

MÄHLMANN & DAL PIVA ADVOGADOS ASSOCIADOS

Direito Empresarial - Tributário e Cível/Comercial - OAB/PR 967

*Rua Souza Naves, 3983-10º and. Cascavel-PR CEP 85.810-900 Tel/Fax (45)3037-2650
Rua Antônio Raposo, 406-7º and. Cjto. 704, Foz do Iguaçu-PR CEP 85.851-090 Tel/Fax (45)3523-4006
Rua Dr. Manoel Pedro, 365, Curitiba-PR, 14º and. CEP 80.035-030 Tel (41) 3029-0081*

INFORMATIVO

Nº. 076
Ano XVI

Disponível em nossa Home-page (www.madp.adv.br)

A Carta Magna

No ano de 2018 a Constituição Federal atingiu 30 anos de vigência. Promulgada em 05 de outubro de 1988, após histórica Assembleia Nacional Constituinte, a Constituição Cidadã assegurou diversos direitos e delineou os objetivos de mudança social tão pretendidos à época.

Grande invenção dos tempos modernos, a Constituição funciona como instrumento de contenção dos excessos do poder e, ao mesmo tempo, como legitimadora de seu exercício. É nela que estão dispostos os direitos e deveres dos cidadãos e de seus representantes, além de toda a organização política e estrutural do país.

O presente estudo visa prestar uma homenagem àquela que foi a Carta responsável pela retomada da democracia no país, trazendo de volta as eleições diretas, acabando com a censura da imprensa e estabelecendo uma série de direitos sociais e garantias fundamentais. Celebrar os 30 anos da Constituição de 1988 faz-se necessário, pois, ao mesmo tempo em que defende-se toda a caminhada constitucional desde o período do Império, permite voltar-se para o futuro e os desejos do país e dos brasileiros.

A Constituição tem toda uma história. Ela não pode ser encarada como uma simples palavra, nem como uma simples lei.

Análise Histórica das Constituições Brasileiras

Apesar da Constituição vigente datar de 1988, desde o Brasil Colônia possuímos certa organização constitucional, reflexo do momento histórico da época. Assim, presta-se a análise histórica das constituições brasileiras, atingindo o momento de promulgação da Constituição Cidadã.

Quando o Brasil era apenas uma das colônias de Portugal, após o descobrimento, dividiu-se o território conhecido em Capitanias Hereditárias. Posteriormente, em 1549 adotou-se o sistema de Governadores-Gerais, sendo nomeado como primeiro governador Tomé de Souza. Já em 1621, ocorreu a divisão da colônia em dois Estados: o Estado do Brasil, composto pelas então Capitanias

que se estendiam desde o Rio Grande do Norte até São Vicente, ao sul; e o Estado do Maranhão, composto pelas capitanias do Ceará até o extremo norte. Neste momento, tem-se o início das organizações municipais, com a criação de câmaras, exercendo poder sobre a vida política da capitania.

Foi somente em 1815, após a vinda de D. João VI ao Brasil e a instalação da Corte no Rio de Janeiro que a então colônia foi elevada ao caráter de Reino Unido de Portugal, encerrando-se o sistema colonial e o monopólio da Metrópole, estabelecendo uma maior autonomia política.

Em 07 de setembro de 1822 foi proclamada a independência do Brasil, consolidando a forma de governo imperial que duraria até 15 de novembro de 1889. Com tal ato, surgiu a necessidade de estruturação política interna do país, inspirando-se no liberalismo francês, construindo uma unidade nacional em torno de uma organização política centralizada, baseada na divisão dos poderes e diminuição da força regional e local. Assim, em 25 de março de 1824, foi promulgada a primeira Constituição do País.

A Constituição de 1824 – a Primeira

Antes mesmo da proclamação da independência, o então príncipe-regente D. Pedro I, que viria a se tornar o primeiro Imperador do Brasil, havia convocado uma Assembleia Constituinte, em 23 de junho de 1822. Contudo, por divergências políticas entre as partes, o então Imperador dissolveu a Assembleia, atribuindo ao recém-criado Conselho de Estado a elaboração do anteprojeto que viria a ser convertido na Constituição do Império do Brasil, de 25 de março de 1824.

