direta com interesses, necessidades e preferências de uma comunidade mais

¹⁴⁵⁷ Cf. REZENDE, Fernando. *Globalização, federalismo e tributação*. Disponível em: <<http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/ppp20.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

restrita, em vez da abstração artificial do “povo nacional”. O próprio objetivo fundamental da República de reduzir as diferenças regionais (art. 3º, III, da CF/1988) se coadunaria com a dispersão dos centros de decisão política.

Há, por outro lado, uma série de razões valorativas e teleológicas, igualmente remetidas às normas da Constituição brasileira, sugerindo a diminuição do grau de autonomia financeira dos entes federativos, mais especialmente uma retração da amplitude dos poderes compreendidos pelas competências tributárias discriminadas na Constituição. As razões apontadas seriam, por assim dizer, justos preços a pagar ou compensações que valem a pena em face da afetação do princípio federativo e do objetivo de promoção da autonomia. Entre essas razões, podem-se encontrar:

- (i) A harmonização do sistema tributário brasileiro, especialmente quanto ao ICMS, marcado pela multiplicidade de legislações estaduais e a heterogeneidade de práticas de arrecadação e cobrança. O anseio de simplificação e exclusão da alegada superposição de tributos diversos sobre a mesma base econômica, ao também envolver a meta de reduzir a quantidade de tributos, pode conduzir à agregação das exações hoje existentes, opção que poderia acarretar o deslocamento da competência estadual do ICMS para a União;
- (ii) O fim de desenvolvimento do mercado interno, reputado patrimônio nacional pelo artigo 219 da Constituição Federal, é severamente obstado pela peculiaridade de o principal imposto brasileiro sobre o consumo pertencer à competência estadual – lembrem-se as infindáveis discussões sobre a tributação das operações interestaduais. Mais ainda, a radicalização da autonomia financeira dos Estados tende a provocar desigualdades de tratamento e desequilíbrios de concorrência entre os contribuintes situados em diversas regiões do País. Além dos limites à conformação do mercado nacional, as competências tributárias estaduais, notadamente no tocante ao ICMS, dificultam a integração do Brasil ao mercado comum regional (Mercosul), pois os impostos sobre consumo dos países-membros encontram-se fortemente harmonizados e tomam a forma de um Imposto sobre Valor Agregado (IVA) de competência federal;
- (iii) Federalismo, além de autonomia e descentralização governamental, é um ato de fé comum (*foedus*) que compreende um pacto, uma união pretensamente harmônica. Diante disso, as práticas conhecidas como “guerra fiscal”, resultantes diretamente das competências

tributárias dos Estados em relação à concessão de benefícios fiscais, constituem atentado à forma federativa;

- (iv) A implementação de políticas econômicas nacionais, inclusive de políticas tributárias, com fins de equilíbrio macroeconômico ou metas redistributivas, depende de centralização e uniformidade, fato que entra em confronto com a ideia de Federação como autonomias plurais e fortemente direcionadas aos temas locais. Exemplo disso está na tentativa observada no Brasil de promover a reestruturação financeira do Estado, mediante a fixação de padrões de gasto público e controle do endividamento de todos os entes federativos. Outro caso marcante é o tratamento favorecido a microempresas e empresas de pequeno porte, dependente de políticas nacionais que passam ao largo das decisões políticas de cada Estado-membro.

Nota-se, afinal, a presença de princípios, valores e fins cuja conciliação não é extraível de modo óbvio das prescrições positivas da Constituição, sem exclusão da demanda por respostas justificáveis às situações em que esses elementos conflitantes se oferecem como padrões avaliativos e normativos para quem é responsável por decidir. Inviável o caminho do sim-ou-não (ou a via do “eu acho”, “é minha opinião”), porque antitético ao Estado de Direito e à democracia, tenta-se, no item seguinte, compor uma base analítica que recupera as tensões levantadas e se volta para as situações concretas (efetivas ou hipotéticas) que reclamam uma saída fundamentada.

4.3.4 A Prioridade *Prima Facie* das Concepções Maximizadas de Federação e Autonomia Financeira

A concepção da ordem jurídica como sistema, mais que traço ontológico (essência do objeto) ou epistemológico (categoria de conhecimento), decorre de uma opção ético-valorativa: o direito positivo, sistematicamente considerado, deve ser a base única de todos os atos de criação, interpretação e aplicação jurídica. Forma-se, desse modo, o sobreprincípio do sistema jurídico – da sistematicidade da ordem jurídica, do direito como sistema –, complementado pela resultante configuração de múltiplos destinatários das

normas de direito positivo, um verdadeiro “direito fundamental ao sistema”, titularizado pela generalidade dos destinatários da ordem jurídica.

A consequência imediata do princípio do sistema jurídico está na priorização de todos os elementos do direito positivo e da correlata ciência jurídica que tendam a favorecer valores como ordem, organização, coerência, estabilidade, certeza, previsibilidade e confiança – em síntese, segurança jurídica. Exemplos imediatos desses elementos são (i) a coerência semântica e pragmática entre as normas, reforçada pelo combate às contradições normativas; (ii) a coerência entre os fins prescritos; (iii) o caráter privilegiado da argumentação sistemática; e (iv) a preferência por argumentos que extraem sua base da unidade do direito positivo em relação a argumentos que remontam a aspectos fragmentários da ordem legal.

Torna-se dever do intérprete-aplicador oferecer a compreensão do significado e a decisão do caso que guardem maior equivalência normativa e axiológica com a Constituição, esta apreendida não de forma pontual, mas em sua integralidade de valores e fins. Resguardar a sistematicidade do direito é não apenas acatar as opções políticas convertidas em material jurídico-positivo, mas também sinalizar aos indivíduos a firmeza do compromisso de construir um direito seguro, liberado dos arroubos e da volubilidade típicos das pressões momentâneas e das contingências (os cantos da sereia, como apontado no Capítulo 3).

Veja-se, em primeiro lugar, que os próprios entes federativos são titulares do “direito fundamental ao sistema”, porque destinatários diretos do princípio da segurança jurídica¹⁴⁵⁸. A confiança legítima no funcionamento do sistema tributário conforme suas normas e princípios fundantes incide, sem restrições, sobre os vínculos entre as pessoas políticas do federalismo. Como afirma HELENO TAVEIRA TORRES, “*protege-se a pessoa de*

¹⁴⁵⁸ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 33/184. Ao discorrer sobre os destinatários do princípio da segurança jurídica, HELENO TAVEIRA TORRES inclui naquele grupo tanto o Estado quanto os indivíduos e observa, ainda, que “*a arguição do princípio de segurança jurídica [é] perfeitamente aplicável aos entes estatais nas relações entre unidades do federalismo [...] É que a Constituição, ao referir-se expressamente, no Capítulo I do Título VI, ao ‘Sistema Tributário Nacional’, de plano, já confere a todos os destinatários da Constituição (entes do federalismo e particulares) previsibilidade quanto às expectativas de seu funcionamento na forma de ‘sistema’ e segundo os valores que alberga*” (ibidem, p. 33/184, sem grifo no original).

direito público pela garantia do federalismo (segurança jurídica do federalismo)”¹⁴⁵⁹. Essa garantia sistêmica de permanência da estrutura federal fundamenta o direito à segurança jurídica das autonomias – explicitadas na presença de competências privativas –, que, por ser peça-chave para a preservação do federalismo, integra as matérias excluídas de reforma da Constituição. A proteção do federalismo por cláusula pétrea reforça a opção valorativa do poder constituinte originário; a técnica das cláusulas superconstitucionais deixa transparecer a ética da forma de Estado: a condição intocável do federalismo permite reconhecer um *princípio de proibição de retrocesso ao centralismo* e, também, um *princípio de preservação do mínimo existencial das autonomias*. Ambos os princípios estarão sob ameaça caso se considere inexistir limitação jurídica relevante à retirada ou mitigação das competências tributárias dos Estados.

As competências tributárias são originárias, porque resultantes do ato constitucional inaugural, e foram distribuídas em 1988 para desenhar as bases do federalismo fiscal brasileiro. A “competência das competências” – o poder de distribuí-las e remodelá-las – não pertence a nenhum dos entes federativos, nem mesmo à União. É inadmissível, portanto, qualquer uso de emenda à Constituição para, simplesmente, promover transferência de poderes tributários de um ente a outro. Caso isso fosse feito, haveria renúncia ou delegação das competências tributárias por via transversa – ou usurpação forçada, em caso de resistência do ente federativo que seria prejudicado com a retirada da competência –, além da ofensa ao federalismo e à autonomia de competências enquanto cláusulas pétreas.

Se a supressão ou deslocamento das competências tributárias é juridicamente inadmissível, o processamento pelo constituinte derivado de modificações no teor da competência, com reduções, expansões ou redefinições, mostra-se, à primeira vista, possível. Mesmo nesses casos, contudo, o princípio federativo e o objetivo de garantia da autonomia financeira, vertidos em porções do direito à segurança jurídica e ao sistema tributário, surgem como anteparos em face dos quais far-se-á a avaliação concreta do impacto das alterações

¹⁴⁵⁹ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 221.

realizadas. Não se admitem, como se afirmou, retrocessos prejudiciais à autonomia federativa no direito constitucional brasileiro.

Em síntese, decorre do sistema jurídico-positivo plasmado na Constituição Federal de 1988 uma prioridade *prima facie* da forma federativa e da autonomia ampla dos Estados e Municípios, em face dos valores e fins eventualmente contraditórios àqueles princípios. A multiplicidade de referências diretas em fragmentos textuais; a localização especial no texto constitucional; a coerência sistêmica das normas e fins constitucionais (a combinação entre Federação, democracia e desenvolvimento regional); o significado histórico do texto de 1988; a soberrigidez constitucional, constitutiva da condição de princípio fundamental conferida à forma federativa em sua acepção mais ampla e plural – todos esses são argumentos que compõem a fundamentação jurídica da preferência *prima facie* dos valores atinentes à Federação e à autonomia, bem como da especial resistência que possuem quando postos diante de pautas divergentes.

Todas as vezes em que o princípio federativo estiver em jogo na discussão jurídica, seja ela doutrinária ou judicial, põe-se em questão, na verdade, a própria identidade constitucional do ordenamento jurídico brasileiro. Não se pode fazer menor caso das competências tributárias enquanto mecanismos centrais para a afirmação da autonomia dos entes federativos, pois assim proceder é contrariar o próprio texto constitucional, que, no quadro dos princípios, diferenciou aqueles garantidos pela cláusula de identidade constitucional, de eternização ou cláusula pétrea. Como aduz HELENO TAVEIRA TORRES, “*nos casos de colisões ou de aplicações concorrentes, pela relativização axiológica, e à luz da situação in concreto, os princípios devem se acomodar, sob a égide da não exclusão e da máxima realização dos valores, com preferência aos chamados ‘princípios fundamentais’, assim distinguidos pela própria Constituição. Diante disso, qualquer outra classificação de princípios pode até ter cariz doutrinário, mas de certo não terá qualquer efeito decorrente da Constituição*”¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁶⁰ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 528. E prossegue o autor: “Os princípios jurídicos fundamentais são aqueles de maior expressão hierárquica no sistema, assegurados por cláusulas de eternidade e integrantes de disposições que gravam os mais eloquentes princípios de identidade do ordenamento constitucional. São aqueles que se veem declarados no Preâmbulo e determinados no bojo do

4.3.5 Análise e Solução de Casos a partir dos Pressupostos do Positivismo Jurídico Metódico-axiológico

As considerações teórico-metódicas anteriores somente preparam, sem que ofereçam a definitiva solução para as situações-problema que desafiam os limites da cláusula pétrea da forma federativa. Com o terreno firmado, é preciso caminhar por ele, mas agora não apenas com as concepções de direito e interpretação do positivismo metódico-axiológico. Surgem, enfim, os casos; sem eles, todas as variações anteriores perderiam sentido se não vertidas em aplicação jurídica, bem como a ciência do direito não cumpriria sua função de reconstruir o material jurídico-positivo para, a partir dele, apresentar proposições práticas.

4.3.5.1 Primeira Hipótese: Exclusão Integral das Competências Tributárias Estaduais para Instituição de Impostos

Caso uma emenda constitucional, sob o pretexto de promover a reforma tributária, viesse a eliminar todas as competências privativas dos Estados-membros para adotarem leis criadoras de impostos – seja deslocando-as para outros entes federativos, seja excluindo-as

*art. 60, § 4º (forma de Estado, princípios do direito de cidadania, estrutura do Estado – separação de poderes – e direitos e garantias individuais) ou aqueles que a estes se adicionam e se inscrevem no art. 1º, como ‘fundamentos’ do Estado, a saber, os princípios do ‘Estado Constitucional de Direito’, da ‘república’, do ‘federalismo’, da ‘soberania’, da ‘cidadania’, da ‘dignidade da pessoa humana’, dos ‘valores sociais do trabalho e da livre iniciativa’ e do ‘pluralismo político’. Qualquer prejuízo a algum desses princípios insculpados no art. 1º equivaleria a corromper a identidade constitucional do Estado, à semelhança do que se verifica com aqueles do art. 60, § 4º, da Constituição [...] Em conclusão, como classificação positiva, apenas os chamados princípios fundamentais prevalecem sobre os demais. Entre princípios de mesma classe, porém, somente a aplicabilidade (incluído o sopesamento) poderá indicar alguma ‘preferência’ entre princípios, no esforço do relativismo axiológico” (Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, p. 529-530).*

do campo de fatos tributáveis –, não haveria argumento plausível para sustentar a constitucionalidade da referida emenda. Mal seria preciso recorrer à preeminência *prima facie* da Federação e da autonomia diante da ideia de que seria possível manter alguma aparência de Estado Federal sem que o nível estadual de governo dispusesse sequer de uma competência, mesmo que concorrente – isto é, não discriminada para uma base exclusiva. O argumento apagógico refreia interpretações constitucionais inadequadas, de modo que não se cogita de qualquer chance de validação jurídica para uma reforma dessa monta. Uma organização política que promovesse a sustentação financeira dos níveis descentralizados de governo somente por transferências – obrigatórias ou voluntárias – advindas do nível central poderia, no máximo, ser qualificada como um Estado Unitário dotado de grau maior ou menor de descentralização administrativa; não se cogitaria de autonomia política, porque ausente o poder de tributar necessário às intervenções estatais sobre o setor econômico.

