

OS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO E A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

Claudio Carneiro¹

Ana Paula Caldeira²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo fazer um balanço dos trinta anos da Constituição de 1988 e analisar os avanços trazidos pela Lei Maior na defesa dos direitos fundamentais, sobretudo no que tange ao Constitucionalismo Contemporâneo, a partir de seus três marcos principais, quais sejam, o histórico, teórico e filosófico. Também será discutido o papel da Constituição dentro desse novo Estado Democrático de Direito que deslocou o polo de tensão dos poderes de Estado para a Jurisdição Constitucional. O artigo busca igualmente enfrentar o momento atual do Constitucionalismo que tem por fim precípua ir além do texto posto, sem descuidar, porém, do próprio Direito em sua essência. É forçoso afirmar que tal caminho abarca todos os ramos do Direito, onde, se inclui evidentemente o Direito Fiscal, que deve buscar a harmonia entre a necessária tributação com o devido respeito aos direitos fundamentais do cidadão/contribuinte e a Justiça Fiscal.

PALAVRAS-CHAVE: Trinta anos da Constituição de 1988. Direitos Fundamentais. Constitucionalismo Contemporâneo.

¹ Advogado e sócio fundador do escritório *Claudio Carneiro Advogados Associados*. Presidente da Comissão de *Compliance* e Governança Corporativa do IAB. Pós-Doutor em Direito pela Universidade Nova de Lisboa (Portugal). Doutor em Direito Público e Evolução Social. Mestre em Direito Tributário. Coordenador do Curso de *Compliance* e Planejamento Tributário da Fundação Getúlio Vargas. Professor da Escola da Magistratura do Estado do RJ. Professor do Curso de Mestrado e Doutorado da Universidade Autónoma de Lisboa. Professor do Curso de Mestrado da UniFG/BA. Presidente da Comissão de Direito à Educação da OAB/RJ. Autor de várias obras jurídicas no Brasil e no Exterior. Presidente da Comissão de Direito à Educação da OAB/RJ e Membro da Comissão de Assuntos Tributários da OAB/RJ. Presidente da OAB Barra da Tijuca/RJ. Diretor Acadêmico do Instituto Brasileiro de *Compliance*.

² Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS), Linha de pesquisa: Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá/RJ (Linha de Pesquisa: Direitos Fundamentais e Novos Direitos). Curso de Extensão em Direitos Humanos pela Universidad de Burgos (UBU) e Universidad de Sevilla, ambas na Espanha (2007). Especialista em Dir. Civil e Privado pela Universidade Gama Filho – UGF (2007). Atua profissionalmente como Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais da 3ª Zona Judiciária de Niterói – RJ, após ter sido aprovada em concurso público de provas e títulos.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO. 2. A REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL. 3. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A JUSTIÇA SOCIAL. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1.INTRODUÇÃO

É possível afirmar, sem medo de errar, que a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988 delimitou um marco inicial de uma nova Ordem Social, consolidando em seu texto um verdadeiro Estado Democrático Social de Direito, calcado precipuamente na afirmação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, buscados através de políticas públicas sociais, em especial àquelas com o fim de erradicação da pobreza extrema no País.

E completados trinta anos da Constituição de 88 é chegada a hora de perguntar: há mais avanços ou retrocessos no ordenamento jurídico e no espectro de defesa dos direitos fundamentais? Portanto, a partir deste texto somos convidados a fazer um balanço sobre os eventuais avanços democráticos alcançados a partir do texto Constitucional.

É forçoso, desde logo, reconhecer que a Constituição de 88 introduziu uma nova concepção de texto constitucional, flagrantemente marcado pelo viés principiológico, inegavelmente inspirada nas Constituições Ibéricas, que ultrapassa os limites liberais antes adotados pelas Cartas Constitucionais, agora se vê compelida a incorporar amplo rol de direitos fundamentais e, no caso do Brasil, compromissos políticos.

Conforme bem salienta CAVALCANTI MAIA³:

Na doutrina constitucional brasileira, essa nova constelação teórica, que reconhece ser a estrutura normativa composta de regras e princípios, foi primeiramente exposta como já destacado por, por Paulo Bonavides, apontando Ronald Dworkin e Robert Alexy como seus principais protagonistas. Para descrever essa nova configuração nosso venerando constitucionalista utilizou o termo “pós- Positivista”. A utilização desta rubrica se justificou na medida em que a incorporação dos princípios jurídicos e valores a eles atrelados implicou o abandono de uma das características principais do paradigma do Positivismo jurídico – a não-conexão necessária entre direito e moral.