Organizada em 179 artigos, a constituição estabeleceu o sistema imperial no Brasil, uma monarquia hereditária, constitucional e representativa. Dividiu-se o território em províncias, administradas por um presidente nomeado pelo Imperador. Restaram-se organizados os quatro poderes: Legislativo, Judiciário, Executivo e Moderador, estes últimos dois centralizados na figura do Imperador.

O Poder Legislativo era composto pela Assembleia Geral, dividida em duas casas: a Câmara dos Deputados, eletiva e temporária; e o Senado, composta por membros vitalícios nomeados pelo imperador. O Poder Judiciário, por sua vez, era composto pelo Supremo Tribunal de Justiça, sediado na capital do império; dos Tribunais de Relação, em cada Província; e dos juízes de direito. Já o Poder Executivo era encabeçado pelo Imperador, que exercia o cargo por meio de seus ministros de estado, livremente nomeados por ele.

O destaque desta organização estatal se dava na figura do Poder Moderador, exercido privativamente pelo Imperador, considerado como chefe de toda a organização política. Sua função, conforme elencado no próprio texto constitucional (art. 151) seria velar “[...]sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”. Com esta atribuição, o Imperador detinha amplos poderes para ingerir sobre os demais poderes, desde convocar assembleias legislativas, sancionar decretos e resoluções e dissolver a câmara dos deputados; até mesmo perdoar ou moderar penas impostas e suspender magistrados. Uma forma clara de centralizar o Poder nas mãos do regente.

Inspirada por ideias liberais da época, “[...] a Constituição consagrou, no art. 179, uma declaração de direitos civis e políticos, destacando-se a liberdade, a segurança e a propriedade”¹, com forte influência francesa.

A Constituição de 1891 – a Primeira República

Vários movimentos antecederam o que veio a ser o golpe de Estado de 15 de novembro de 1889, que pôs fim ao Império e instaurou no Brasil a forma republicana presidencialista de governo, sendo o primeiro presidente o líder do movimento, o Marechal Deodoro da Fonseca.

Instaurada em 15 de novembro de 1890, a Assembleia Nacional Constituinte promulgou a primeira Constituição da República Federativa somente em 24 de fevereiro de 1891, com mudanças no estado e disposição dos poderes. As províncias foram convertidas em estados membros da federação. O Poder Moderador desapareceu, restando organizados os três poderes da forma como conhecemos hoje – Executivo, Legislativo e Judiciário.

A eleição para presidente e vice-presidente dava-se de forma direta, por maioria absoluta de votos, de maneira não secreta. O Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, eleitos de maneira direta, para mandatos de 03 e 09 anos, respectivamente. Por fim, o Poder Judiciário era composto pelo Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República, além de juízes e Tribunais Federais.

Tal qual a Constituição anterior, esta prestou a elencar uma série de direitos civis e políticos, se fundando na liberdade, segurança e propriedade. Perdurou até o fim da Primeira República, a que deu início a Era Vargas, ante a revolução de 1930.

A Constituição de 1934 – Início das Constituições Sociais

O Golpe de 1930 que pôs fim a política do café-com-leite e impediu o presidente eleito Júlio Prestes de assumir o cargo, empossou à chefia do “Governo Provisório” o candidato então derrotado nas urnas, Getúlio Vargas.

O governo provisório de Getúlio Vargas teve como foco a questão social, meta declarada da própria Revolução de 1930, que atraiu o apoio dos trabalhadores. Assim, criaram-se os ministérios do Trabalho e Educação, bem como uma série de leis trabalhistas, atendendo as reivindicações do povo brasileiro. Na levada das revoluções sociais, foi promulgada, através de nova Assembleia Nacional Constituinte, em 16 de junho de 1934 a nova Constituição brasileira.

Entre os principais pontos de mudança restou estabelecido o voto secreto e obrigatório para os maiores de 18 anos, além do direito às mulheres de o exercerem. Previu a criação da justiça eleitoral e do trabalho, com o início de uma série de mudanças sociais que viriam a se solidificar nos próximos anos.

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direitos constitucional**. 5ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 506.

Contudo, em razão das mudanças políticas da época, durou pouco, findando-se com a implantação do Estado Novo.