Firme-se bem o argumento: a autenticidade da Federação depende de um mínimo de competência tributária privativa. Mesmo que haja compensação quantitativa, de forma a serem mantidos, por meio de repasses provenientes do poder central, os níveis anteriores de arrecadação, há nada mais que um Estado Unitário, pois a autonomia financeira, exercida, principalmente, pela imposição de tributos, é expressão da autonomia política, que não existe sem um campo minimamente disponível de decisão sobre prioridades e eleição de finalidades públicas. O abastecimento dos cofres estaduais é mero indício da autonomia financeira; contudo, ela não existe sem um mínimo de poder próprio de deliberação sobre o uso do tributo.

4.3.5.2 Segunda Hipótese: Exclusão da Competência Tributária Legislativa para a Instituição de um dos Impostos

Diferente da improvável hipótese anterior, tem-se, agora, um caso hipotético mais factível: o poder reformador da Constituição suprime – por eliminação do fato tributável ou

deslocamento para outro ente federativo – a competência tributária para criar leis instituidoras de impostos privativos. No caso dos Estados-membros, seria retirada a competência para estabelecimento do ITCMD, do ICMS ou do IPVA, a teor do artigo 155, incisos I, II e III, da Constituição Federal de 1988.

O ponto de partida, em face da primazia do princípio federativo e da sua rigidez sobrelevada, é a segurança jurídica do federalismo, desdobrada na segurança jurídica das competências e na garantia de meios adequados da autonomia financeira. À primeira vista, a Constituição não tolera nenhuma movimentação que retire um dos impostos estaduais privativos.

Entretanto, podem surgir contrarrazões à firmeza inicial do valor federativo da descentralização máxima em matéria financeira, expressão do que foi designado previamente como “relatividade dos valores”. Por exemplo, supõe-se que motivos de praticabilidade tributária sugerem retirar o ITCMD dos Estados e movê-lo para os Municípios; ou, então, passa-se a entender que certas atividades econômicas privadas não devem mais ser alvo de tributação. Por melhores que sejam as justificativas, não se pode retirar a constatação de que a autonomia financeira dos entes “amputados” em uma de suas competências foi atingida, mesmo que de modo não substancial.

O positivismo metódico-axiológico aponta três séries de questões para auxiliar a elucidação do balanceamento de princípios e fins e, assim, encaminhar a decisão da eventual discussão da constitucionalidade. Vejam-se:

- (i) No que tange à fundamentação no direito positivo – O valor ou fim que sustenta a reforma constitucional pela qual se exclui uma competência tributária estadual está amparado pelo direito positivo, seja em caráter fragmentário ou sistêmico? Há outros valores constitucionais que serão promovidos pelo valor principal que move a reforma? A retirada da competência tributária prejudica outros valores e fins constitucionais? A exclusão operada pela reforma representa tendências de centralização do poder financeiro?
- (ii) No tocante à força dos valores opostos à autonomia federativa – Qual é a relevância (jurídica, política, econômica, social) dos objetivos almejados pela reforma que retira uma

competência tributária? Qual é a probabilidade factual dos objetivos apontados serem atingidos pelos meios adotados? Existem outros instrumentos idôneos para promover os mesmos objetivos da reforma sem a retirada das competências tributárias?

- (iii) No que se refere à utilidade da competência para a autonomia financeira – Qual é a relevância quantitativa da competência tributária excluída para a integração das finanças públicas estaduais? Em caso de forte impacto sobre a arrecadação estadual, existem mecanismos de compensação financeira para recompor o prejuízo sofrido pelos Estados? Existem usos extrafiscais relevantes da competência tributária eliminada (com isenções, reduções de alíquota etc.)?

Em relação às competências tributárias dos Estados¹⁴⁶¹, há um único caso dessa “segunda hipótese” entre as emendas à Constituição de 1988: trata-se da exclusão do chamado “adicional do imposto de renda estadual”, previsto no artigo 155, inciso II¹⁴⁶², da redação original do texto constitucional e revogado por força da Emenda Constitucional nº 3/1993. Infelizmente, o exemplo pouco se presta para análise, porquanto o uso efetivo do mencionado adicional enfrentou uma série de óbices jurídicos relativos à ausência de lei complementar reguladora, conforme atesta a jurisprudência do STF¹⁴⁶³. Diversos Estados-

¹⁴⁶¹ Observe-se que, em relação aos Municípios, houve a exclusão da competência tributária concernente ao imposto sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, exceto óleo diesel, previsto no artigo 156, inciso III, do texto constitucional original. Por não abranger o objeto desta pesquisa – restrita às alterações de competências estaduais –, não se procederá à análise de referido caso.

¹⁴⁶² Conforme dispõe o artigo 155: “*Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:*
[...]

II – adicional de até cinco por cento do que for pago à União por pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas nos respectivos territórios, a título do imposto previsto no art. 153, III, incidente sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital.”

¹⁴⁶³ Vejam-se: “*Os Estados-membros não podem instituir, mediante ato legislativo próprio, o tributo a que se refere o art. 155, II, da Constituição (Adicional ao Imposto de Renda) enquanto não for editada, pela União Federal, a lei complementar nacional prevista no art. 146 da Lei Fundamental da República. A existência desse vacuum legis não confere aos Estados-membros a possibilidade de exercerem, com base nas regras inscritas no art. 24, § 3º, da Constituição e no art. 34, § 3º, do ADCT/1988, competência legislativa plena, eis que as recíprocas interferências que se estabelecerão, obrigatoriamente, entre o imposto de renda, sujeito a competência legislativa da União, e o adicional ao imposto de renda, incluído na esfera de competência impositiva dos Estados-membros, reclamam a edição de lei complementar nacional que indique soluções normativas necessárias à superação de possíveis conflitos de competência entre essas entidades políticas.*” (RE 149.955, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-8-1993, Plenário, DJ de 3-9-1993.); “*Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 6.352, de 29 de dezembro de 1988, do Estado de São Paulo. Tributário. Adicional de Imposto de Renda (CF, art. 155, II), arts. 146 e 24, § 3 da parte permanente da CF e art. 34, §§ 3º 4º e 5º do ADCT. O adicional do imposto de renda, de que trata o inciso II do art. 155, não pode ser instituído pelos Estados e Distrito Federal, sem que, antes, a lei complementar nacional, prevista no caput do art. 146, disponha sobre as matérias referidas em seus incisos e alíneas, não estando sua edição dispensada pelo § 3º do art. 24 da parte permanente da Constituição Federal, nem pelos §§ 3º 4º e 5º do*

membros fizeram promulgar leis estaduais para instituir o adicional, mas o STF, tanto em controle difuso quanto em controle concentrado de constitucionalidade, negou validade a essas leis, em razão da ausência da necessária lei complementar que deveria resolver os conflitos de competência entre a União (competente para o imposto-base) e os Estados (titulares do imposto adicional)¹⁴⁶⁴.

É possível, porém, conjecturar uma interessante situação que está sempre presente quando se discute reforma tributária no Brasil. Trata-se do deslocamento do ICMS da esfera estadual para o âmbito de poder da União Federal, seja com a base tributável atual ou em fusão com todos ou alguns dos outros impostos sobre o consumo (IPI, ISS). Aqui, variam as nomenclaturas do possível nome do novo imposto: fala-se em ICMS federalizado ou IVA federal, mas esse é um problema irrelevante neste momento. Importante mesmo é verificar as possíveis alterações na discriminação das competências federativas.

O novo imposto – opta-se, aqui, por designá-lo como IVA-F – seria instituído por lei federal, a qual definiria todos os elementos da exação¹⁴⁶⁵. A União, portanto, teria competência legislativa plena, tanto para instituição do tributo quanto para concessão de benefícios fiscais. Na suposta nova situação, são duas as posições que poderiam caber aos Estados: (i) a União, além da competência tributária legislativa, seria o sujeito ativo da relação jurídica tributária (isto é, teria a capacidade tributária ativa), e os Estados seriam os destinatários de repasses obrigatórios, conforme algum critério de rateio que a Constituição viria a fixar; (ii) a União (atuando em nome da federação inteira, e não como ente parcial) instituiria o imposto, e os Estados teriam a titularidade da capacidade tributária ativa, o que

art. 34 do ADCT. Ação julgada procedente, declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 6.352, de 29 de dezembro de 1988, do Estado de São Paulo.” (ADI 28-4/SP; Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1485789>>. Acesso em: 16 jan. 2013).

¹⁴⁶⁴ A curta duração do adicional estadual do imposto de renda não permitiu a formação de material doutrinário suficiente sobre os elementos componentes da regra-matriz de incidência daquele imposto, uma vez que, também, a doutrina se concentrava mais na discussão da constitucionalidade. Porém, deve-se registrar que duas questões importantes foram levantadas quando ainda vigente o adicional: (i) o adicional seria um imposto de competência dos Estados ou seria uma renda resultante de participação no produto de imposto alheio mediante a fixação de alíquota adicional?; (ii) qual seria o fato gerador do adicional: auferir renda e proventos de qualquer natureza?

¹⁴⁶⁵ Com base, possivelmente, em uma lei complementar análoga, em termos funcionais, à atual Lei Complementar nº 87/1996. Porém, se apenas a União puder legislar sobre o IVA-F, talvez a referida lei complementar, decorrente do artigo 146, inciso III, da Constituição Federal de 1988, seria supérflua, pois desapareceria a multiplicidade de legislações como hoje acontece com o ICMS.

lhês renderia diretamente o produto da arrecadação (no todo ou em parte, pois poderia haver divisão com a União e/ou com os Municípios)¹⁴⁶⁶.

Indaga-se: uma emenda com algum dos conteúdos apontados seria ofensiva ao princípio federativo e, logo, inconstitucional? A autonomia financeira dos Estados, condição de existência da Federação, estaria sendo atingida de forma antijurídica?

Deve-se notar que, a despeito de importantes, dois argumentos não podem ser decisivos: (i) o da compensação: a manutenção do nível de arrecadação dos Estados autoriza a realização da reforma; e (ii) o da incondicionalidade: os recursos auferidos pelos Estados com o IVA-F não estarão submetidos a acordos políticos e outros elementos circunstanciais.

A manutenção dos patamares de disponibilidade financeira dos Estados encontra dois óbices intransponíveis quando ofertada como razão para justificar a constitucionalidade da emenda introdutora do IVA-F. Primeiro, atrelaria a validade jurídica a uma variável incerta, dependente de fatores extranormativos impassíveis de controle. Mesmo as estimativas fornecidas pela economia e a estatística seriam insuficientes para conduzir a fundamentação de um juízo que não admite gradação: entre o constitucional e o inconstitucional, inexistente meio-termo¹⁴⁶⁷. O próprio positivismo metódico-axiológico recusa a redução do raciocínio jurídico a fatores empíricos, factuais; há uma prioridade forte dos argumentos especificamente jurídicos – linguísticos, sistemáticos, históricos e finalísticos, todos remetidos às normas positivas – sobre os argumentos pragmáticos e consequencialistas, os quais se afirmam somente por sua correção e capacidade preditiva, sem a busca de legitimação fundada no sistema jurídico.

Segundo, a garantia da autonomia financeira dos Estados, hoje fortemente centrada nos níveis altos de arrecadação do ICMS, ficaria submetida ao poder decisório da União Federal, à qual caberia deliberar sobre a instituição ou não do tributo, a sua abrangência –

¹⁴⁶⁶ Em razão dessa posição específica, as providências administrativas de fiscalização e cobrança poderiam ser compartilhadas entre a União e as burocracias estaduais.

¹⁴⁶⁷ Coincide com o ponto de vista aqui apresentado a posição de LUCIANO AMARO: “*Realmente, é difícil dizer que alguma coisa é meio inconstitucional; ela ou é constitucional ou é inconstitucional*” (cf. AMARO, Luciano. Cláusulas pétreas tributárias e o direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 21, p. 75).

contribuintes, fatos impositivos, alíquotas –, isenções e demais vantagens fiscais, procedimentos de fiscalização etc. Perderiam os Estados-membros a margem de manobra oferecida pela competência tributária privativa, uma vez que deixariam de definir o grau de participação pública na economia privada – mediante a mobilidade das alíquotas – e perderiam, ao não mais poderem conceder incentivos, toda possibilidade de uso extrafiscal do tributo, para, *e.g.*, estimular certas regiões atrasadas economicamente ou determinados setores empresariais incipientes¹⁴⁶⁸.

Em síntese, a medida da centralização advinda do IVA-F é muita alta; resta saber se as razões que a justificam decorrem do direito posto e se apresentam relevância político-econômica suficiente para retirar uma parcela tão larga da autonomia hoje percebida pelos Estados-membros.

¹⁴⁶⁸ A discussão da competência tributária no que tange a seu atributo de facultatividade foi levantada com intensidade na doutrina e na jurisprudência em face da dúvida sobre o *status* jurídico das expectativas dos entes federativos no que diz respeito às receitas transferidas provenientes da arrecadação de um tributo privativo de outro ente. Foi posta em questão a extensão da facultatividade da competência tributária nos casos em que o ente titular da exação venha a tomar alguma decisão política (*e.g.*, concessão de benefícios fiscais) que repercuta sobre a parcela a ser obrigatoriamente transferida para entes de outro nível federativo. Como bem sintetizaram FERNANDO FACURY SCAFF e ALEXANDRE SILVEIRA, o nó está em saber se “o conceito de ‘competência tributária’ está restrito às receitas fiscais próprias [do ente titular da competência], não alcançando as receitas transferidas [aos entes cobeneficiários não titulares da competência]?” (cf. SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. *Competência tributária, transferências obrigatórias e incentivos fiscais* In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Org.). *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 285). Os autores, mediante exploração da diferença entre outorga e exercício da competência tributária e afirmação do caráter privativo e facultativo dessa competência, firmam crítica pertinente à decisão do STF no RE 572.762-SC, na qual o Plenário entendeu, por unanimidade, que o Estado de Santa Catarina não detinha o poder para conceder benefícios fiscais que viessem a atingir o percentual de participação na receita que caberia, por transferência, aos Municípios daquele Estado-membro. Voltam-se, portanto, contra o que denominam “recorte epistemológico” promovido pelo STF, o qual redefiniu as concepções sedimentadas na doutrina jurídica sobre competência tributária e receita transferida. Também segundo CRISTIANE MENDONÇA, “o fato de determinada pessoa política tributante, por força de determinação constitucional, ter direito a um percentual x ou y do produto arrecadado por outro ente político, não aponta para a obrigatoriedade do exercício da competência legislativo-tributária pelo segundo. A conduta que sobressai obrigatória para aqueles que instituem e arrecadam tributos no Estado Brasileiro é o repasse do produto da arrecadação às demais pessoas de direito público interno nos estritos termos fixados na Constituição Federal de 1988” (cf. MENDONÇA, Cristiane. *Competência tributária*, p. 128-129). ROQUE ANTONIO CARRAZZA esclarece que, se não houver o nascimento da relação jurídica tributária (*prius*), não poderá nascer a relação jurídica financeira, porquanto “na verdade, tal participação faz nascer uma relação jurídica de direito público, em tudo diversa da relação jurídica tributária, até porque a ela ulterior” (cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed., p. 604).