³ MAIA, ANTONIO CAVALCANTI. *Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*. In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. (Coords. Claudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm). Rio de Janeiro: Lumem Juris, p.119.

A discussão sobre o alcance do princípio da legalidade ganha destaque, pois se percebeu, já no pós-Guerra, que o Constitucionalismo europeu, pautado no culto ao legislador e no fetiche da lei, mostrou-se incapaz de evitar o surgimento de regimes totalitários responsáveis por sistemáticas violações a Direitos Fundamentais. Nasceu assim, com a evolução do Constitucionalismo, um movimento que procura reconstruir as bases do Direito Constitucional – o chamado *Neoconstitucionalismo*⁴. Contudo, considerando que tal nomenclatura sofre críticas pela doutrina, preferimos utilizar a expressão Constitucionalismo Contemporâneo⁵.

2. A REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL

Independente da nomenclatura que se venha a adotar é imperioso destacar que esse movimento constitucional teve sua trajetória marcada por três marcos fundamentais: histórico, teórico e o filosófico.

No Brasil esse marco teórico se deu com o cenário de redemocratização do país e, malgrado as críticas que possam surgir sobre este ou aquele dispositivo constitucional, a Constituição permitiu a “travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito”.⁶

Em segundo lugar, temos o marco filosófico que, sucintamente, entende que é necessário a abertura de um novo caminho para além da legalidade estrita diante do fracasso do Positivismo.

Finalmente temos o marco teórico como inaugurando um novo direito constitucional assentado, por sua vez, em três pilares: a) aumento do âmbito da jurisdição constitucional; b) a assunção da força normativa da Constituição, e c) um novo modelo de interpretação constitucional.

A promulgação de constituições de caráter social e democrático, marcadas pela positivação de princípios jurídicos, pela previsão de amplos catálogos de direitos fundamentais e pela contemplação de normas programáticas foi, em grande parte, essencial para o desenvolvimento do Constitucionalismo Contemporâneo, exigindo uma nova postura na aplicação e interpretação

⁴ Este artigo é fruto de adaptação do Capítulo IV da Tese de pós-Doutoramento em Lisboa defendida em 2017 sob o título: *Confronto Constitucional-Hermenêutico das Decisões das Cortes Constitucionais do Brasil (STF) e de Portugal (TC): A (In)Segurança Jurídica em tempos de Neoconstitucionalismo e de Austeridade Fiscal*.

⁵ Expressão utilizada por Lenio Streck na obra *Verdade e Consenso*. STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 50.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *In: Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. (Coords. Claudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binbenojm). Rio de Janeiro: Lumem Juris, p. 207.

do Direito Constitucional. Enfim, esse movimento, também chamado de Constitucionalismo pós-Moderno ou pós-Positivista, busca ir além da legalidade estrita, mas sem desprezar o próprio Direito. A trajetória desse movimento alcança todos os ramos do Direito, o que, por óbvio, não poderia excluir o Direito Fiscal, que deve sempre equilibrar a necessidade da tributação com o respeito a todos os direitos fundamentais do cidadão/contribuinte. Por isso, resolvemos investigar a interpretação e aplicabilidade da norma tributária partindo dessa trilogia paradoxal da tributação em relação ao movimento neoconstitucionalista, e dialogando com a Argumentação Jurídica e a Hermenêutica Filosófica.

O primeiro pós-Guerra marcou uma profunda alteração na concepção do Constitucionalismo liberal, vez que as Constituições, de sintéticas passam a ser classificadas como analíticas, consagrando os chamados direitos econômicos e sociais. A democracia liberal-econômica dá lugar à democracia social, mediante a intervenção do Estado na ordem econômica e social, sendo exemplos desse fenômeno as famosas Constituições do México (1917), a de Weimar (1919) e, do Brasil (1934). Seguindo a História, as Constituições do segundo pós-Guerra (1939-1945) prosseguiram na linha das anteriores, trazendo a chamada segunda dimensão de direitos fundamentais.