A Constituição de 1937 – a Polaca

Após a crescente ameaça comunista, com tentativa de instauração de um governo popular, em 30 de setembro de 1937 foi divulgado pelo governo o “Plano Cohen”, que seria uma estratégia para tornar o Brasil uma república soviética. Anos mais tarde comprovou-se a falsidade de tal intento.

Este foi o motivo perfeito para, apoiado pela comoção popular e instabilidade política, Getúlio Vargas promover um golpe de estado, em 10 de novembro de 1937, iniciando o Estado Novo, que durou até sua deposição, em 29 de outubro de 1945.

Conhecida como “Polaca”, a Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937 teve forte inspiração na Constituição autoritária polonesa, fortalecendo o Poder Executivo e fechando o Congresso Nacional. Assim, o Poder Legislativo se concentrava na figura do Presidente da República, a ser eleito indiretamente, para mandato de 6 anos. Entre seus pontos principais, instituiu a pena de morte no país e acabou com a liberdade partidária e de imprensa.

Getúlio Vargas foi deposto pelos militares em 29 de outubro de 1945, assumindo interinamente o cargo de presidente do Supremo Tribunal Federal, conduzindo o processo eleitoral, tendo por vencedor o General Eurico Gaspar Dutra, que convocou nova Assembleia Constituinte, em 02 de fevereiro de 1946.

A Constituição de 1946 – Retorno da democracia

Promulgada em 18 de setembro de 1946, após o fim da 2ª Guerra Mundial, a então Constituição Federal é reflexo da intensificação do movimento democrático no Brasil e no mundo. Nela, valores igualitários da Carta de 1934 foram restaurados, como a liberdade de expressão e consciência, livre associação, inviolabilidade de domicílio e correspondência, extinção da pena de morte e tripartição dos poderes.

O período é marcado por uma forte instabilidade política, ocasionada pela eleição direta de Getúlio Vargas e seu posterior suicídio, em 24 de agosto de 1954; pela renúncia de Jânio Quadros sete meses após sua posse; e pelo então mandato de seu vice, João Goulart, e implantação por Emenda Constitucional nº 04, do Parlamentarismo no Brasil, limitando os poderes do presidente, para ser retirado por nova Emenda Constitucional, de nº 06, através de plebiscito popular e aprovada no Congresso Nacional.

João Goulart é retirado do poder em 01 de abril de 1964, com o movimento militar deflagrado no dia anterior, com início do regime militar no Brasil.

A Constituição de 1967 – a Constituição Militar

Promulgada em 24 de janeiro de 1967, entrou em vigor somente em 15 de março daquele ano. As principais mudanças com relação a anterior deram-se no enfoque dado pelo governo – segurança nacional.

As características gerais de organização do Estado foram mantidas, com a tripartição dos poderes. Contudo, ampliaram-se os poderes da União e do Presidente da República, que voltou a ser eleito indiretamente, através de um colégio eleitoral. De fato, perdurou somente até 13 de dezembro de 1968, após a edição do Ato Institucional nº 05, que estabeleceu uma série de atos discricionários para o Presidente da República, inclusive com o recesso do Congresso Nacional.

Faz-se necessário uma abertura para tratar dos Atos Institucionais editados no período militar. Ao todo, foram dezessete os atos institucionais, decretos presidenciais de caráter supraconstitucional, que dentre os editados, extinguíram uma série de partidos políticos, restando apenas dois, o MDB e a ARENA (AI-2); cassou políticos e cidadãos de oposição; fechou o Congresso; e suspendeu o *Habeas Corpus* para crimes políticos (AI-5).

O regime militar perdurou até 1985, com a abertura de eleições presidenciais, sendo eleito Tancredo Neves, que morre antes mesmo de assumir o cargo. Assim, tomou posse seu vice, José Sarney que, cumprindo o compromisso de Tancredo, convocou Assembleia Nacional Constituinte, instalada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, unindo as duas casas do legislativo, promulgando a legislação vigente, em 05 de outubro de 1988, a Constituição Cidadã.

A Constituição de 1988

A atual Constituição Federal é a sétima a vigorar no país e a sexta de sua república, findando o regime civil-militar, vigente pelo período de 21 (vinte e um) anos, perdurando entre 1964 e 1985.