No tocante à incondicionalidade das transferências¹⁴⁶⁹, não se pode ignorar que ao novo IVA-F seria aplicável o parágrafo único do artigo 160 da Constituição Federal de 1988, que prevê exceção à regra geral que proíbe a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, por participação no produto de arrecadação alheia, a Estados, Distrito Federal e Municípios. União e Estados não estão impedidos de impor condicionamentos à entrega de recursos ao pagamento dos créditos que titularizam e ao cumprimento da aplicação dos percentuais mínimos na área da saúde (art. 198, § 2º, II e III). Não se afigura admissível, sob o ponto de vista do sistema constitucional e da cláusula pétrea do pacto federativo, a reforma que, ao deslocar a competência tributária referente ao imposto mais eficaz para a sustentação financeira dos Estados, imponha um regime jurídico cujo mais relevante tributo sobre o consumo possa ser objeto de contingenciamento pela União, em prejuízo direto aos Estados.

Uma análise mais profunda precisa considerar os objetivos e valores propulsores de uma reforma constitucional tributária que pretenda introduzir um IVA-F conforme o modelo ora exposto. Em síntese, podem ser apontados os seguintes: (i) harmonização e simplificação do sistema tributário nacional; (ii) eliminação de barreiras para o desenvolvimento de um mercado nacional e para a integração econômica regional; (iii) fim (ou redução) da superposição de tributos diversos sobre a mesma base econômica.

Em “(i)” e “(iii)”, notam-se típicos argumentos pragmáticos, de índole político-econômica, que não encontram resguardo nas prescrições do direito positivo. Nem mesmo as menções constitucionais à simplificação tributária (arts. 146, III, *d*; e 179, *caput*) oferecem uma argumento que remonte aos valores fundantes do sistema constitucional tributário e à unidade axiológica da Constituição integralmente considerada. Além disso, a harmonização tributária pode ser alcançada por outros meios que não envolvam a retirada de competências tributárias estaduais, como a uniformização legislativa sem redução a uma só lei federal e o aperfeiçoamento dos convênios interestaduais de ICMS, acompanhado de uma reforma institucional do Confaz hodierno. A superposição de tributos sobre o consumo, por sua vez, pode ser confrontada sem a unificação das várias exações em um

¹⁴⁶⁹ O problema denota não exsurgir no caso em que há percepção direta do produto pelos Estados, ou seja, quando estes possuam a capacidade tributária ativa.

imposto federal; é suficiente que se leve ao limite o mecanismo da não cumulatividade, a ponto de excluir da quantificação da obrigação tributária todos os montantes pagos nas fases anteriores da circulação econômica, sem importar se o imposto suportado antes seja do mesmo tipo e da mesma esfera federativa em relação àquele que vai ser pago.

No tocante ao fortalecimento do mercado nacional e da integração regional, têm-se, respectivamente, os enunciados constitucionais do artigo 219 e do artigo 4º, parágrafo único. Apesar da idoneidade desses objetivos, a força jurídica do princípio federativo, resultante da coerência sistêmica e da super-rigidez constitucional, tende a relegá-los a plano secundário. No que tange ao mercado nacional, é, antes de tudo, duvidoso o argumento de que a conformação atual da autonomia financeira dos Estados, em particular no tocante ao ICMS, seja entrave à integração econômica das diversas partes do País. Há mecanismos jurídicos para regular as operações interestaduais, bem como proibições de nível constitucional às práticas discriminatórias em matéria de tributação (arts. 150, V; e 152 da CF/1988). Ademais, um peso excessivo no valor da unidade esquece o próprio espírito descentralizador da Constituição em vigor, mais atenta à realidade socioeconômica do País, marcada por desigualdades profundas entre Estados e entre regiões. Unificar a tributação em um IVA-F seria negligenciar o papel da política tributária estadual como fator de confrontação dos “gargalos” econômicos e demandas comunitárias que somente são identificáveis no âmbito da governança periférica.

Sobre a integração regional, vê-se que, da perspectiva jurídico-positiva, não se trata sequer de um dos objetivos fundamentais da República. Mais ainda, não consiste em uma finalidade estatal reiterada sistemicamente na ordem jurídica constitucional. Seria possível pôr em dúvida, ainda, até que ponto a experiência federativa brasileira é reconduzível, em termos comparativos, às realidades políticas e econômicas dos demais países da América Latina, inclusive sob o ponto de vista das competências de serviços públicos cumpridas pelos Estados-membros, sem contar as características territoriais e econômicas do Brasil, seguramente diferentes, *e.g.*, daquelas que distinguem a Argentina. Não se sabe, com segurança, se a introdução de um IVA-F, sob o pretexto da agregação ao Mercosul, seria uma demanda interna de empresas brasileiras, mais da perspectiva da redução da carga tributária que do acesso a mercados estrangeiros – pois o Brasil é o divergente em face da

alta harmonização entre os demais países do bloco –, ou uma demanda de empresas estrangeiras que encontram no quadro vigente da tributação pelos Estados-membros um óbice à sua participação maior no mercado nacional. Em resumo, a eficácia reforçada do princípio federativo, explicitada na discriminação de competências tributárias, não cede vez a uma finalidade secundária da Constituição e às diversas incertezas que pairam no campo dos fatos sobre as vantagens da igualação plena dos sistemas tributários.

Portanto, o direito positivo brasileiro não corrobora emenda constitucional que venha a suprimir a competência tributária relativa a um dos impostos estaduais, salvo situações excepcionais concernentes a competências funcionalmente secundárias. Chega-se a esse posicionamento mediante o confronto das razões favoráveis à retração das autonomias estaduais com o próprio direito positivo, bem como mediante a identificação de meios alternativos para alcançar semelhantes fins sem a necessidade de afetar competências tributárias privativas.

4.3.5.3. Terceira Hipótese: Redução do Campo da Competência Tributária Legislativa para a Instituição de um dos Impostos Estaduais

Situação diferente da anterior encontra-se na possível emenda constitucional que, não mais extirpando a competência tributária sobre um dos impostos estaduais, promova uma redução do campo competencial, ou seja, sem excluir o imposto privativo, diminua a amplitude do poder tributário a ele referente. Referida medida pode decorrer da aplicação de, no mínimo, três artifícios: (i) a exclusão parcial da base tributável: *e.g.*, o ICMS, por força de emenda, voltaria a ser ICM, ou o ITCMD deixaria de incidir sobre doações; (ii) a criação de novas imunidades; (iii) a especificação redutiva dos conceitos que definem a hipótese de incidência: *e.g.*, uma emenda que restringisse o conceito de mercadoria em comparação ao uso corrente do termo para fins tributários.

Apesar do resultado comum, as três situações não coincidem. Inicie-se pela menos complexa, referida em “(iii)”. A discussão sobre o alcance dos conceitos constitucionais definidores das competências tributárias é tema corrente nos debates doutrinários e jurisprudenciais, ora no tocante à função especificadora das normas gerais veiculadas por lei complementar, ora no que tange aos limites (e a usurpação destes) postos aos entes federativos na definição dos conceitos atinentes aos fatos geradores indicados na Constituição (*e.g.*, “renda”, “operação”, “mercadoria”, “serviço” etc.). Em verdade, essa ocorrência específica concerne menos à relatividade axiológica entre Federação e fins opostos que à questão das propriedades linguísticas dos conceitos jurídicos. Em rigor, portanto, emendas com esse conteúdo são constitucionalmente válidas, desde que não haja defraudação intencional do uso linguístico habitual nem das opções definitórias que a própria Constituição afirmou de modo direto ou implicitamente por remissão aos conceitos de direito privado. Saliente-se, ainda, que é imprescindível verificar se uma redefinição promovida por emenda não implica, como consequência indireta, a expansão do poder da União, pois esse resultado implicaria ofensa ao princípio da proibição do retrocesso ao centralismo.

A situação “(ii)” coincide com uma emenda à Constituição de 1988. Trata-se da Emenda nº 42/2003, que criou, em relação ao ICMS, imunidade sobre operações que destinem mercadorias para o exterior e sobre serviços prestados a destinatários no exterior, bem como excluiu do âmbito competencial dos Estados as prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita.

Não é comum que a criação das imunidades seja feita em ataque às bases do princípio federativo. De fato, a criação de situações imunes à tributação costuma dar concretização a outros princípios e fins constitucionais relevantes, de modo a conferir tratamento diferenciado a pessoas, bens ou atividades relacionados a valores fundamentais que o próprio direito positivo alberga. Muitas vezes, são direitos individuais e sociais os alvos da vantagem tributária criada, de modo que o princípio federativo encontra contedores de semelhante hierarquia constitucional.

A questão central nesses casos é saber se as normas e pautas teleológicas da Constituição oferecem suporte de fundamentação para a imunidade a ser criada. Em segundo lugar, é preciso verificar se o objetivo almejado com a imunidade tende a ser alcançado por tal técnica. Terceiro, cabe averiguar se a imunidade não serve como instrumento tangencial pelo qual se promove alguma centralização financeira.

A situação “(i)” é análoga à do caso da “segunda hipótese”. Tome-se como exemplo o ICMS. Pode-se supor uma reforma constitucional que desloque a incidência sobre serviços de comunicação para a União Federal ou mesmo uma alteração que exclua do rol de fatos tributáveis o serviço de transporte intermunicipal. Portanto, considerado o ICMS como rótulo que agrega diversos impostos, as imaginadas reformas, em verdade, eliminam a competência para uma dessas exações parciais. Mais uma vez, o princípio federativo será confrontado com as justificativas políticas e econômicas que motivam a alteração. No caso de emenda que, simplesmente, retalhe parte da competência tributária, sem deslocá-la a outro ente, é estratégico considerá-la como equivalente à criação de nova imunidade, para, então, aferir a força dos fins buscados pelo novo arranjo jurídico. Indispensável, aqui, será o uso do princípio de vedação à centralização do poder como parâmetro para controlar a validade legal dos casos de deslocamento de parcela da competência tributária originária dos Estados. Razões de praticabilidade da administração tributária ou desenvolvimento de políticas de abrangência nacional precisam provar, com clareza, a eficácia da supressão sugerida em face dos objetivos firmados, bem como a indisponibilidade de formas alternativas de obter referidos desígnios.

4.3.5.4 Quarta Hipótese: Exclusão ou Mitigação da Competência Tributária Legislativa para Fixar Alíquotas dos Tributos Privativos

Outra situação frequentemente cogitada nas diversas proposições de reforma tributária configura uma espécie de meio-termo entre a centralização excessiva e a autonomia radical. Fala-se em um ICMS compartilhado (ICMS-C) para expor a configuração jurídica

desse tributo com os seguintes elementos: (i) o imposto segue sob a competência dos Estados-membros, aos quais caberia a formulação da lei instituidora do tributo; a base econômica tributável também seria idêntica à atual; (ii) haveria uma lei complementar, com função análoga à cumprida pela atual Lei Complementar nº 87/1996, com poder para fixar todos os elementos fundamentais da relação obrigacional tributária; (iii) a alíquota das operações internas seria uniforme, definida por resolução do Senado Federal – seriam permitidas alíquotas específicas para as operações com produtos essenciais, graças ao princípio da seletividade; a definição caberia, também, ao Senado.

Os problemas em torno do princípio federativo e da autonomia financeira dos Estados limitam-se aos itens “(ii)” e “(iii)”. Uma lei complementar com propósitos de harmonização das legislações tributárias estaduais sobre ICMS não alteraria, em termos substanciais, a distribuição constitucional vigente dos poderes que cabem à União e aos Estados. A liberdade de conformação legislativa que o texto da Constituição de 1988 conferiu ao nível estadual é, originalmente, bastante reduzida. A qualificação dos contribuintes e responsáveis; a descrição abstrata do fato gerador; a indicação da base de cálculo; as disposições sobre lançamento, prescrição e decadência – todos esses elementos já recaem fora do campo autorizado de definição dos Estados. Uma uniformização mais forte por meio de uma nova lei complementar implicaria atendimento ao valor da harmonização tributária sem afetação séria do princípio federativo e da autonomia político-legislativa, nos termos fixados pelo poder constituinte originário.

Com relação ao segundo problema, as dificuldades são maiores. Atualmente, o poder de legislar para fixar as alíquotas aplicáveis às operações internas, a despeito de juridicamente limitado, segue em mãos dos Estados. Conforme dispõe o artigo 155, § 2º, inciso V, alíneas *a* e *b*, da Constituição de 1988, o Senado Federal pode: (i) em geral, estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros; (ii) em específico, fixar alíquotas máximas nas operações internas para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros. Além disso, as alíquotas internas não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais, salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito

Federal, conforme procedimento previsto por lei complementar para a definição de isenções, incentivos e benefícios fiscais.

Vê-se que, a despeito de relevantes barreiras normativas, sobra aos Estados uma margem de ação no que tange à definição das alíquotas sobre operações internas. Uma homogeneização total das alíquotas conduz ao questionamento sobre a validade jurídica da norma que promova alteração nesse sentido, porquanto há, em princípio, restrição da autonomia financeira dos Estados-membros e diminuição do grau de descentralização da Federação brasileira.