Embora se reconheça a existência de vários “Constitucionalismos Nacionais”, como, por exemplo, o inglês, o americano e o francês, preferimos adotar aqui a ideia de movimentos constitucionais (político-sociais objetivando limitar o poder político arbitrário), pois com isso nos permitimos desde já avançar para o movimento doravante chamado de *Constitucionalismo Contemporâneo*⁷, tendo em vista que a expressão Neoconstitucionalismo não foi acolhida de forma universal pela doutrina. É fato que a impossibilidade da lei poder antever todas as hipóteses de aplicabilidade deslocou-se do pólo de tensão entre os poderes do Estado em direção à Jurisdição Constitucional e, nesse sentido, sob o ponto de vista histórico, o Direito passou a ter um caráter hermenêutico. O advento do Estado Democrático de Direito permitiu que as discussões jurídicas se deslocassem para o mundo prático, não mais preso aos conceitos positivistas. Significa dizer que o fenômeno do (Neo)Constitucionalismo ou, para nós, como já

⁷ Como já dito, a utilização da expressão Constitucionalismo Contemporâneo não foi usada aleatoriamente, mas sim reprodução da nomenclatura adotada por Lenio Streck a partir da quarta edição da obra “Verdade e Consenso” (em 2011), em substituição à terminologia anteriormente empregada para tratar do constitucionalismo insurgente do segundo Pós-Guerra (Neoconstitucionalismo), constituindo, portanto, um modo específico de abordagem, que, em linhas gerais, se opõe ao estabelecimento de uma *relação de causalidade* existente no *trinômio moral-princípios-discrecionalidade*, própria das posturas Neoconstitucionalistas e, com isso, evita uma aproximação com o Positivismo Jurídico. Com seu emprego objetiva-se introduzir um dos núcleos da teoria de Lenio Streck, que consiste, a um só tempo, na realização de dois enfrentamentos: por um lado, na crítica ao(s) Neoconstitucionalismo(s) (especialmente surgidos no âmbito do constitucionalismo espanhol); e, por outro, na busca pela superação do Positivismo Jurídico.

dito, Constitucionalismo Contemporâneo, proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados e, para tanto, é necessário que ocorra a discussão sobre o papel da Jurisdição Constitucional. Corroborando a lição de STRECK⁸:

Em tempos de enfrentamento entre neoconstitucionalismo e positivismo (e os vários positivismos) e tudo o que isso representa para uma sociedade díspar e carente de realização de direitos como a brasileira, é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (in)determinabilidade do direito e da crise de efetividade da Consituição, problemática que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, a partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo exegético-normativista, produto de uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento ao esquema sujeito-objeto.

Em alguns países, como, na Itália (1947) e na Alemanha (1949) e, depois, em Portugal (1976) e na Espanha (1978), as Constituições marcaram a ruptura com o autoritarismo, estabelecendo um compromisso com a paz, sobretudo no que se refere ao desenvolvimento e respeito aos Direitos Humanos. No Brasil, o grande marco do Constitucionalismo Contemporâneo foi a abertura democrática vivida em meados da década de 1980 e a elaboração da Constituição de 1988. A primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual deve ser protegida e promovida pelos Poderes Públicos e pela sociedade passou a ser elemento essencial desse movimento, bem como o enaltecimento da força normativa da constituição. Segundo CARBONELL⁹: “(...) *estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recongen tales derechos.*”

A ideia é não permitir que a Constituição deixe de ser um catálogo de competências, direitos e deveres, de recomendações políticas e morais, para se tornar um sistema capaz de buscar um efetivo Estado Democrático de Direito, pautado na relação existente entre o Estado

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 1.

⁹ CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo Garcia. *El Canon neoconstitucional*. Madri: Editora Trota. 2010. Obra coletiva no artigo *El neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis*. p. 154.

e o cidadão, aqui por nós chamado de contribuinte. Para SARMENTO¹⁰, o Neoconstitucionalismo envolve fenômenos como a força normativa dos princípios, a rejeição do formalismo, a reaproximação entre o Direito e a Moral e a judicialização da Política. O autor relata também que o paradigma suscita três questões: a judicialização excessiva; jurisprudência calçada em uma metodologia muito aberta e excesso na constitucionalização do Direito. Para STRECK¹¹ o Neoconstitucionalismo significa ruptura, tanto com o Positivismo como no modelo de Constitucionalismo Liberal. Por esse motivo, o Direito deixaria de ser regulador para ser transformador. Para o autor há uma incompatibilidade paradigmática entre o novo Constitucionalismo (compromissório, principiológico e dirigente) e o Positivismo Jurídico, nas suas mais variadas formas, e nesse sentido, qualquer postura que, de algum modo, se enquadre nas características ou teses que sustentam o Positivismo, entra na linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo.

Podemos ousar em afirmar que no Brasil poucos têm sido os esforços voltados para elaborar um quadro com sustentabilidade teórica, que componha todos os matizes necessários para consolidar uma teoria judicial que esteja adequada ao Estado Democrático de Direito, ao menos no sentido de abordar todos os seus indispensáveis desdobramentos. Daí julgarmos importante apresentar a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck como fundamento teórico destas reflexões, que, por sua vez, está sustentado no método hermenêutico-fenomenológico, através do qual se torna possível fazer uma reconstrução histórico-institucional do papel da jurisdição Constitucional no Brasil a partir de uma postura voltada ao questionamento e, por consequência, de uma revisão dos temas centrais da tradição.

3. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A JUSTIÇA SOCIAL

A pesquisa sobre a efetiva aplicação do Constitucionalismo¹² Contemporâneo no Brasil e a busca por uma justiça social que, ao nosso sentir, é corolário de uma justiça fiscal é instigante

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 113-114.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 8.

¹² É importante ressaltar desde já que a expressão “Neoconstitucionalismo” incorpora uma plêiade de autores, bem como de posturas teóricas que nem sempre convergem entre si, tampouco podem ser aglutinadas em um mesmo contexto ou sentido, ou até mesmo estabelecer uma unidade de conceituação. Lenio Streck (Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27 (p. 3) ao tratar do tema diz que: “A ciência política norte-americana, por exemplo, chama de new constitutionalism os processos de redemocratização que tiveram lugar em vários países da chamada modernidade periférica nas últimas décadas. Entre esses países é possível citar o Brasil, a Argentina, a Colômbia, o Equador, a Bolívia, os países do Leste Europeu, a África do Sul, entre outros. Já no caso da teoria do direito, é possível

e desafiadora. Tanto que se torna necessário, *a priori*, afirmar que a adoção da expressão *Constitucionalismo Contemporâneo*¹³ ou *Neoconstitucionalismo*¹⁴ é motivo de divergências teóricas¹⁵. Contudo, não temos a pretensão, neste artigo, de enfrentar essas divergências, mas sim apresentar a questão constitucional fiscal à luz do movimento Neoconstitucional.

Na visão de BARROSO¹⁶, são características do Neoconstitucionalismo a redescoberta dos princípios jurídicos (em especial a dignidade da pessoa humana, consolidada no art. 1º, III da Constituição), a expansão da Jurisdição Constitucional, com ênfase no surgimento de Tribunais Constitucionais, e o desenvolvimento de novos métodos e princípios na Hermenêutica Constitucional. É o que o autor chama de crise da efetividade, que para STRECK¹⁷ decorre da chamada “crise do Estado de Direito”. Para este último¹⁸, falar em *Neoconstitucionalismo* “*implica em ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários*”, ou seja, em

elencar uma série de autores, espanhóis e italianos principalmente, que procuram enquadrar a produção intelectual sobre o direito a partir do segundo pós-guerra como neoconstitucionalismo, para se referir a um modelo de direito que já não professa mais as mesmas perspectivas sobre a fundamentação do direito, sobre sua interpretação e sua aplicação, no modo como eram pensadas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então. Assim, jusfilósofos como Ronald Dworkin e Robert Alexy (entre outros) representariam, na sua melhor luz, a grande viragem teórica operada pelo neoconstitucionalismo.

Por vezes, o contexto geral de meus textos e livros se aproximava dessa leitura sobre os movimentos que marcaram o direito no segundo pós-guerra, porém, sempre marcada por uma profunda diferença: o modo como se pensava e se procurava dar soluções para o problema da interpretação do direito. No meu caso, minha filiação às filosofias que redescobriram a hermenêutica ainda na primeira metade do século XX (no caso, a filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e, posteriormente, a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer) sempre me colocou à margem de algumas das principais conclusões apuradas pela grande maioria dos teóricos do neoconstitucionalismo.

Portanto, é possível dizer que, nos termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito “novo” (poder-se-ia dizer, um direito “pós-Auschwitz” ou “pós-bélico”, como quer Mário Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência)”. STRECK, Lenio. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27 (p. 3).

¹³ Por todos Lenio Luiz Streck.

¹⁴ Por todos Luis Roberto Barroso

¹⁵ Paulo Bonavides ressalta que a juridicidade dos princípios passa por três fases, a saber: I) a *jusnaturalista*: fase mais antiga, onde os princípios habitavam ainda em uma esfera por inteiro abstrata e detinham normatividade por demais duvidosa, mais se ajustando, em verdade, a uma dimensão meramente ético-valorativa que inspirava postulados de justiça; II) a *juspositivista*: aqui os princípios adentram nos Códigos, tornando-se inequivocamente jurídicos, porém apenas como fonte normativa subsidiária, o que lhes castrou a normatividade; III) *pós-positivista*: corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX, onde se acentua a hegemonia axiológica dos princípios, tratados verdadeiramente como direito, com força vinculante e tudo, convertidos que foram em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. pp. 259-266.

¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de Direito Constitucional – Tomo III*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005. p. 48.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 62;

¹⁸ STRECK, LENIO. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. PP. 9-21 (p. 4).

direção a um Constitucionalismo Compromissório, de feições dirigentes, que possibilite (em todos os níveis) a efetivação de um regime democrático.

É sempre oportuno frisar que o “novo” texto constitucional representa a real possibilidade de ruptura do antigo modelo de Direito e de Estado, a partir de uma perspectiva compromissória e dirigente. Reportamo-nos à Constituição brasileira de 1988, auge do movimento de redemocratização que, em tese, teria rompido com o período ditatorial no país. O texto da chamada Constituição cidadã¹⁹ apresenta um numeroso rol de direitos, sobretudo sociais, garantidos aos cidadãos, entre eles vários de natureza tributária (expressa ou implícita). A partir disso, começam os primeiros confrontos teóricos sobre ativismo judicial no país, ou seja, significa que se forjou um ambiente em que, com raras exceções, doutrinas, juízes singulares e tribunais passaram a conceber o ativismo judicial como característica própria da jurisdição – certo ou errado? Tentaremos encontrar essa resposta ao final. Ocorre que, majoritariamente, a postura ativista do Judiciário é apresentada como pressuposto, considerada uma “solução” para os problemas sociais ou “uma etapa necessária e indispensável” para o cumprimento do texto constitucional, e porque não dizer, em matéria tributária, a concretização dos direitos fundamentais. Manifestações como estas demonstram exatamente a dramaticidade e complexidade do problema a ser enfrentado.

Há que se destacar, porém, a distinção entre o ideal e o real, ou seja, a existência de uma distância entre o plano do *ser* e do *dever ser*, valendo-se da expressão de HABERMAS²⁰ – a *impotência do dever ser*. A tradição, tão combatida por Habermas, mostrou que no modelo anterior não havia espaço para o mundo prático, ou seja, para a discussão dos conflitos sociais. Percebe-se, assim, que o discurso exegético-positivista, ainda dominante no campo da Dogmática Jurídica (tributária) representa um retrocesso. Isto porque, além de continuar a sustentar discursos objetivistas, identificando texto e sentido do texto, busca nas diversas teorias subjetivistas, a partir de uma axiologia que submete o texto à subjetividade assujeitadora do intérprete, transformar o processo interpretativo em uma subsunção dualística do fato à norma, como se fato e direito fossem coisas cindíveis e os textos fossem meros enunciados linguísticos²¹. Poderíamos exemplificar tal afirmativa, com alguns dados que, sem dúvida, causam, no mínimo, espanto a qualquer cidadão. De acordo com o último levantamento de

¹⁹ Expressão usada por Ulysses Guimarães.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 83 e ss.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.* p. 9.

dados²², durante vinte e cinco anos da Constituição da República do Brasil de 1988 foram editadas mais de 4,15 milhões de normas, entre as quais mais de 250 mil de natureza tributária, com treze reformas constitucionais. Significa dizer, a título de exemplo, que sob o ponto de vista tributário, as empresas devem cumprir aproximadamente 3.422 normas, provocando entre elas um índice de “mortalidade” de aproximadamente dois anos.

Trazendo à colação o estudo feito por ROGÉRIO BENTO²³ sobre o abuso do poder de legislar, na medida em que a Constituição é vista como norma jurídica²⁴, e como importante fonte de integração política e social, flui naturalmente a necessidade de assegurar sua aplicação, a necessidade de métodos jurídicos de defesa da sua integridade. Fazendo uma analogia a esse entendimento, verificamos também um abuso no poder de tributar, que é maximizado pelo nosso sistema federativo, em que 11,5% das normas citadas são federais, 33,5% são estaduais e, 55% são municipais. Assim, nos valendo novamente da afirmativa do autor, os atos de Estado, qualquer que seja sua natureza (administrativos, jurisdicionais ou mesmo legislativos), quando afetam os interesses ou posições constitucionalmente garantidas, não podem ficar imunes ao controle de constitucionalidade.