Ressalta-se que em 2018 a ilustre Constituição Federal completou trinta anos de vigência, marcando o processo de redemocratização, de maneira que o intuito principal do contexto constitucional elaborado foi o de garantir os direitos culturais, sociais, econômicos e políticos, os quais estavam suspensos.

Pelo Decreto n. 91.450, de 18 de julho de 1985, José Sarney instituiu a “Comissão Provisória de Estudos Constitucionais”, que ficou conhecida como “Comissão Arinos”, vez que presidida por Afonso Arinos de Melo Franco. Foi composta por intelectuais de diversas áreas, aos quais podemos listar o sociólogo Gilberto Freyre, o escritor Jorge Amado, o economista Celso Furtado e o jurista Miguel Reale.

Tal comissão foi responsável por encaminhar o Anteprojeto de Constituição, que serviu como base para a Assembleia Constituinte realizar seus trabalhos, convocada por meio de Emenda Constitucional para reunir-se a partir de 1º de fevereiro de 1987. Com intensa participação popular, eis que a população enviou milhares de sugestões e propostas, além de acompanhar, participarem, influenciarem e pressionarem os constituintes.

Conhecida como Constituição Cidadã, o texto foi promulgado em 05 de Outubro de 1988. Durante vinte meses foi debatida pelos 559 parlamentares da Assembleia Nacional Constituinte, sendo 72 senadores e 487 deputados federais, tendo como Presidente Ulysses Guimarães.

Composta por nove títulos e 250 artigos, a Carta Magna surgiu como um marco de redemocratização, contendo a esperança de uma melhora significativa para o povo brasileiro. Logo em seu preâmbulo estabelece os preceitos Constituintes a que fora baseada:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

A Constituição consiste em um conjunto de normas responsáveis por reger o País, sendo estabelecidos os direitos e os deveres dos cidadãos. Contém-se ainda o disciplinamento jurídico e a organização do poder público, defesa do Estado e das Instituições, trata da tributação e orçamento, além da economia e ordem social. Além disso, ela define atribuições dos entes da federação (Municípios, Estados e União) e dos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário).

O trabalho feito pela Assembleia Constituinte para promulgar tal constituição permitiu imensuráveis avanços, tais como a inviolabilidade de direitos e liberdades básicas, a igualdade de gêneros, a criminalização do racismo, a proibição total da tortura e direitos sociais como educação, trabalho e saúde para todos, liberdade de imprensa e pensamento.

Outra característica marcante da atual Constituição é a divisão e a independência dos três poderes da República, sendo o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, ponto que será tratado adiante. A adoção da república presidencialista se deu mediante voto popular, através do plebiscito em 1993, opções mais votadas do que a forma de governo monarquista e sistema de governo parlamentarista. O sistema presidencialista deu ao presidente da República o poder de comandar a administração do executivo federal através de eleições diretas com participação de toda a população maior de 16 anos (sendo obrigatório o voto de cidadãos entre 18 e 70 anos).

Ademais, a atual Constituição Federal trouxe consigo um novo olhar sobre a criança e o adolescente, tratando os direitos dos mesmos como absoluta prioridade, rompendo, conseqüentemente, com o regime punitivista do Código de Menores, o qual vigorava anteriormente. Ressalta-se que a Constituição Federal foi de suma importância para a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Classificada como um documento formal, escrito, dogmático, analítico e rígido, seu texto somente pode ser alterado por emendas constitucionais, à exceção das Cláusulas Pétreas, garantias imutáveis e irrenunciáveis.

Cabe ressaltar a importância das Cláusulas Pétreas no ordenamento da Constituição Federal de 1988, sendo intocáveis, ou seja, possuem caráter inalterável, por serem limitações materiais ao poder de reforma. Cita-se como exemplo a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Constitucionalização dos Direitos Fundamentais

O sistema democrático adotado pelo Brasil garante a escolha dos representantes pelo povo, que tomam as decisões necessárias para o sustento deste, definindo os rumos da nação. Porém, esta representação apresenta diversas limitações, como as garantias e direitos individuais e coletivos, previstos na Constituição Federal, garantindo que o indivíduo não seja prejudicado e que tenha seus direitos respeitados e concretizados.