A equiparação de todas as alíquotas de ICMS para as operações intraestaduais seria inconstitucional. Primeiro, os instrumentos disponíveis na Constituição, caso explorados corretamente, são idôneos para impedir que os Estados dispensem tratamento desigual a empresas e produtos em razão de sua procedência, bem como para vedar um privilégio a empresas e produtos locais.

Segundo, o argumento de que um mercado nacional precisaria de uniformidade das alíquotas internas não procede, uma vez que o cruzamento de produtores, fornecedores e consumidores e distintas regiões do País é, justamente, resultado do manejo, pelos Estados, das alíquotas dos seus tributos privativos. Quer dizer, portanto, que uniformizar pode ser o caminho para relegar as regiões menos desenvolvidas do País a sofrimento ainda mais intenso em face da desigualdade socioeconômica, pois deixariam de oferecer interesse à atividade econômica em razão de não poderem praticar alíquotas mais favoráveis.

Observe-se, ainda, que o poder de definição de alíquotas é o meio disponível aos Estados para decidirem a respeito do grau de intervenção pública acerca da economia, bem como para concretizarem planos locais de desenvolvimento e estimulação de setores empresariais menos pujantes. O próprio princípio da seletividade tende a ser mais bem aplicado pelos governos locais, cientes que poderão estar acerca das necessidades comunitárias mais prementes mediante o uso de canais democráticos que permitam a participação e a crítica de modo mais direto.

Saliente-se, assim, que não pode qualquer emenda constitucional extirpar a já diminuta esfera de poder conferida aos Estados no tocante à influência, mediante tributação do consumo, sobre a economia local.

4.3.5.5 Quinta Hipótese: Exclusão ou Mitigação da Competência Tributária para Conceder Benefícios Fiscais

A quinta situação hipotética compreende a eliminação (ou a redução) da competência dos Estados para a concessão de benefícios fiscais dos mais variados tipos. Nesse caso, cogita-se da permanência do poder de instituição do imposto com os Estados (inclusive, a fixação das alíquotas conforme as restrições atualmente aplicáveis), mas deixaria de haver a competência tributária para deferir vantagens fiscais a contribuintes, sob o argumento da preservação da concorrência, da neutralidade do sistema tributário, da vedação ao comportamento predatório dos governos – em síntese, o combate ao que se convencionou denominar “guerra fiscal”.

Não há dúvida, aqui, acerca da ofensa *prima facie* ao princípio federativo e às autonomias estaduais oriunda de medida com o referido conteúdo. Resta problematizar, de forma mais precisa, a sua validade em face da Constituição.

Em caso de exclusão pura e simples, a inconstitucionalidade seria manifesta. Primeiro, em função de negar uma prerrogativa básica, essencial à própria competência tributária, que é o poder de isentar – e mover as demais técnicas de desoneração ou de leniência. Segundo, existem outros mecanismos que permitem atingir os mesmos objetivos sem uma

interferência tão impactante sobre a autonomia política – e não somente a autonomia financeira – dos Estados.

Se considerada a letra da Constituição, os benefícios fiscais relativos ao ICMS têm sua validade jurídica condicionada à lei complementar reguladora do assunto (art. 155, § 4º, XII, g, da CF/1988). A lei pertinente, recepcionada pela nova ordem de 1988, é a Lei Complementar nº 24/1975, que condiciona a concessão e a revogação das isenções de ICMS aos convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal. Prescreve, ainda, que a concessão de benefícios está submetida à decisão unânime dos Estados representados na deliberação para elaborar os convênios, ao passo que a revogação dependerá da aprovação de quatro quintos, no mínimo, dos representantes presentes.

O problema político em torno da “guerra fiscal” resulta do déficit de eficácia social do regramento da referida Lei Complementar nº 24/1975. Benefícios fiscais são concedidos por diversos Estados sem observância das normas contidas nessa lei, a ponto de se configurar uma normatividade paralela e extralegal em matéria de benefícios fiscais. Essa situação, sem dúvida, encaminha a um federalismo de competição oportunista, no qual cada Estado pensa somente nos seus interesses e ignora o sentido de pacto comunitário que envolve a existência de um organismo político federal.

A imperiosidade da diligência em prol de objetivos comuns permite, da perspectiva constitucional, que a autonomia financeira – e as competências tributárias que a compõem – seja relativizada, em especial quando é a própria integridade da Federação, concebida como “união indissolúvel”, que está em jogo. Por isso, ajustes e abrandamentos na extensão do poder tributário dos Estados, quando feitos sem o recurso aos meios mais severos – *e.g.*, o impedimento total de conceder benefícios – e com base em razões fundamentadas no próprio direito positivo, são autorizados, de modo que as emendas que os veiculam não ofendem a cláusula pétrea da forma federativa.

CONCLUSÕES

A sucessão histórica de diversas propostas de formulação do conceito de direito e construção de métodos interpretativos serve para ratificar o cenário de “pluralismo metodológico” encontrado na aplicação do direito. Para que a situação, normal e aceitável, de diversidade das opções teóricas não conduza a um indesejável sincretismo metodológico, no qual prevalecem o arbítrio do intérprete e as combinações aleatórias e oportunistas, é imprescindível a realização de uma escolha declarada, seja em relação à teoria que determinará a concepção de direito que embasa a investigação, seja no tocante à metodologia da interpretação jurídica que se vincula àquela teoria selecionada.

Afirma-se, desde logo, que a concepção de direito a ser seguida deriva da teoria rotulada como *positivismo jurídico metódico-axiológico*, da qual, por sua vez, procede uma doutrina específica da interpretação chamada *construtivismo metódico-axiológico*. O positivismo (conceito de direito) e o construtivismo (interpretação) metódico-axiológico, os dois pilares que fornecem completude e coerência a uma só teoria do direito, podem ser desmembrados em seis subteses: (i) modelo monista de exclusividade do direito positivo como fonte; (ii) abertura internalizada a valores; (iii) regras, princípios e objetivos como tipos de normas do direito positivo, (iv) sistema como valor; (v) funções de descrição e reconstrução crítica da ciência jurídica; e (vi) construtivismo metódico-axiológico como doutrina da interpretação.

As apropriações da teoria do Estado e da doutrina do direito público permitiram identificar o Estado Federal como o tipo de organização política que possui, simultaneamente, uma pluralidade de ordens jurídicas parciais e autônomas em um único território. O poder decorrente da soberania distribui, no ato de promulgação da Constituição, competências entre os entes da Federação, sendo a autonomia de um ente federativo caracterizada pela existência de uma ordem jurídica com fundamento de validade de suas competências legislativas diretamente na constituição, sem subordinação a nenhum outro ente.

Para o exercício de competências públicas – legislativas e administrativas –, o ente federativo deve ter um governo próprio, o que pressupõe a existência de fontes de recursos independentes de outro ente, bem como a possibilidade de escolher livremente os gastos. Auferir recursos incondicionados e determinar irrestritamente a aplicação destes são prerrogativas que integram o conceito de autonomia financeira.

Na história constitucional brasileira, a autonomia financeira dos Estados foi garantida preponderantemente pela existência de competências legislativas tributárias próprias de tributos de grande relevância. A esta fonte de receita, acresceram-se as transferências de recursos provenientes de regras constitucionais de repartição direta do produto da arrecadação, além da participação indireta mediante a constituição de fundos.

Com a reforma tributária iniciada em 1965, chegou-se à estrutura de divisão de competências que marca o “federalismo nacional”, em que as unidades federativas mantiveram sua autonomia financeira baseada na existência de competências tributárias próprias, mas com regulação por normas nacionais. Nesta reforma, instituiu-se a competência tributária dos Estados para o ICM, com regulação nacional por lei complementar e resoluções do senado. Tal imposto foi acrescido pelo advento da Constituição de 1988, com a inclusão de critérios materiais de tributos antes federais, de grande relevância arrecadatória, passando o ICMS a ser o tributo com maior arrecadação do país.

As alterações constitucionais pelos instrumentos previstos na própria Constituição – poder Constituinte derivado ou instituído – tem natureza limitada por definição. A necessidade de tal limitação é impedir a validade jurídica de uma revolução, que alteraria o núcleo de identidade constitucional, sendo que a ausência de limitações determinaria uma natureza de “Constituição provisória” ou “Constituição em branco”. Por outro lado, a previsão de um poder limitado de reforma oferece meios para ajustar as dissonâncias entre norma e realidade, evitando as transições repentinas e violentas.

As limitações de reforma chamadas cláusulas pétreas protegem matérias (princípios e valores) que compõem o núcleo intocável, perenizando como cerne imodificável da

Constituição escrita. No Brasil, a forma federativa de Estado aparece como cláusula pétrea já na primeira Constituição Republicana (1891) e estabelece-se, após momentos de centralização política, com grande força na Constituição de 1988, a qual é marcada pela rigidez e molda um Estado em que o elemento federativo possui grande força axiológica e apresenta-se como sobreprincípio que rege o sistema constitucional. Criou a Constituição, portanto, limitação material explícita (artigo 60, §4º, I) às reformas das normas constitucionais que estruturam a Federação.

As normas de competência disciplinam, programam a criação de outras normas – ou a autorização juridicamente estabelecida a sujeitos para criarem normas jurídicas, possuindo relação intrínseca com o conceito de validade no direito positivo. Por sua vez, o conceito de competência tributária seria a aptidão de um sujeito de introduzir novas normas jurídicas que disponham sobre a instituição, arrecadação e fiscalização de tributos (diversos planos materiais da competência tributária), podendo ser dividida por um critério funcional em legislativa, executiva/administrativa e judiciária. Sob o ponto de vista federativo, devem-se ressaltar a hierarquia constitucional da discriminação de competências e a descrição das bases econômicas sobre as quais incide a tributação, características que conferem ao sistema constitucional tributário uma dupla rigidez: modificativa – resistência à livre alteração, revelada, inclusive, nas restrições ao poder de emenda – e descritiva – apartam-se, mediante o uso de conceitos explícitos na Constituição ou incorporados, implicitamente, os campos privativos de cada ente.

A doutrina nacional divide-se ao discutir a validade de emendas constitucionais que determinem a alteração de competências tributárias legislativas dos Estados. Embora não se encontre quem defenda a abolição, pura e simples, de todas as competências estaduais, há uma divergência em qual seria o limite aceitável de alteração. Parte da doutrina defende a imutabilidade das competências tributárias legislativas, uma vez que qualquer modificação alteraria a forma federativa de Estado tal como instituída pelo poder constituinte originário, o que, segundo esse ponto de vista, seria vedado pela cláusula pétrea. Outra parte da doutrina, entretanto, entende que a limitação material instituída pelo artigo 60, §4º, I, do texto constitucional não determina a intangibilidade literal da divisão de competências, mas somente a proteção do “núcleo essencial” da forma federativa de

Estado – ou seja, deve haver traços de Federação, mesmo que não sejam os desenhados, originariamente, na Constituição.

A doutrina do direito constitucional e tributário tem tratado o problema do rearranjo das competências tributárias legislativas dos Estados sob o critério da determinação do limite mínimo de autonomia financeira protegido pela Constituição de 1988. Parte da doutrina não encontra qualquer vedação à alteração constitucional de competências tributárias, desde que o País não seja convertido em Estado unitário, enquanto outro grupo entende que tal possibilidade está vinculada à necessidade de manutenção de recursos “suficientes” para os entes, havendo possibilidade de compensação através da atribuição de outras fontes de receita, como a repartição do produto da arrecadação de tributos próprios de outro ente.

Sob os pressupostos do positivismo (conceito de direito) e do construtivismo (interpretação) metódico-axiológico, foi construída a fundamentação jurídica do princípio federativo na Constituição brasileira, para, então, concluir-se pela prioridade *prima facie* da forma federativa em confronto com os demais princípios e valores constitucionais. De tal conclusão decorre que todas as vezes em que o princípio federativo estiver em jogo na discussão jurídica, põe-se em questão a própria identidade constitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

Corolários da prioridade do princípio do federalismo são as ideias de segurança jurídica do federalismo e segurança jurídica das competências tributárias, na medida em que os entes políticos possuem a confiança legítima no funcionamento do sistema tributário nacional conforme as bases traçadas pelo poder constituinte originário. A partir dos argumentos jurídicos fornecidos pelo positivismo metódico-axiológico, foram analisadas cinco hipóteses que sintetizam possíveis movimentos de reforma tributária por via de emenda constitucional, para as quais foram oferecidas pautas avaliativas úteis na aferição da constitucionalidade de eventuais emendas que apresentem conteúdos semelhantes aos das hipóteses cogitadas.

Sobre a exclusão integral das competências tributárias legislativas dos Estados (primeira hipótese), concluiu-se ser vedada tal emenda em vista da prioridade da forma federativa de

Estado, a qual seria completamente descaracterizada. O argumento apagógico refreia interpretações constitucionais inadequadas, de modo que não se cogita de qualquer chance de validação jurídica para uma reforma dessa monta, ainda que fossem outorgadas novas fontes de recursos, como a repartição direta ou indireta da arrecadação.

Em relação à exclusão da competência tributária legislativa para a instituição de um imposto (segunda hipótese), conclui-se que o direito positivo brasileiro não corrobora a emenda constitucional que venha a propor tal supressão, salvo situações excepcionais concernentes a competências funcionalmente secundárias. A tal conclusão se chega pela confrontação das razões favoráveis à retração das autonomias estaduais com o próprio direito positivo, bem como mediante a identificação de meios alternativos para alcançar semelhantes fins sem a necessidade de afetar competências tributárias privativas dos Estados.

No caso de redução do campo da competência tributária legislativa para a instituição de um dos impostos estaduais (terceira hipótese), como a redução da base econômica tributável ou a criação de novas imunidades, o princípio federativo encontra contendores de semelhante hierarquia constitucional, havendo a necessidade de verificação da eficácia da supressão sugerida em face dos objetivos firmados, bem como a disponibilidade de formas alternativas de obter os desígnios propostos.