A questão que se coloca é entender se o controle de constitucionalidade exclusivamente das leis tributárias é pautado somente no aspecto formal, ou seja, na existência ou não de uma lei tributária. Isto porque, no campo da aplicação da Constituição, o Judiciário brasileiro se limita a dizer que há previsão legal, e por isso o tributo é constitucional ou a penalidade é devida porque é prevista em lei. Significa afirmar que os princípios constitucionais tributários, quando em colisão, no fundo acabam por sofrer uma “ponderação”, que por sua vez se subsumem em regras²⁵ e, portanto, sucumbem à sua finalidade prática. Para corroborar nossa afirmativa, podemos dar como exemplo o fato de que boa parte dos julgados (talvez quase todos) do Supremo Tribunal Federal (STF), em que se modulam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei tributária se dá *ex nunc*, sob a justificativa política de que caso contrário geraria repetição de indébito, e, portanto, haveria uma quebra dos cofres públicos. Em outras palavras, a Corte Constitucional (se é que há no Brasil uma Corte eminentemente

²² Passados trintas da Constituição da República de 1988, esses números certamente estão muito mais inchados que os aqui demonstrados.

²³ NASCIMENTO, Rogério Jose Bento Soares do. *Abuso do Poder de Legislar. Controle Judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014. p. 140.

²⁴ Como definiu Robert Alexy em: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo. 2011. p.48.

²⁵ Essa afirmativa carece de um comentário mais apurado, pois para Alexy, a ponderação serve para a solução entre a colisão de princípios, enquanto que para o conflito, que se dá entre as regras, aplica-se a subsunção. E, para o autor e boa parte da doutrina que o segue, o que se pondera são princípios e não regras. Contudo, o foco do nosso estudo, não adentra neste momento nessa discussão, por isso fizemos um breve comentário despretenso.

Constitucional!), julga um tributo constitucional, ou uma cobrança de penalidade considerada devida, simplesmente porque ao existir uma lei, cumpre-se o comando constitucional da legalidade estrita prevista no art. 150, I da Carta Magna. Percebe-se então que o conteúdo da norma, o efeito da tributação, a intenção de promover o bem-estar social, os princípios constitucionais tributários, que deveriam proporcionar uma justiça fiscal – frise-se - sucumbem ao formalismo, retomando (e talvez nunca superado) a criticada Jurisprudência dos Conceitos.

É importante deixar claro que o presente artigo não tem como objetivo acirrar a discussão entre o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política, pois isso daria ensejo a outra discussão, mas sim demonstrar que se trata de um tema complexo, com reflexos na postura do Judiciário brasileiro, sobretudo em matéria tributária, quando o julgador fundamenta sua decisão na obtenção de receita pública, face à possibilidade de quebra dos cofres públicos²⁶. Para Lenio Streck²⁷, o Direito possui uma autonomia que tende a ser abalada por dois tipos de predadores: externos e internos. Como exemplo de predadores externos, temos a Política, a Moral e a Economia:

A Autonomia do Direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente. Se assim se pensar, a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a Democracia a todo tempo – exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o Direito em permanente ‘estado de exceção’, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do ‘império do Direito’ (alguém tem dúvida de que essa questão é retroalimentada permanentemente, mormente nos países de modernidade tardia como o Brasil?).

Em síntese, STRECK²⁸ afirma que é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-Guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o Direito, em uma fase pós-Positivista e de superação do paradigma da Filosofia da Consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas, e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais Poderes em direção ao Poder Judiciário.

²⁶ Exemplifiquemos com a contribuição previdenciária do inativo e do caso DIMOB.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 370.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 190.

Em meio a essas problemáticas, questionamos em que medida o “novo” movimento constitucionalista de fato existe em matéria tributária, ou ainda – se ele existe, ao menos enquanto teoria – pode ser comprometido em razão de um sistema de tributação paradoxal, pois de um lado se apresenta um suposto caráter utilitarista, de outro acaba por proporcionar uma injustiça fiscal e, muitas vezes, uma guerra fiscal violando flagrantemente o pacto federativo. Basta citarmos, como exemplo, a guerra fiscal do ISSQN (Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza) e do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços), que recentemente abarrotou o STF de ADIs (Ação Direta de Inconstitucionalidade) sobre o Protocolo 21 de 2011 do ICMS. Isto porque, a pretexto de se arrecadar cada vez mais, e com isso obter receita suficiente, justifica-se, diga-se de passagem, equivocadamente, a afirmativa de que tal medida é necessária para que se possa efetivamente concretizar os direitos fundamentais elencados na Constituição. Assim, no caso do Brasil, os entes federativos, por possuírem uma autonomia concedida pela própria Constituição, e com isso a competência tributária para instituir ou majorar tributos, exigem da sociedade (entenda-se aqui pessoas físicas e jurídicas) um comportamento fiscal pautado no simples cumprimento de uma suposta legalidade tributária, que pode perpetuar graves injustiças fiscais, o que, por sua vez, caminha em sentido contrário ao movimento considerado como novo constitucionalismo, ou então, de fato não há no Brasil, ao menos em matéria tributária, uma mudança prática de paradigma no que se refere ao referido movimento evolutivo do constitucionalismo contemporâneo.