Canotilho (*apud* MORAES)² aponta que os direitos fundamentais cumprem:

[...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Não é possível falar em um país democrático que não reconheça a proteção de direitos e garantias fundamentais, uma vez que elas desempenham um papel importantíssimo na sociedade, pois é por meio delas que se afere “[...] a legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que esses direitos padeçam de lesão, a Sociedade se acha enferma”³. Desta forma, a garantia e legitimação destes direitos fundamentais são essências da democracia constitucional.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, que são divididos em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Desta forma, segundo Moraes⁴, “[...] a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos”.

Conforme já tratado, os direitos fundamentais estão dispostos no artigo 5º da Constituição Federal, comumente denominados de direitos humanos. O *caput* do artigo prega o princípio da isonomia, garantindo tratamento igual aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Tal igualdade apresenta um duplo sentido, seja ele formal, em caráter igualitário perante a lei, seja ele material, na medida em que os mais fracos recebem tratamento desigual para se aproximarem dos mais fortes.

Os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal apresentam uma série de características que os identificam e os diferenciam das demais faculdades jurídicas. Conforme aponta Cunha Júnior⁵, são a historicidade, a universalidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a limitabilidade, a concorrência, a proibição do retrocesso e constitucionalização, comentadas a seguir.

²MORAES, Alexandre de. Curso de direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 30.

³CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Curso de direitos constitucional**. 5ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. P.548.

⁴MORAES, Alexandre de. Curso de direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 31.

⁵Op. Cit..

Como traz Lenza⁶, a historicidade emana de todo um processo histórico, uma vez que é resultado dos embates humanos pelos seus direitos, sendo os direitos, enquanto históricos, mutáveis, sujeitos a constantes transformações. A universalidade permite a disposição da aplicabilidade dos direitos fundamentais para todos os homens, justamente por serem imprescindíveis para o convívio humano. Como aponta a característica da inalienabilidade dos direitos, eles são intransferíveis e inegociáveis, além de imprescritíveis, não se perdendo conforme o tempo.

A irrenunciabilidade deriva da inalienabilidade, uma vez que o titular dos direitos não pode deles dispor. Quanto à limitabilidade, entende-se que os direitos fundamentais não são absolutos, uma vez que um direito pode vir a limitar outro. Quanto à concorrência, entende-se que podem ser exercidos simultaneamente, o que é lógico, uma vez que o indivíduo detém diversas necessidades para uma vida digna. No que tange a proibição do retrocesso, garante que, uma vez alcançados, tais direitos não podem ser suprimidos. Por fim, a necessidade de um reconhecimento formal deriva da constitucionalização, pois a proteção efetiva destes direitos se dá após a sua presença constitucional.

Destarte, podemos elencar como direitos fundamentais como à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao lazer, à assistência aos desamparados, ao transporte, ao voto e à cultura.

Contudo, apesar de garantidos, não possuem natureza absoluta, uma vez que existem casos de conflito entre direitos. Como exemplo clássico, tem-se o conflito do direito a informação e o direito a intimidade; ou ainda a liberdade de imprensa com o direito a privacidade.

Os conflitos surgem em razão dos direcionamentos opostos de cada um desses princípios. Utilizando-se os exemplos acima, tem-se que o direito a informação, a liberdade de expressão seguem o caminho da transparência, da livre circulação de informação; já os direitos da personalidade, privacidade, intimidade, orientam-se no caminho da tranquilidade, do sigilo, da não exposição. Porém, apesar de ambos restarem assegurados, o que fazer quando tais direitos se chocam no caso concreto?

Tal solução não é de simples trato, uma vez que sempre existirá uma restrição, por vezes total, de um dos valores. Dessa forma, evidencia-se a necessidade de se ponderar para se chegar a solução do conflito. Inexiste hierarquia entre os direitos, de modo que deve ser analisado o caso concreto para a solução de eventual conflito.

Dessa forma, conclui-se que os direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, seu exercício está sujeito a limites, e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em inúmeras situações, são aplicados mediante ponderação.