A exclusão ou mitigação da competência tributária legislativa para fixar alíquotas dos tributos privativos (quarta hipótese) também é vedada pelo direito positivo. Sendo a definição de alíquotas o meio disponível aos Estados para decidirem sobre o grau de intervenção pública sobre a economia, bem como para concretizarem planos locais de desenvolvimento e estimulação de setores empresariais menos pujantes, não pode qualquer emenda constitucional extirpar a já diminuta esfera de poder conferida aos Estados quanto à influência, via tributação do consumo, sobre a economia local. Naturalmente, não existem óbices para a criação centralizada de patamares máximos e mínimos para as alíquotas internas, bem como para a definição de alíquotas interestaduais, a qual determinaria, assim, como o imposto é repartido entre os Estados de origem e destino.

A exclusão pura e simples da competência tributária para conceder benefícios fiscais (quinta hipótese) seria manifestamente inconstitucional, em função de negar uma prerrogativa básica, essencial à própria competência tributária, que é o poder de desonerar. Entretanto, é plenamente permitido que a regulação desta matéria seja objeto de restrições, através de obrigatória deliberação coletiva pelos Estados.

REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, Fernando Luiz. *Reforma do estado e o contexto federativo brasileiro*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1999.
- ADAMS, Charles. *For good and evil – the impact of taxes on the course of civilization*. 2. ed. New York: Madison Books, 1993.
- ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- ALVES, Alaor Caffé. Planejamento e federação: algumas reflexões sobre seus princípios. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, n. 6, 1975.
- AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Imposto sobre o valor agregado – IVA – Brasil-Mercosul-União Européia*. São Paulo: Rumo/Academia Brasileira de Direito Tributário, 1995.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Tributação no Mercosul*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Tributação no Mercosul – pesquisas tributárias*. São Paulo: CEU/Revista dos Tribunais, 2002. (Nova Série, n. 3).

AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AMARO, Luciano. Cláusulas pétreas tributárias e o direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 21, 1997, p. 71-78.

AMARO, Luciano. *Cláusulas pétreas tributárias e o direito tributário*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 21, 1997, p. 71-78.

AMERISO, Claudia C. Coordinación de políticas tributárias para la constitución del mercado ampliado. In: CALDANI, Miguel Angel Ciuro (Org.). *Del Mercosur*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

Anais da Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, v. 1-2.

ANASTOPOULOS, Jean. *Les aspects financiers du fédéralisme*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1979.

ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: Malheiros, 2006.

AQUINO, São Tomás de. Treatise on law. The Summa Theologica. Questions 90-108. v. II. Trad. Padre Laurence Shapcote. Chicago: Enciclopédia Britânica, 1990, p. 208 e ss. (Col. Great Books of the Western World, v. 18.). In: ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAÚJO, Aloízio Barboza de et al. *Transferências de impostos aos estados e municípios*. Rio de Janeiro: IPEA-INPES, 1973.

ARAÚJO, Jackson Borges de. *O controle judicial de (in)constitucionalidade de emendas à Constituição*. Recife: Inojosa, 1995.

ARAUJO, Luiz Alberto David. O federalismo brasileiro, seus característicos e a vedação material contida no art. 60, § 4º, alínea I. *Revista dos Tribunais*, ano 5, n. 18, jan. -mar. 1997, p. 145-153.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. O federalismo brasileiro, seus característicos e a vedação material contida no art. 60, parágrafo quarto, I. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *Doutrinas essenciais. Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. III. p. 137-150.

ARZUA, Heron. O Mercosul e a Uniformização dos Impostos sobre Circulação de Mercadorias. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 56, São Paulo: Dialética, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito – introdução e teoria geral, uma perspectiva luso-brasileira*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan. A nova proposta de reforma tributária e o pacto federativo. *Revista de Estudos Tributários*, São Paulo: Síntese, n. 61, maio-jun. 2008, p. 57-64.

ATALIBA, Geraldo. Competência legislativa supletiva estadual. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 62, 1982.

ATALIBA, Geraldo. Convênios Interestaduais. *Revista de Direito Público*, v. 67, São Paulo: RT, 1983.

ATALIBA, Geraldo. *Hermenêutica e sistema constitucional tributário*: interpretação no direito tributário. São Paulo: Forense/ Educ. 1975.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ATALIBA, Geraldo. IPTU e progressividade. *Revista de Direito Público*, n. 93, São Paulo: RT, 1991.

ATALIBA, Geraldo. Isenção e subvenção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 508, 1978.

ATALIBA, Geraldo. Isenções por convênios. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21/22, 1982.

ATALIBA, Geraldo. *Natureza Jurídica da Contribuição de Melhoria*. São Paulo: RT, 1964.

ATALIBA, Geraldo. Normas gerais de direito financeiro e tributário e autonomia dos estados e municípios. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 10, 1969.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: RT, 1968.

ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. Núcleo da definição constitucional do ICM. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 25/26, 2004.

ATALIBA, Geraldo; GONÇALVES, José Artur Lima. Crédito-prêmio de IPI – Direito Adquirido – Recebimento em Dinheiro. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: RT, n. 55, 1991.

AULT, Hugh J.; McDANIEL, Paul R.; SURREY, Stanley S.; WARREN, Willian C. *Federal Income Taxation – cases and materials*. Mineola: The Foundation Press, 1972. v. I.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. *Clínica fiscal*. Salvador: Livraria Progresso, 1958.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- BALEEIRO, Aliomar. *Discriminação de rendas e reforma constitucional*. Conferência no Auditório do Ministério da Fazenda. Brasília: IBDF, abr. 1952. p. 9.
- BALEEIRO, Aliomar. Imunidades e isenções tributárias. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: RT, n. 1, 1977.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças e à política fiscal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Atualizado por Dejalma de Campos. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BALTAZAR, Ubaldo Cesar. *Notas sobre o IVA e sua instituição no sistema tributário brasileiro*. *Revista dos Tribunais*, ano 83, v. 707, set. 1994.
- BALTHAZAR, Ezequiel Antonio Ribeiro. Fundos constitucionais como instrumento de redução das desigualdades regionais na federação. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*. Barueri: Manole, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de estado na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 202, 1995.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da soberania. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: UFMG, n. 63/64, 1986,.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do poder constituinte. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 52, jan. 1981.
- BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira* (coligados por Homero Pires), São Paulo: Saraiva, 1934. v. V-VI.
- BARDHAN, P.; MOOKHERJEE, D. *Relative Capture of Local and Central Governments: an essay in the political economy of decentralization*. Thesis – University of California at Berkeley and Boston University, 1999.

BARROS, Sérgio Resende. *Poder constituinte*. Disponível em: <www.srbarros.com.br>. Acesso em: 19 fev. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTO, José Guilherme Xavier de. *A tributação do consumo e sua coordenação internacional*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1.

BASTOS, Celso. A federação e o sistema tributário. In: BASTOS, Celso (Coord.). *Por uma nova federação*. São Paulo: a Revista dos Tribunais, 1995.

BAYER, Hermann-Wilfried. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wirtschaftlenkung durch Steuerbefreiungen. *Steuer und Wirtschaft*. Köln: Otto Schmidt, n. 2, 1972.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BENITEZ GOMEZ, Juan Alberto. *Problemas tributários que plantea el Mercosur*. Montevideo: Facultad de Derecho Universidad de la Republica, 1993.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BERGAMINI, Adolpho. *ICMS*. São Paulo: Fiscosoft, 2012. (Coleção Curso de tributos indiretos, v. 1).

BERTEA, Stefano. *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2002.

BERTI, Flávio de Azambuja. *Ofensa aos princípios federativo e da autonomia municipal mediante usurpação de competências tributárias*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, (UFRP), Curitiba, 2005.

BEZERRA FALCÃO, Raimundo. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BIELSA, Rafael. *Compendio de derecho público constitucional administrativo y fiscal. derecho fiscal*. Buenos Aires: Depalma, 1952. v. III.

BLANCHARD, Olivier. *Macroeconomia – teoria política e econômica*. Trad. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

BOEHM, Max Hildebert. *Encyclopedia of the Social Sciences*. New York: The Macmillan. 1933.

BOFF, Salete Oro. *Reforma tributária e federalismo: entre o ideal e o possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, José Souto Maior. *A reforma do sistema tributário nacional – Emenda Constitucional nº 18*. Recife: Imprensa Universitária, 1967.

BORGES, José Souto Maior. A reforma tributária: seus modelos e sua crítica. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Tributação e desenvolvimento – homenagem ao Prof. Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

.

BORGES, José Souto Maior. *Isenções tributárias*. São Paulo: Sugestões Literárias, 2001.

BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: RT, 1975.

BORGES, José Souto Maior. O fato gerador do ICM e os estabelecimentos autônomos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 103, p. 33-48. jan./mar. 1971.

BORGES, José Souto Maior. Subvenções. Natureza jurídica. Não se confundem com as isenções. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 20, 1976.

BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOTHE, Michael. Federalismo – um conceito em transformação histórica. In: *O Federalismo na Alemanha*. São Paulo: Centro de Estudos Konrad Adenauer Stiftung, 1995.

BOYSEN, Sigrid. *Gleichheit im Bundesstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

BRITO, Carlos Ayres. A reforma constitucional e a sua intransponível inabolibilidade. *Perspectivas constitucionais*. Coimbra: Coimbra, 1997.

BRITO, Carlos Ayres. A reforma constitucional e a sua intransponível limitabilidade. *Perspectivas constitucionais*. Coimbra: Coimbra, 1997. (Obra coletiva, II).

BRITO, Edvaldo. A atividade financeira do Estado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2000.

BRITO, Wladimir. Tempo e direito. O tempo de revisão constitucional. *Direito e Cidadania*, n. 16/17, set. 2002.

BRUCIO, Fernando Luiz. A reconstrução das funções governamentais no federalismo brasileiro. In: SÃO CARNEIRO, José M. B.; HOFMEISTER, Wilhelm (Coord.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. v. I.

BUCHANAN, James. *Federalism as an ideal political order and an objective for constitutional reform*. México: Cancun, 1995.

BUCHANAN, James. *The public finances*. Homewood: Richardo D. Irwin, 1970.

BUJANDA, Fernando Sainz de. Estructura jurídica del sistema tributário. *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*. Madrid: Editorial de Derecho Financeiro, 1964. p. 9.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo, 1996.

BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1969. v. 4.

BUZAID, Alfredo. *O estado federal brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça, 1971

CABIANCA, Lucas Bevilacqua. A mini-reforma tributária a partir da perspectiva do federalismo do equilíbrio e do direito fundamental ao desenvolvimento. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, v. 23, 2007.

CABRAL, Pedro M. *Alguns problemas de discriminação de rendas no Brasil*. Salvador: Progresso [s/d].

CAGGIANO, Monica Herman S. Federalismo incompleto. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, n. 2, 2003.

CALCIOLARI, Ricardo Pires. Aspectos jurídicos da guerra fiscal no Brasil. *Cad. Fin. Púb.*, Brasília, n. 7, dez. 2006.

- CAMARGO, Guilherme Bueno de. A guerra fiscal e seus efeitos: autonomia x centralização. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*. Barueri: Manole, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 8. reimpr. Coimbra: Almedina, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da dupla revisão na Constituição Portuguesa. *Revista Fronteira*, Coimbra, 1979.
- CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARONE, Edgard. *A república nova (1930-1937)*. 2. ed. São Paulo: Difel, 1976.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Jimenez-Blanco. La función legislativa y la reserva de administración: Notas sobre un nuevo concepto. *Revista de Las Cortes Generales*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, n. 2, 1987.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979.
- CARVALHO, André Regis. Reengenharia federativa: a questão dos consórcios intermunicipais. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos (Orgs.). *Administração pública – direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovação e polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CARVALHO, Osvaldo Santos de. “Guerra Fiscal” no Âmbito do ICMS. In: CAMPILONGO, Paulo A. Fernandes (Coord.). *ICMS – aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. A concessão de isenções, incentivos ou benefícios fiscais no âmbito do ICMS. In: CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Guerra fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS*. São Paulo: Noeses, 2012.

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noesis, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. ICMS – incentivos – conflitos entre estados – interpretação. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 66, 1994.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Imunidades tributárias. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27-28-29, 1984.
- CASTRO, José Nilo de. Considerações sobre o federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 22, n. 85, 1985.
- CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CAVALCANTI, Carlos Eduardo G.; PRADO, Sérgio. *Aspectos da guerra fiscal no Brasil*. Brasília, São Paulo: IPEA/FUNDAP, 1998.
- CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa, *Constituição Federal brasileira (1891)*. Brasília: Senado Federal – Conselho Editorial, 2002.
- CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal brasileira – comentários*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1924.
- CHRISTIE, George C. Some key jurisprudential issues of the twenty-first century. *Tulane Journal of International & Comparative Law*, v. 8, 2000. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/246>. Acesso em: 10 set. 2012.
- CICCONETTI, Stefano Maria. *La revisione della Costituzione*. Padova: CEDAM, 1972.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.
- COLSON, Jean-Phillipe. *Droit Public Économique*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2001.
- COMISSÃO DE REVISÃO DE RENDAS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Reforma da discriminação constitucional de rendas*. Relatório apresentado ao término dos trabalhos da comissão. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 1965.

CONTI, José Maurício. Apresentação. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*. Barueri: Manole, 2004.

CONTI, José Maurício. Apresentação. In: LOBO, Rogério Leite. *Federalismo fiscal brasileiro: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

CONTI, José Maurício. *Direito financeiro na Constituição de 1988*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

CONTI, José Maurício. Federalismo fiscal e a repartição das receitas tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1996.

CONTI, José Maurício. *Sistema constitucional tributário interpretado pelos tribunais*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

CORRÊA, Sabrina Michele Souza de Souza. *Cláusulas pétreas em matéria tributária: federação e direitos fundamentais*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2006.

COSA, Priscyla. *Governo de São Paulo cobra R\$ 80 mil em IPVA de Rogério Ceni*. Consultor Jurídico, São Paulo, nov. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-nov-27/governo_sao_paulo_cobra_80_mil_ipva_rogerio_ceni>. Acesso em: 10 dez. 2012).

COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000.