É importante destacar que por trás de toda Constituição, em especial as democráticas, não existe apenas uma técnica legislativa, ou um formalismo estéril, mas sim um movimento, uma conquista de pessoas para novos avanços políticos, sociais e, porque não dizer tributários, já que a tributação é um elemento que pode provocar a degradação²⁹ da própria sociedade. Nesse sentido, surge um sentimento constitucional no País e na sociedade que deve ser efetivamente alcançado, não deixando essa discussão meramente no plano teórico ou utópico, mas levando-a principalmente para o prático, pois o marco filosófico do “novo” Direito Constitucional é o pós-Positivismo, e o debate sobre sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito, mas que, por vezes, são singularmente complementares: o Jusnaturalismo e o Positivismo.

No plano teórico, três aspectos passaram a ser importantes no que se refere à aplicação do Direito Constitucional: a força normativa da Constituição; o desenvolvimento de uma nova

²⁹ Entendemos como degradação um dos efeitos da injustiça fiscal, pois face à excessiva carga tributária, percebemos um “índice de mortalidade” das empresas em torno de dois anos.

dogmática da interpretação constitucional e, com isso, a expansão da jurisdição constitucional. Contudo, no campo prático, e esse é o nosso principal questionamento, não percebemos nenhuma mudança significativa. Ressalte-se que a todo o instante - e isso é importante - estamos nos referindo ao Direito Tributário Constitucional, ou talvez, Direito Constitucional Tributário.

É claro que sabemos a importância da receita pública, por isso não sustentamos aqui uma postura anarquista ou de total liberalidade fiscal, razão pela qual corroboramos o entendimento de SILVA³⁰ ao afirmar que o princípio da separação dos Poderes e a competência de dispor do orçamento não são ideias absolutas, pois sofrem limitações constitucionais, nem são fins em si mesmos, mas meios para o controle do Poder Estatal e garantia dos direitos individuais. Aliás, CELSO DE ALBUQUERQUE³¹ observa que já em seu preâmbulo a Carta Política afirma instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade, o bem estar e a justiça, dentre outros, como valores supremos de uma sociedade fraterna. CANOTILHO³² submete a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais à reserva do possível. Para ele, a realização destes direitos estaria sempre condicionada aos recursos despendidos com intuito de alcançar este efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada como um verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

A jurisprudência alemã posiciona-se no mesmo sentido ao admitir que os serviços públicos que dependam de prestações materiais do Estado estão sujeitos à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. As políticas públicas não são seletivas, mas sim disjuntivas³³. Os recursos são finitos, enquanto as demandas são infinitas. O problema é de ordem epistemológica e filosófica, e também de adequação ao conceito e efetividade dos direitos fundamentais, ou seja, em que consiste esse direito e aí sim analisar a interferência e a efetividade desses nas políticas públicas.

³⁰ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 97.

³¹ SILVA, Celso de Albuquerque. *Legitimidade da execução orçamentária: direitos sociais e controle pelo Poder Judiciário*. Disponível em: www.anpr.org.br. Acesso em: 02/05/10.

²⁶ BIGOLIN, *Op. Cit.* p. 38.

³² CANOTILHO, apud, BIGOLIN, Giovani. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 01, jun. 2004. Disponível em www.revistadedoutrina.trf4.jus.br. Acesso em: 14/05/17.

³³ LEAL, Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades eficáciais dos Direitos Fundamentais Sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p. 120.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível dizer que se busca um ativismo judicial como um método proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e seu alcance, isto é, procurando extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. Para BARROSO³⁴, é possível apontar três “condutas” que caracterizam o ativismo judicial, a seguir sintetizadas: aplicação direta da Constituição (mesmo diante da inexistência de disposição legislativa), declaração de inconstitucionalidade (com base em critérios menos rígidos) e imposição de condutas ao Poder Público. Para o autor, o ativismo nada mais é do que uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Nesse sentido, no contexto brasileiro, a judicialização da política seria marcada por três fatores: redemocratização, constitucionalismo abrangente e incorporação de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, que mescle as modalidades difusa e concentrada.

Assim, em meio à discussão doutrinária e à dificuldade de se definir o ativismo judicial, é possível através de um esforço compreensivo sobre a temática proposta, indagar sobre o grau de abertura à discricionariedade no ato decisório e sobre a necessidade de se suprirem as omissões legislativas. Mais uma vez, valemo-nos de LENIO STRECK³⁵, ao afirmar que um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de Política, de Moral, enfim, quando o Direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados). De outro lado, diz o autor que a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional).