Três Poderes

Com exceção do período imperial, o Brasil sempre possuiu a tripartição dos poderes como norte de sua estrutura. Legislativo, Judiciário e Executivo devem harmonicamente atuar, independentes entre si, cada um em seu campo, para promover o cumprimento dos direitos constitucionalmente estabelecidos.

⁶Lenza, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** 19. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

A ideia da separação de poderes é antiga, já sendo defendida por Aristóteles. John Locke, em sua obra “Dois Tratados Sobre o Governo”, de 1690, sustentou os princípios de liberdade política, servindo como base para Montesquieu defender a ideia de limitação do poder. Este, responsável máximo pela ideia da tripartição de poderes, defendeu, em sua *Magnum Opus* “O Espírito das Leis”, a criação dos três Poderes: Legislativo, com a função de legislar; Executivo, com a função de administrar; e Judiciário, com a função de julgar.

Desde Montesquieu, o ponto fundamental para tripartição de poderes é sua autonomia e liberdade política, sendo “[...] imperioso que estes três poderes não estejam reunidos nas mãos de um único órgão [...] de sorte que possa cada um deles, sem usurpar as funções do outro, impedir que os demais abusem de suas funções”⁷.

A Nossa Constituição estabeleceu justamente esse mecanismo de mútuo controle entre os poderes, sem que um se sobressaia ou se subordine ao outro, cujas interferências “[...] visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”⁸.

O Poder Legislativo é estruturado segundo o sistema de bicameralismo federativo, no âmbito federal. Ou seja, é composto por duas casas: a Câmara dos Deputados, constituída por representantes do povo; e o Senado Federal, constituído por representantes dos Estados. Nas palavras do artigo 44 da própria Constituição Federal: “*O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal*”.

A estrutura legislativa dos Estados, Municípios e Distrito Federal é distinta da federal, uma vez que é composta por uma única casa: nos Estados, tem-se a Assembleia Legislativa, composta pelos deputados Estaduais; nos Municípios, tem-se a Câmara Municipal, composta pelos Vereadores; e no Distrito Federal tem-se a Câmara Legislativa, composta pelos Deputados Distritais. Todos os representantes possuem mandato de 4 (quatro) anos, a exceção dos Senadores Federais, que cumprem suas funções por 8 (oito) anos.

Basicamente, o Poder Legislativo possui a função de legislar e realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Poder Executivo. Além disso, em situações excepcionais, o Senado Federal possui atribuição para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, vide artigo 52, inciso I, da Carta Magna. Esta situação pôde ser verificada nos processos de Impeachment dos ex-presidentes Fernando Collor e Dilma Rousseff.

O Poder Judiciário é composto por diversos órgãos, tal como expõe o artigo 92 da Constituição Federal, quais sejam: O Supremo Tribunal Federal; o Superior Tribunal de Justiça; os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; os Tribunais e Juízes do Distrito Federal e Territórios.

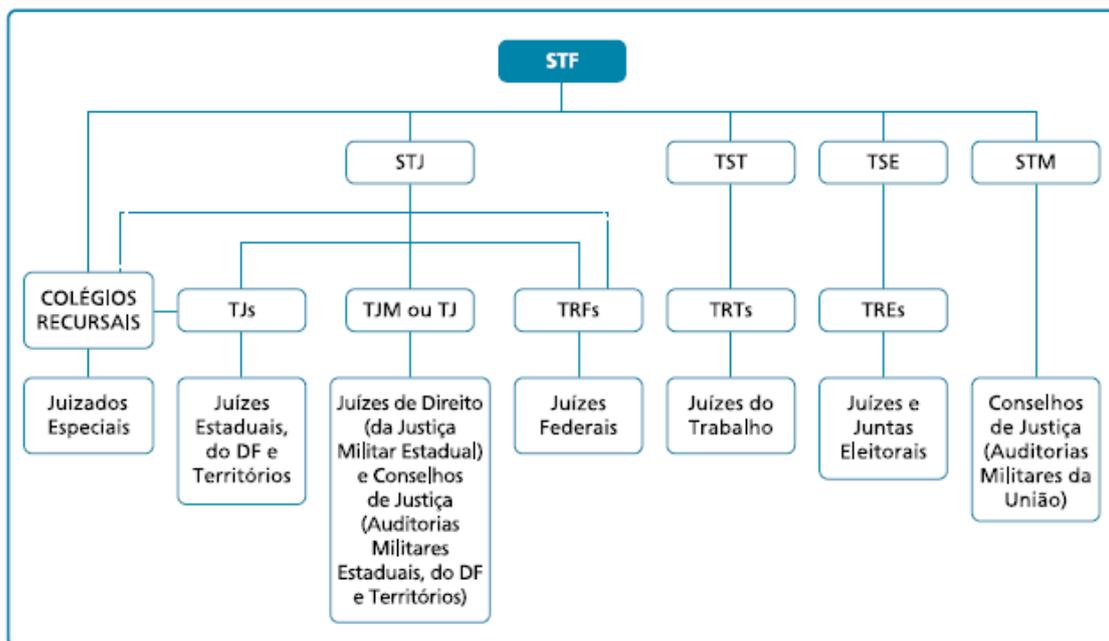
⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direitos constitucional**. 5ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 992.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 114.