COSTA, Alcides Jorge. *A nova ordem constitucional – aspectos polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

COSTA, Alcides Jorge. *O ICM na Constituição e na lei complementar*. São Paulo: Resenha Tributária, 1979.

COSTA, Alcides Jorge. Prefácio. In: CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

COSTA, Eliud José Pinto da. *ICMS mercantil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COSTA, Emília Viotti da. Introdução ao estudo da emancipação política do Brasil. In: MOTA, Carlos Guilherme. *Brasil em perspectiva*. 11. ed. São Paulo: Difel, 1980.

COSTA, Gustavo de Freitas Cavalcanti. O processo de reforma tributária: uma reflexão político-jurídica sobre redefinição federativa, descentralização e centralização quanto ao ICMS. *Revista Tributação & Desenvolvimento*, Recife: SEFAZ-PE, ano 3, n. 1, 2001.

COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias – teoria e análise da jurisprudência do STF*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, Regina Helena. *Propostas da Comissão de Altos Estudos da Justiça Federal. Reforma Tributária – texto definitivo*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003 (Conclusão de estudos realizados em comissão oficial).

CRUCIS, Henry Michel. *Finances publiques*. Paris: Montchrestien, 2003.

CUNHA, Fabiana Azevedo da. *Federalismo fiscal no Brasil: a realidade do federalismo competitivo e a busca da cooperação e do equilíbrio*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006.

CUNHA, Fernando W. Federação: soberania e autonomia. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 173, 1985.

D'AMANTI, Nicola. Las exenciones y la subjetividad tributaria. *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Madrid, n. 81, 1969.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Competências municipais. *Estudos de Direito Público – Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo*, São Paulo, n. 4, 1983.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O estado federal*. São Paulo: Ática, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DE LA NUEZ DE LA TORRE, Pablo. Estudio jurídico de las exenciones fiscales. In: XI SEMANA DE ESTUDIOS DE DERECHO FINANCIERO, Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1964. v. I.

DEBACO, Eduardo; JORGE NETO, Paulo. *O impacto da renúncia fiscal sobre a arrecadação dos governos que lutam por investimentos privados*. Belém: ANPEC, 1999.

DEL MAR, Maksymilian T. *The ethics of legal theory: towards pluralist pragmatism*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1087793>>. Acesso em: 4 set. 2012.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Federalismo, estado democrático de direito e imposto sobre o consumo. *Revista de Direito Tributário*, n. 75. São Paulo: Malheiros, 1999.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Fundamentos da competência tributária municipal. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: RT, n. 13-14, 1980.

DERZI, Misabel Abreu Machado; NAVARRO, Sacha Calmon. A hipótese de incidência do ICMS: irrelevância dos contratos de compra e venda, sem tradição ou entrega das

mercadorias. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado; NAVARRO, Sacha Calmon. *Direito tributário aplicado* – estudos e pareceres. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. A necessidade da instituição do IVA no sistema constitucional tributário brasileiro. *Seqüência*, Florianópolis, v. 31, 1995.

DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito* (na obra de Hans Kelsen). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DOMINGUES, José Marcos. Direitos fundamentais, federalismo fiscal e emendas constitucionais tributárias. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, v. 4, n. 4, 2004.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional tributário e “due process of law”*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo: José Brushatsky, 1972.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Princípios constitucionais tributários e a cláusula due process of law*. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 1964.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Problemas de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1919.

DOUIN, Claude-Sophie. *Le federalism autrichien*. Paris: LGDJ, 1977.

DUARTE, José. *A Constituição brasileira de 1946, exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembleia Constituinte*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. v. I.

DUVERGER, Maurice. *Finances publiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1963.

ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*. São Paulo: Apet/MP, 2005.

ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1989

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Unesp, 2009.

ENCINAR, José Juan González. *El estado unitario-federal: la autonomía como principio estructural del estado*. Madrid: Tecnos, 1985.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Trad.: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ENRICO DE MITA. Il Principio di Capacità Contributiva. *Interesse Fiscale e Tutela del Contribuente*. Milano: Giuffrè, 1991.

ESMEIN, A. *Éléments du droit constitutionnel français et compare*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1921. v. 2.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Sistema tributário brasileiro: discriminação de rendas*. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1965.

FANUCCHI, Fábio. Convênios para isenção de ICMS – inconstitucionalidades da lei complementar nº 24, de 1975, *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 01, p. 42-45, 1977.

FERNANDES, Edilson Carlos. *A não-discriminação tributária nos acordos multilaterais do comércio*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FERNANDES, Edilson Carlos. Tributação no Mercosul. In: MARTINS. Ives Gandra da Silva (Org.). *Tributação no Mercosul – Pesquisas Tributárias – Tributação no Mercosul – pesquisas tributárias*. São Paulo: CEU/Revista dos Tribunais, 2002. (Nova Série, n. 3).

FERNANDEZ, Regina C. Pedrotti Vespero. *Imposto sobre transmissão causa mortis e doação, ITCMD*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDEZ, Regina Celi Pedrotti Vespero. *Imposto sobre transmissão causa mortis e doação, ITCMD*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAZ JR. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente – uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 7, 1994.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERRAZ, Roberto. Aspectos controvertidos do IPVA. *RDDT*, São Paulo: Dialética, n. 71, fev. 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. *Revista de Direito Administrativo*, n. 202, p. 11-17. 1995.

FERREIRA, Luiz Pinto. *As emendas à Constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, jan.-jun./2003.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais de direito constitucional moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

FERRERI, J. H. A federação. In: BASTOS, Celso. *Por uma nova federação*. São Paulo: RT, 1995.

FISS, Owen. Objectivity and interpretation. *Stanford Law Review*, v. 34, 1982. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2204&context=fss_papers>. Acesso em: 10 set. 2012).

FORNROUGE, C. M. Giuliani. *Conceitos de direito tributário*. São Paulo: Lael, 1973.

FREIRE, Felisbello. *História constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Tipografia Aldina, 1894. v. I.

FREYRE, Guilherme. *Ordem e progresso*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1962. t. 2.

FRIAUF, Karl Heinrich. *Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1966.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 30. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2001.

GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as cláusulas pétreas: o ônus argumentativo em prol da governabilidade?*, monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, 2011, p. 30. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/193_Fernando%20Gallacci.pdf>. Acesso em: 20 set. 2012).

GAMA, Evandro Costa. A reforma tributária e a autonomia financeira das entidades subnacionais. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*, Barueri: Manole, 2004.

GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noesis, 2009.

GIANINNI, Achille D. *I concetti fondamentali del diritto tributario*. Torino: Utet, 1956.

GIANINNI, Achille D. *Istituzioni di diritto*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1960.

GIANINNI, Massimmo Severo. Saggio sui concetti di autonomia. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, out./dez. 1951.

GIANNI MARONGIU. *I fondamenti costituzionali dell'imposizione tributaria. Profili storici e giuridici*. Torino: Utet, 1991.

GIARDINA, Emilio. *Le basi teoriche del principio di capacità contributiva*. Milano: Giuffrè, 1961.

GOLDBERG, Daniel K. *Entendendo o federalismo fiscal: uma moldura teórica multidisciplinar*. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*. Barueri: Manole, 2004.

GOMES, Émerson C. S. Fundamentos das transferências intergovernamentais. *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo, ano II, n. 24, dez. 2007.

GOMES, Nuno Sá. *Teoria geral dos benefícios fiscais*. Lisboa: CCTF, 1991.

GOODRICH, Peter. Historical aspects of legal interpretation. *Indiana Law Journal*, v. 61, 1986, iss. 3, article 2. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol61/iss3/2>>. Acesso em: 10 set. 2012.

GORDON, R. H. An optimal taxation approach to *fiscal federalism*. *The Quarterly Journal of Economics*, Boston: MIT Press, v. 98, n. 4, Nov. 1983, p. 567-586.

GRAMLICH, E. M.; H. GALPER. State and local behavior and federal grant policy. *Brookings Papers*, n. 1, 1973.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Marco Aurélio; ZONARI, Anna Paola. *ICMS – materialidade e princípios constitucionais, curso de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: CEJUP, 1993. v. 2.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Sistema tributário e reforma. Eficiência x direitos e garantias fundamentais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Tributação e desenvolvimento – homenagem ao Prof. Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999.

GUASTINI, Riccardo. A sceptical view on legal interpretation. In: COMANDUCCI, P.; GUASTINI, R. (Eds.). *Analisi e diritto* 2005. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2006.

GUTIERREZ, Miguel Delgado. Repartições de receitas tributárias: a repartição das fontes de receita; receitas originárias e derivadas. A distribuição da competência tributária. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*. Barueri: Manole, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HALPÉRIN, Jean-Louis. Legal interpretation in 18th century Europe: doctrinal debates and political change. In: MORIGIWA, Y.; STOLLEIS, M.; HALPERIN, JL. (Eds.). *Interpretation of law in the age of enlightenment*. Dordrecht: Springer, 2011.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. London; New York: Penguin Books, 1987.

HARRIS, J. W. Over ruling constitutional interpretations. In: SAMPFORD, Charles; PRESTON, Kim. *Interpreting constitutions – theories, principles and institutions*. Sydney: The Federation Press, 1996.

HART, Hebert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEMMING, R.; SPAHN, P. B. European Integration and the Theory of Fiscal Federalism. In BLEJER, M. I.; TER-MINASSIAN, T. (Orgs.). *Macroeconomic Dimensions of Public Finance: essays in honour of Vito Tanzi*. London: Routledge, 1997.

HENRIQUES, Elcio Fiori. A não discriminação tributária no Mercosul e o PIS-importação e a Cofins-importação. *Revista de Direito Internacional Tributário*, ano 2, n. 5, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

HENRIQUES, Elcio Fiori. Arts. 1º a 8º. In: CONTI, José Maurício (Coord.). *Orçamentos públicos – a Lei 4.320/1964 comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HENRIQUES, Elcio Fiori. *O fato gerador do ICMS-Comunicação e o serviço de veiculação de imagens por outdoor*. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 164. São Paulo: Dialética, 2009.

HENRIQUES, Elcio Fiori. Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

HESSE, Konrad. *Der Unitarische Bundesstaat*. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1962.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HOBSON, Paul; WATTS, Ronald L. *Fiscal Federalism in Germany*. Thesis. 2000. Disponível em: <http://www.aucc.ca/_pdf/english/programs/cepra/watts_hobson.pdf>. Acesso em 13: nov. 2007.

HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental legal conceptions*. Columbia: Walter Wheeler Cook, 1920.

HOLANDA, Sérgio Buarque. A herança colonial – sua desagregação. In: HOLANDA, Sérgio Buarque. *História geral da civilização brasileira*. 6. ed. São Paulo: Difel, t. II, v. 3.

HORTA, Raul Machado. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: UFMG, 1964.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HORTA, Raul Machado. Problemas do Federalismo. *Perspectivas do federalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais, 1958.

ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito tributário na nova Constituição*. São Paulo: Atlas, 1989.

JARACH, Dino. *Curso superior de derecho tributário*. Buenos Aires: Liceo Procesional Cima, 1969.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JESCH, Dietrich. *Gesetz und Verwaltung*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1961.

JÈZE, Gaston. *Principios Generales de Derecho Administrativo*. Tradução de Millán Almagro. Primeira Parte. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. Trad. João Vasconcelos. 23. ed. São Paulo: Forense, 2004.

JOOSS, Gerhard. Subventionsrecht. In: KLEIN, Franz (Coord.). *Lehrbuch des öffentlichen Finanzrechts*. Darmstadt: Luchterhand, 1987.

KAREHNKE, Helmut. Subventionen und ihre Kontrolle. Möglichkeiten und Grenzen. *Die Öffentliche Verwaltung*, n. 32, Stuttgart: Kohlhammer, 1975.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 1-35.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. 4. tir. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KIRCHHOF, Paul. *Der Verfassungsauftrage zur Erneuerung des Steuerrechts*. Disponível em: <www.akademienunion.de/_files/akademiejournal/2002-2/AKJ_2002-2-S-15-26_kirchhof.pdf>. Acesso em: 15 maio 2008.

KIRCHHOF, Paul. Staatliche Einnahmen. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts*. Heidelberg: Müller, 1990. t. 4.

LABAND, Paul. *Le droit public de l'empire Allemand*. Paris: Giard Birère, 1900. t. I.

LANG, Joachim; TIPKE, Klaus. *Steuerrecht – Ein systematischer Grundriß*. 13. ed. Köln: O. Schmidt, 1991.

LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Líder, 2001.

LAURÉ, Maurice. *La taxe sur La valeur ajoutée*. Paris: Sirey, 1953.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LEHMBRUCH, Gehard. *The Institutional Framework: Federalism and Decentralisation in Germany*. Tese, 2000. Disponível em: <<http://www.uni-konstanz.de/FuF/Verwiss/Lehmbruch/Veroeffentlichung/Druckfas.rtf>>. Acesso em: 13 nov. 2007.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LIMA, Oliveira. *O movimento da Independência – o Império brasileiro (1821-1889)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, [s/d].

LOBO, Rogério Leite. *Federalismo fiscal brasileiro: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

LOCATELLI, Soraya David Monteiro. Imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo GallegoAnabitarte. 2. ed. Madrid: Ariel, 1986.

LONGO, Carlos A. *A disputa pela receita tributária no Brasil*. São Paulo: IPE/USP, 1984.

LONGO, Carlos A. Federal problems with VAT in Brazil. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro: FGV, v. 48, n. 1, 1994.

LOPES FILHO, Osiris. *Reforma tributária agride a Constituição e a federação*. Disponível em: <http://www.correiocidadania.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1546:manchete120308&catid=15:osiris-lobes-filho&Itemid=93> Acesso em: 16 jan. 2012.

LOPES, José Reinaldo Lima. *As palavras e a lei*.

LOPES, José Reinaldo Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34-Edesp, 2004.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 4-6.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética, 2005.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Direito tributário e financeiro*. 2. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Malheiros, 2010

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Tributação no Mercosul*. In: MARTINS, Ives Gandra Martins (Org.). *Tributação no Mercosul – pesquisas tributárias*. São Paulo: CEU/Revista dos Tribunais, 2002. (Nova Série, n. 3).