Na análise das leis tributárias em confronto com as normas Constitucionais (em especial os princípios, daí a importância da análise da teoria de Alexy).

Não obstante as críticas já realizadas e outras que porventura sejam feitas, torna-se evidente que não é possível separar a relação existente entre os elementos políticos, sociais e jurídicos na questão que envolve a “interferência”³⁶ do Poder Judiciário. Da mesma forma não podemos ignorar as tentativas jurídicas de reduzir o apelo à jurisdição, daí termos, por exemplo,

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 279/280.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, *Op. Cit.*, p. 589.

³⁶ Usamos a expressão “interferência” para afastar o rigor teórico/formal distintivo das expressões “ativismo” e “judicialização”.

a criação de institutos como súmulas vinculantes e repercussão geral, bem como as propostas de reformas processuais que visam a limitar a interposição de recursos.

Poderíamos questionar, então, se o ativismo judicial seria um problema de Teoria do Direito, especialmente de Teoria da Interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito. É a interpretação um ato de vontade do intérprete ou o resultado de um projeto compreensivo, no interior do qual se operam constantes suspensões de pré-juízos que constituem a perseguição do melhor (ou correto) sentido para a interpretação? Filiamo-nos ao segundo questionamento de retratação teórica do problema, o que ficará claro no decorrer da exposição. Não se pode deixar de referir que Lenio Streck foi um dos primeiros autores que demonstraram, criticamente, a dualidade existente no pensamento de Hans Kelsen e as consequências disso para o Direito. Aliás, é justamente a partir de suas obras que se pode perceber a vinculação entre ativismo e ato de vontade do julgador, assim como os problemas decorrentes deste vínculo.

Deixando de lado o enfrentamento do tema afeto ao ativismo judicial e judicialização, temos em síntese que o período posterior à Segunda Guerra Mundial foi considerado um marco para o Direito no mundo todo. Isso porque, para que fossem superadas as atrocidades cometidas durante a existência dos regimes totalitários, era necessário que se rompesse com toda a estrutura legislativa que lhes atribuía legitimidade sob o argumento de obediência a um formalismo rigoroso, de mera observação do procedimento adequado para a criação das leis.

Deste modo, o fim desta Guerra impulsionou um rearranjo institucional que visava à garantia de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, configurando-se, assim, a transição do que se conhecia por Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito.

O fato é que o Brasil demorou a sentir os reflexos dessa fase, evidenciando-os apenas na Constituição de 1988, quando o Constitucionalismo brasileiro começou a assimilar os avanços trazidos pelo pós-Guerra no continente europeu. E, diante desse cenário, percebemos (pelos Poderes Executivo, Legislativo e inclusive o Judiciário) uma política fiscal cada vez mais arrecadatória, que sufoca o contribuinte brasileiro, na qual o legalismo formal parece prevalecer sobre os princípios constitucionais tributários, ao menos aos que se referem à liberdade e à justiça da tributação, pois ao nosso sentir os princípios relacionados à segurança jurídica são mais regras do que princípios³⁷.

³⁷ Isso já seria outra discussão a ser enfrentada em outra oportunidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo. 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. In: Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. (Coords. Claudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- _____. *Temas de Direito Constitucional – Tomo III*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.
- _____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BIGOLIN, Giovani. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 01, jun. 2004. Disponível em www.revistadedoutrina.trf4.jus.br. Acesso em: 14/05/10.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo Garcia. *El Canon neoconstitucional*. Madri: Editora Trota. 2010. Obra coletiva no artigo *El neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis*.
- CARNEIRO, Claudio. *Neoconstitucionalismo e Austeridade Fiscal: confronto constitucional-hermenêutico das Cortes Constitucionais do Brasil e de Portugal*. Salvador: Jurispodivm. 2017.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LEAL, Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.
- MAIA, ANTONIO CAVALCANTI. *Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*. In: Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. (Coords. Claudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- NASCIMENTO, Rogério Jose Bento Soares do. *Abuso do Poder de Legislar. Controle Judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014.
- SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SILVA, Celso de Albuquerque. *Legitimidade da execução orçamentária: direitos sociais e controle pelo Poder Judiciário*. Disponível em: www.anpr.org.br. Acesso em: 02/05/10.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

_____. *Verdade e Consenso. Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen júris. 2009.

_____. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

_____. *Hermenêutica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.