MACHADO, Hugo de Brito. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos. *A Constituição Federal de 1967 comentada (arts. 1 a 106)*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Guilherme Waldemar D'Oliveira. *A despesa fiscal e o orçamento do estado no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Almedina, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Estímulos fiscais e a unanimidade constitucional*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros (Orgs.). *Guerra Fiscal – reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS*. São Paulo: Noeses, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O IPVA e os direitos dos contribuintes. *Gazeta Mercantil*, 12 dez. 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O que os descentralizadores não dizem sobre a reforma tributária constitucional. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 6, 31 jul. 1988.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O sistema tributário na constituição e eventual reforma. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 8, n. 36, p. 07-17, nov./dez. 2010.

MARTINS, Rogério Gandra da Silva. *Curso de direito tributário*. Coordenação de MARTINS, Ives Gandra da Silva. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MASUELLI, Saverio. In claris non fi tinterpretatio. Alle origine del brocardo. *Rivista di Diritto Romano*, v. II, 2002.

MATIAS-PEREIRA, José. Finanças públicas. A política orçamentária no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. II.

MEIRELES, Hely Lopes. *Finanças municipais*. São Paulo: RT, 1979.

MÉLEGA, Luiz. Os convênios destinados a estabelecer isenções, reduções e outros favores fiscais relativos ao imposto sobre a circulação de mercadorias (ICM). In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (Coord.). *Estudos tributários*. São Paulo: Resenha Tributária, 1974.

MELLO, José Luiz de Anhaia. *O estado federal e as novas perspectivas*. São Paulo: Max Limonad, 1960.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do estado federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937.

MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS – teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS, teoria e prática*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Marcos. Federalismo fiscal. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (Orgs.). *Economia do setor público no Brasil*. São Paulo: FGV/Elsevier/Campus, 2005.

MENDONÇA, Cristiane. *Competência tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOLINA, Pedro Herrera. *La exención tributaria*. Madrid: Colex, 1990.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. A imunidade tributária e seus novos aspectos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 34, São Paulo: Dialética, 1998.

MOREIRA FILHO, Aristóteles. A “antecipação parcial” do ICMS nas operações interestaduais e a crise do federalismo fiscal no Brasil: critério da origem vs. critério de destino na teoria e na prática da tributação sobre valor agregado. In: CAMPILONGO, Paulo A. Fernandes (Coord.). *ICMS – aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo F. Competência concorrente limitada – o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 100, 1988.

MOREIRA NETO, Diogo F. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA, Vital. *Constituição e revisão constitucional*. Lisboa: Caminho, 1980.

MORRIS, A. Z. *Doação em direito civil – direito dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3.

MORTARI, Constantino. Concetto, limiti, procedimento dela revisione costituzionale. *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952.

MORTATI, Constantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1969.

MORTATI, Constantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1969, v. 2.

MOSCHETTI, Francesco. La capacità contributiva – profili generali. In: MOSCHETTI, Francesco (Coord.). *La capacità contributiva*. Milano: CEDAM, 1993.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 3. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. 2. ed. Berlin: Duncker et Humblot, 1994.

MUSGRAVE, R. A., MUSGRAVE, P. B. *Finanças Públicas: teoria e prática*. São Paulo: EDUSP, 1980.

NEVES, A. Castanheira. *Digesta*. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NOGUEIRA, Octaviano. *Constituições brasileiras: 1824*. 2. ed. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Coleção Constituições brasileiras, v. I).

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOVELLI, Flávio Bauer. Norma constitucional inconstitucional? – aA propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93. *Revista de Direito Administrativo*, nº 199, 1993.

OATES, Wallace. Federalism and government Finance. In: OATES, Wallace (Org.). *The Economics of Fiscal Federalism and Local Finance*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 1994.

OATES, Wallace. *Fiscal federalism*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972.

OETER, Stefan. Föderalismus. In: BOGDANDY, Armin von (Org.). *Europäisches Verfassungsrecht. (Theoretische und dogmatische Grundzüge)*. Heidelberg: Springer, 2003.

OLIVEIRA, Régis F.; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PATTERSON, Dennis. Interpretation in law. *U. San Diego Law Review*, v. 42, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=702921>>. Acesso em: 10 set. 2012.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Las normas sobre la producción jurídica .*Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 6, p. 119-154, 2003.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *A crise da pesquisa em direito no Brasil: armadilhas e alternativas ao formalismo jurídico*. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/CaiodaSilvaPereiraandPauloTodescanLessaMattos__Portuguese_.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2012).

PEREIRA, César A. Guimarães. *O endividamento público na lei de responsabilidade fiscal*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da lei de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001.

PEREIRA, Fábio Franco. *A federação no constitucionalismo brasileiro*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010.

PEREIRA, Marcos Keel. *O lugar do princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência dos tribunais portugueses. Uma perspectiva metodológica*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/KeelP.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2012).

PIETRO, Juliano Di. Repartição das receitas tributárias: a repartição do produto da arrecadação. As transferências intergovernamentais. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*. Barueri: Manole, 2004.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Cláusulas pétreas tributárias. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 92, São Paulo: Dialética, 2003.

PINTO FERREIRA, Luiz. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

PINTO FERREIRA, Luiz. *Princípios gerais do direito constitucional Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951. t. 2.

PIZZORUSSO, Alexandre. *Comentario dela Costituzione a cura di G. Branca – garanzie costituzionali*. Bologna: Zanichelli, 1981.

- PLEYER, Marcus. *Föderative Gleichheit*. Berlin: Duncker und Humbolt, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição Federal de 10.11.1937*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1938. t. I.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1 de 1969)*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1934. t. 2.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- PONTES, Helenilson Cunha. Os convênios em matéria de ICMS na atual ordem constitucional. In: PONTES, Helenilson Cunha. *Ensaio de Direito Tributário*. São Paulo: MP/Apet, 2005.
- PRADO, Sergio; CAVALCANTI, Carlos Eduardo. *A guerra fiscal no Brasil*. São Paulo: Fundap, 2000.
- PRADO, Sérgio; QUADROS, Waldemir; CAVALCANTI, Carlos Eduardo. *Partilha de recursos na federação brasileira*. São Paulo: FUNDAP, 2003.
- PRUD'HOMME, R. The dangers of decentralization. *Research Observer*, Washington: The World Bank, v. 10, n. 2, 1985.
- QUADROS, W. L. A tributação indireta no Brasil. In: AFFONSO, Rui B. A.; SILVA, Pedro Luiz B. (Orgs.). *Reforma tributária e federação*. São Paulo: Fundap/Unesp, 1995.
- QUINTANS, Alexandre Duarte. *Evolução da receita do IPVA nos estados brasileiros*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/30724#0.1_01000004>. Acesso em: 5 dez. 2012.
- RAMOS, Rui Moura. *A convenção europeia dos direitos do homem. Sua posição face ao ordenamento jurídico português*. Coimbra: Coimbra, 1982.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Aspectos jurídicos da autonomia universitária no Brasil. *Revista CEJ*, v. 9, n. 31 out./dez. 2005.
- REAGAN, M. D. *The new federalism*. New York: Oxford University Press, 1972.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RENZSCH, Wolfgang. German Federalism under the challenge of European Integration and German Unity. In: AFFONSO, Rui B. A.; SILVA, Pedro Luiz Barros (Orgs.). *A federação em perspectiva – ensaios selecionados*. São Paulo: Fundap, 1999.

REZENDE, Fernando. *Globalização, federalismo e tributação*. Disponível em: <<http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/ppp20.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Federalismo fiscal e reforma tributária*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 15 ago. 2012.

RIKER, William Harrison. *The theory of political coalitions*. New Haven: Yale University Press, 1962.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, v. 324, out./dez. 1993.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Reforma constitucional total e Constituição: remédio ou suicídio constitucional?. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n. 120, 1993.

ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos – esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa*. Coimbra: Coimbra, 2008.

RODI, Michael. *Die Subventionsrechtordnung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Imposto sobre a transmissão de bens ou direitos a eles relativos – *causa mortis* e doações (ITCMD). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROMANO, Salvatore. Autonomia privata. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, out./dez. 1956.

ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1953.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2. ed. Trad. Edson Bibi. Bauru/São Paulo: Edipro, 2007.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.

ROVIRA, Enoch Albertí. *Federalismo y cooperación en la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1965.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto costituzionale*. 9. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1972.

RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

SAINZ DE BUJANDA, Fernando. Estructura jurídica del sistema tributário. *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*. Madrid: Editorial de Derecho Financeiro, 1964.

SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Hacienda y derecho – estudios de derecho financiero*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963. v. III.

SALDANHA SANCHES, José Luís. *Manual de direito fiscal*. Lisboa: Lex, 1998.

SALMON, Jacques. *Les subventions*. Bruxelas: Bruylant, 1976.

SAMPAIO, Leite José Adércio. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte, 2002.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. 2. ed. Salvador: Imprensa Oficial, 1961.

SAMUELSON, P. A pure theory of public expenditure. *Review of Economics and Statistics*, vo XXXIV, n.4, 1954.

SANTOS, Armenio de Oliveira dos. *Limites do poder de reforma da Constituição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre o poder de reforma da Constituição e os seus limites materiais no Brasil In: TORRES, Heleno Taveira. *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, 2005, p. 291-334.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Trad. Hebe A. M. Caletti Marenco. Campinas, São Paulo: Edicamp, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. A desvinculação de receitas da União (DRU) e a supremacia da Constituição In: SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio G. Moreira. *Justiça Constitucional e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 96-113.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. Competência tributária, transferências obrigatórias e incentivos fiscais In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Org.). *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 285-302.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: OUP, 1998.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Bogotá: Temis, 1967.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHOUERI, Luis Eduardo. Discriminação de competências e competência residual. In: SCHOUERI, Luis Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio. *Direito Tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998.

SCHOUERI, Luis Eduardo. Fato gerador da obrigação tributária. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito tributário – homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. I.

SCHOUERI, Luis Eduardo. Harmonização tributária no Mercosul. *Revista Direito Mackenzie*, ano 1, n. 2, São Paulo: Mackenzie, 2003.

SCHOUERI, Luis Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHOUERI, Luis Eduardo. Prefácio. In: ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*. São Paulo: Apet/MP, 2005.

SCHULTZE, Rainer-Olaf. Tendências da evolução do federalismo alemão: dez teses. In: CARNEIRO, José M. B.; HOFMEISTER, Wilhelm (Orgs.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SEITZ, Helmut. *Die finanzpolitischen Voraussetzungen einer Fusion der beiden Länder Berlin und Brandenburg*. 2004. Disponível em: <<http://www.tu-dresden.de/wwwlemp/forschung/fusionsgutachtenseitz.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

SEVERINI, Tiago Vasconcelos. O pacto federativo brasileiro e os limites à reforma fiscal. *Revista da Justiça Federal - SJRJ*, v. 18, 2011.

SGARBI, Adrian. *Teoria do direito: primeiras lições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SICA, Vincenzo. *Contributo Alla teoria della autonomia costituzionale*. Napoles: Dott. Eugenio Jovene, 1961.

SIEBERT, Wolfgang. Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung – zur Abgrenzung und Verflechtung von öffentlichem recht und Privatrecht. *Festschrift für Hans Niedermeyer – zum 70. Geburtstag*. Gottingen: Otto Shwarrz&Co, 1953.

SIEYES, Emmanuel. *Qu'est-ce que le tiers état?*. Geneva: Droz. 1970.

SIGG, Wolfgang. *Die Stellung der Rechnungshöfe im politischen System der Bundesrepublik Deutschland*. Berlin: Duncker & Humbolt, 1983.

SILVA, Antonio Rezende da. *A reforma tributária e a federação*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA, José Afonso da. Federalismo, autonomia e discriminação de rendas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 19, 2008.

SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro* (evolução institucional). São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, José Afonso da. Participação do município na arrecadação da União e do estado. *Revista de Direito Público*, n. 10, 1969.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Tributos e normas de política fiscal na Constituição do Brasil*. (Tese de concurso). São Paulo, 1968.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, São Paulo, n. 1. 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 226, 2001.

SIMÕES, Tiago Landi. O critério espacial do IPVA e a guerra fiscal entre os Estados. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 4, n. 1, jan./abr./2009.

SMEND, Rudolf. *Constituzione e diritto costituzionale*. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè. 1988.

SOAMES, Scott. Towards a theory of legal interpretation. *NYU Law School Journal of Law and Liberty*, v. 6, 2011. Disponível em: <http://www-bcf.usc.edu/~soames/sel_pub/Toward_a_Theory.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012).

SOARES, Fernando José Gautier Luso; SAIÃO, Maria de Guadalupe Carrasco de Melo. *Direito e pedagogia. Um brevíssimo excurso*. Disponível em: <<http://www.academiamilitar.pt/proelium-serie-vii-n.o-1/direitos-e-pedagogias.-um-brevissimo-excurso.html>>. Acesso em: 6 nov. 2012.

SOUSA, Rubens Gomes de; ATALIBA, Geraldo; CARVALHO, Paulo de Barros. *Comentários ao código tributário nacional*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007

SOUZA, Fátima Fernandes de. Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações (ICMS). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Rubens Gomes de. A Reforma tributária e as isenções condicionadas. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: RT, n. 92, 1982.

SOUZA, Rubens Gomes de. O sistema tributário federal. *Revista de Direito Administrativo*, n. 72, 1963.

SPAACK, Torben. *The concept of legal competence*. Disponível em: <http://ivr-enc.info/index.php?title=The_Concept_of_Legal_Competence>. Acesso em: 28 nov. 2012.

SPAHN, Paul B. Da controvérsia sobre a compensação financeira na Alemanha. In: CARNEIRO, José M. B.; HOFMEISTER, Wilhelm (Orgs.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SPAHN, Paul B; FÖTTINGER, Wolfgang. Germany. In: TER-MINASSIAN, Teresa (Org.). *Fiscal federalism in theory and practice*. Washington: IMF, 1997.

SPANNER, Hans. Die Steuer als Instrument der Wirtschaftslenkung. *Steuer und Wirtschaft*. n. 47. Köln: Otto Schmidt, 1970.

SPÍNOLA, Eduardo. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18.9.1946)*. Rio de Janeiro; São Paulo: Freitas Bastos, 1952. v. I.

SURREY, Stanley S. *Pathways to tax reform*. Cambridge: Harvard Press, 1973.

SURREY, Stanley S. Steueranreize als ein Instrument der staatlichen Politik. *Steuer und Wirtschaft*, Köln: Otto Schmidt, n. 4, 1981.

SURREY, Stanley S. The U.S. Income tax system – the need for a full accounting. Speech before money marketeers, November 15, 1967. *Annual Report of the Secretary of the Treasury on the State of the Finances for Fiscal Year 1969*. Washington D.C.: Government Printing Office, 1969.

SURREY, Stanley S; McDANIEL, Paul R. *International aspects of tax expenditures: a comparative study*. Deventer: Kluwer Law, 1984.

SURREY, Stanley S; McDANIEL, Paul R. *Tax expenditures*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TELES, Miguel Galvão. *O problema da continuidade da ordem jurídica e a Revolução Portuguesa*. Lisboa, 1985.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TER-MINASSIAN, Teresa. Intergovernmental fiscal relations in a macroeconomic perspective: an overview. In: TER-MINASSIAN, Teresa (Ed.). *Fiscal federalism in theory and practice*. Washington: International Monetary Fund, 1997.

TIEBOUT, C. M. A pure theory of local expenditure. *Journal of Political Economy*, n. 64. 1956.

TILBERY, Henry. *A tributação e integração da América Latina*. São Paulo: José Bushatsky, 1971.

TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung*. Köln: Otto Schmidt, 1993. v. I.

TIPKE, Klaus. *Steuerrecht*. Köln: O. Schmidt, 1978.

TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracia na América*. 3. ed. Belo Horizonte; São Paulo; Atibaia: EDUSP, 1987.

TORRECILAS RAMOS, Dirceu. *O federalismo assimétrico*. São Paulo: Plêiade, 1998.

TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, 2005.

TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Imposto sobre Serviços – ISS na Lei Complementar n. 116 e na Constituição*. Barueri: Manole, 2004. v. 1.

TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Leis complementares em matéria tributária*. São Paulo: Manole, 2003.

TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. (Org.). *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 5.

TORRES, Heleno Taveira. A compensação financeira (art. 20, 1º, CF) na discriminação constitucional de rendas – regime jurídico e aspectos tributários. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*. Belo Horizonte, v. 3, 1999.

TORRES, Heleno Taveira. A Compensação Financeira devida pela utilização de recursos hídricos, exploração de recursos minerais ou produção de petróleo, xisto betuminoso e gás natural (art. 20, 1º, CF) – sua natureza jurídica. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1998, v. II.

TORRES, Heleno Taveira. A fiscalidade internacional: entre as riquezas sem nações e os Estados (ainda) modernos. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 91, n. 332, 1995.

TORRES, Heleno Taveira. A territorialidade nos impostos diretos e tributação de não-residentes no Brasil. In: UCKMAR, Victor; ALTAMIRANO, Alejandro; TORRES,

Heleno Teveira (Org.). *Impuestos sobre el comercio internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2003.

TORRES, Heleno Taveira. As convenções internacionais e a concessão de benefícios fiscais a impostos estaduais ou municipais pela União. *Via Legis*, Manaus, v. 3, 1997.

TORRES, Heleno Taveira. BERNARDES, Flávio Couto. Sistemas de arrecadação de tributos na América Latina e princípios constitucionais. *Revista Jurídica Tributária*, v. 1, 2008.

TORRES, Heleno Taveira. Capital estrangeiro e princípio da não-discriminação tributária no direito interno e nas convenções internacionais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 87, 2002.

TORRES, Heleno Taveira. Código Tributário Nacional: teoria da codificação, funções das leis complementares e posição hierárquica no sistema. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 71, 2001.

TORRES, Heleno Taveira. Conflitos de fontes e de normas no direito tributário: o princípio de segurança jurídica na formação da obrigação tributária. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. Contradição de normas. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

TORRES, Heleno Taveira. Contribuições da doutrina italiana para a formação do Direito Tributário brasileiro. In: SCHOUERI, Luis Eduardo (Org.). *Direito tributário – homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

TORRES, Heleno Taveira. Contribuições sobre faturamento e receita (PIS e Cofins): não-cumulatividade e outros temas. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 89, 2004.

TORRES, Heleno Taveira. Curso de direito tributário. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Org.). *Curso de direito tributário*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

TORRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental: os limites dos chamados tributos ambientais. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. Derecho tributario y antinomia privada. (El poder de tributar y la teoría de los negocios jurídicos en la actualidad. Metodología para la interpretación de los hechos tributarios). *The Advance-Progress (Vidalia)*, Madrid-ES, v. 118, 2006.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. Drawback e incidência do ICMS na importação: ocorrência do fato jurídico. *Repertório de Jurisprudência IOB – Jurisprudência comentada*, São Paulo: IOB, v. 5, n. 1, 2002.

TORRES, Heleno Taveira. El derecho tributario internacional: tratados y disposiciones nacionales. In: TORRES, Heleno Taveira; PISTONE, Pasquale (Org.). *Estudios de derecho tributario constitucional e internacional*. Buenos Aires: Depalma, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. El Mercosur y el concepto de armonización en la tributación de las rentas de las empresas. *Informativo Tributario Internacional*, Lima, v. 2, 1997.

TORRES, Heleno Taveira. Fiscalidad internacional: tipología de las normas y ámbitos de estudio. *The Advance-Progress (Vidalía)*, Lima, 1997.

TORRES, Heleno Taveira. Funções das leis complementares no sistema tributário nacional – hierarquia de normas – papel do CTN no ordenamento. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 84, 2002.

TORRES, Heleno Taveira. Harmonização tributária no acordo ALCA e o direito brasileiro. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 88, 2004.

TORRES, Heleno Taveira. ICMS e regimes especiais de tributação na venda de combustíveis – diferimento, substituição e cassação de inscrição estadual nos casos de adulteração. In: CAMPILONGO, Paulo Antonio Fernandes (Org.). *ICMS: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TORRES, Heleno Taveira. ICMS sobre transporte marítimo e os contratos de fretamento. *Interesse Público*, v. 10, 2008.

TORRES, Heleno Taveira. ICMS sobre transporte marítimo e os contratos de fretamento por tempo (Time charter party). In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 5.

TORRES, Heleno Taveira. Importações diretas, por encomenda e por conta e ordem. Aplicação do AVA, IPI e PIS/Cofins, do ICMS e de medidas sancionatórias. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008.

TORRES, Heleno Taveira. Interpretação e integração das normas tributárias: reflexões críticas. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. Interpretação econômica do Direito Tributário: reflexões críticas. In: INSTITUTO URUGUAYO DE ESTUDIOS TRIBUTARIOS (Org.). *Interpretación de las normas, calificación de los actos y legislación antielusiva*. Montevideo: Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, 2004.

TORRES, Heleno Taveira. Isenções no ICMS – limites formais e materiais. Aplicação da LC nº 24/75. Constitucionalidade dos chamados convênios autorizativos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 72, 2001.

TORRES, Heleno Taveira. La autonomía financiera de los municipios en el Derecho Brasileño. In: VI CONGRESO DE LA UNIÓN IBEROAMERICANA DE MUNICIPALISTAS, 2003, Santo Domingo. *Anais do VI Congreso de la Unión Iberoamericana de Municipalistas. Municipio y Financiación. La integración y la cohesión del desarrollo territorial*. Madrid: Cuadernos de Documentación e Información Municipal, 2003.

TORRES, Heleno Taveira. La autonomía financiera de los municipios en el derecho brasileño. *The Advance-Progress (Vidalia)*, Buenos Aires, n. 4, 2002.

TORRES, Heleno Taveira. La situación actual de los derechos y garantías de los contribuyentes en las haciendas locales en América Latina. In: SERRANO ANTÓN, Fernando (Org.). *El Estado actual de los derechos y de las garantías de los contribuyentes en las haciendas locales*. Madrid: Thomson/Civitas, 2007.

TORRES, Heleno Taveira. Mercosul e o conceito de harmonização na tributação das rendas de empresas. *Cadernos de Direito Tributario e Finanzas Públicas*, SP: RT. v. 22, n. 6, 1998.

TORRES, Heleno Taveira. Município competente para exigência do ISS: Local da prestação do serviço e residência do prestador?. *Repertório de Jurisprudência IOB – Jurisprudência comentada* São Paulo, IOB, v. 9, n. 1, 2002.

TORRES, Heleno Taveira. O evolução do direito tributário [Entrevista]. *The Advance-Progress (Vidalia)*. Brasília-DF, v. 10, n. 226, 2006.

TORRES, Heleno Taveira. O modelo de Código Tributário para a América Latina OEA/BID de 1967 e o modelo CIAT de 1997. In: XX JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO TRIBUTARIO, 2000, Salvador-BA. *Anais das XX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*. Salvador: ILADT/ABDF, 2000.

TORRES, Heleno Taveira. Poder de revisão: interpretação, autonomia e limitações. In: ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO TRIBUTÁRIO (Org.). *O sistema tributário na revisão constitucional*. São Paulo: Atlas, 1994.

TORRES, Heleno Taveira. Prefácio do livro: *Tributação sobre o consumo*. São Paulo, 2008.

TORRES, Heleno Taveira. Revisão constitucional não é reforma. *Diário de Pernambuco*, Recife, 1993.

TORRES, Heleno Taveira. *Segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 2009. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

TORRES, Heleno Taveira. Segurança jurídica em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. Substituição tributária – regime constitucional classificação e relações jurídicas (materiais e processuais). *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, v. 70, 2001.

TORRES, Heleno Taveira. Tipicidade e hermenêutica dos conceitos e formas na construção das normas jurídicas – o fim da analogia no direito. In: LIMA, Martonio Monte Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial; Fundação Boiteux, 2006.

TORRES, Heleno Taveira. Tratados e convenções em matéria tributária e o federalismo fiscal brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 86, 2002.

TORRES, Heleno Taveira. Tratados internacionais em matéria tributária. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 5, 2004.

TORRES, Heleno Taveira; PIRES, Adilson Rodrigues (Org.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Heleno Taveira; UCKMAR, Victor (Org.). *Corso di diritto tributario internazionale*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2002. v. 2.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da isonomia, os incentivos do ICMS e a jurisprudência do STF sobre a guerra fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords.). *Incentivos fiscais – questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Editora, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *O princípio da transparência no direito financeiro*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 21 fev. 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Restituição de tributos*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. III.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito tributário brasileiro: sistemas constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. t. I.

TOSE, Fernanda Silva. *Receita pública: impostos estaduais*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1283>. Acesso em: 5 dez. 2012.

TREVIZAN, C. A. B. A regra matriz constitucional do ITCMD: imposto sobre transmissão causa-mortis e doação de quaisquer bens ou direitos. In: II CONCURSO SINAFRESP DE MONOGRAFIAS. Textos de monografias relacionados à área tributária e fiscal. São Paulo. *Anais...* São Paulo, 2006.

TROTABAS, Louis *Finances publiques*. Paris: Dalloz, 1964

UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de direito constitucional tributário*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT/Educ, 1976.

VARSANO, Ricardo. *A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas*. Texto para discussão n. 405. Rio de Janeiro: IPEA, 1996.

VARSANO, Ricardo. A guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde. In: IPEA. *Texto para discussão*, n. 500. Rio de Janeiro: IPEA, 1997.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Estado federal e estados federados na Constituição de 1988: do equilíbrio federativo. *Boletim de Direito Administrativo*, 1993.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1974.

VIEIRA, José Roberto. Direitos fundamentais e reforma tributária: esse obscuro e ardiloso objeto do desejo. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de Ccoord.). *Tributação e desenvolvimento* – homenagem ao Prof. Aires Barreto. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça* (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 1999.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILLA, Vittorio. Interpretazione giuridica e significato – una relazione dinamica. In: *Ars Interpretandi*. Padova: Cedam, 1998. v. 3.

VILLEGAS, Hector. *Curso de direito tributário*. Tradução de Roque A. Carrazza. São Paulo: RT, 1980.

VIOLA, Francesco. *Il diritto come pratica sociale*. Milano: Edizione Universitarie Jaca, 1990.

VOGEL Klaus. Die Abschichtung von Rechtsfolgen im Steuerrecht. *Steuer und Wirtschaft*, n. 54, Köln: Otto Schmidt, 1977.

VOGEL Klaus. Steuerrecht und Wirtschaftslenkung – Ein Überblick. *Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1968/1969*. Herne: GmbH, 1969.

VOGEL Klaus; WALDHOF, Christian. *Grundlagen des Finanzverfassungsrechts: Sonderausgabe des Boner Kommentars zum Grundgesetz (Vorbemerkungen zu Art. 104a bis 115 GG)*. Heidelberg: Müller, 1999.

WALDHOFF, Christian. *Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Steuergesetzgebung im Vergleich Deutschland – Schweiz*. München: Beck, 1997.

WEINGAST, B. *Second generation fiscal federalism: Implications for Decentralized Democratic Governance and Economic Development*. Working Paper. Hoover Institution: Stanford University, 2006.

WERNER, Jan. *The German fiscal federalism: in a State of Flux*. 2003. Disponível em: <www1.worldbank.org/wbiep/decentralization/ecalib/werner.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2007.

WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and action: a logical inquiry*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1963. Disponível em: <<http://www.giffordlectures.org/Browse.asp?PubID=TPNORM&Cover=TRUE>>. Acesso em: 20 out. 2012.

ZIMMERMAN, Horst. Guerra fiscal e federalismo cooperativo. In: CARNEIRO, José M. B.; HOFMEISTER, Wilhelm (Orgs.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

ZITZELSBERGER, H. Über die Schwierigkeiten mit den Abbau von Steuersubventionen. *Steuer und Wirtschaft*, n. 62 (3), Köln: Otto Schmidt, 1985.

ZUNZER, Wolfram. *Key Features of the German Federal System and their applicability to Sri Lanka*. Discurso, 2003. Disponível em: <www.berghof-center.org/uploads/download/german_federal_system_srilanka_zunzer.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2007.