Em razão da matéria, localidade e até mesmo das partes que compõem o processo é definida a competência para o julgamento. Por isso fez-se necessária uma maior especialização dos órgãos julgadores existindo, portanto a figura dos Juízos Cíveis, Criminais, Trabalhistas, entre outros. Ademais, é possível em sede recursal a discussão da matéria perante os Tribunais Recursais, sejam eles Tribunais de Justiça, Regionais Federais, e Regionais do Trabalho, entre outros. Como órgãos de convergência, exercendo jurisdição sobre todo o território nacional têm-se o STF e os Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE e STM), com sede na Capital Federal.

Possui como atribuição a função jurisdicional, ou seja, a de julgar, estabelecendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei. Mais a frente será discorrido a respeito da Instância máxima do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal.

Pedro Lenza⁹ traz de forma bastante didática um organograma do poder judiciário, hábil para demonstrar a hierarquia dos órgãos do judiciário:



Por fim, o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos ministros de Estado. Em âmbito Estadual e Distrital, é praticado pelos Governadores, auxiliados pelos secretários de Estado. Em âmbito Municipal, desempenhado pelos Prefeitos. Todos estes com mandato de 4 (quatro) anos, possibilitando uma reeleição.

Possui como atribuição a prática de atos de chefia do Estado, de governo e atos de administração. Ademais, pode desempenhar natureza legislativa na medida em que edita medidas provisórias, com força de lei (artigo 62).

⁹Lenza, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** 19. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 864.

Destarte, a separação harmoniosa entre os três poderes assegura a colenda administração do mecanismo estatal. A distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência é garantia de equilíbrio político que evita, ou ao menos minimiza, os casos de abuso de poder. Essa separação permite não apenas a colaboração e consenso de várias autoridades estatais diferentes na tomada de discussão, assegurando o diálogo e troca de ideias, como também mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais.

O Supremo Tribunal Federal

Órgão máximo do Poder Judiciário Nacional, o Supremo Tribunal Federal tem sua criação atrelada com a primeira Constituição, datada de 1824, ainda no período Imperial, quando era chamado de Supremo Tribunal de Justiça. Possui como sua atribuição mais importante a guarda e defesa da Constituição.

É composto por 11 (onze) ministros, escolhidos e indicados pelo Presidente da República, aprovado pela maioria absoluta do Senado Federal (conhecida como sabatina). Para tanto, é preciso ser brasileiro nato (artigo 12, §3º, IV); ter mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade (artigo 101); ser cidadão, estando no pleno gozo de seus direitos políticos (artigo 101); e ter notável saber jurídico e reputação ilibada (artigo 101).

Segundo a Constituição, possui competência originária, nas hipóteses taxativas do artigo 102, I, como por exemplo, para julgar as infrações penais comuns do Presidente da República, *habeas corpus*, extradição solicitada por Estado estrangeiro, causas de conflito entre a União e Estados, Ações Diretas de Controle Concentrado de Constitucionalidade, entre outros.

A saber, é por meio do Controle Concentrado de Constitucionalidade que se permite a fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista da Constituição. Esta análise pode ser provocada por meio de ações diretas, que somente podem ser movidas por algumas autoridades, órgãos e entidades específicas. É por meio destes julgamentos que algumas questões polêmicas são pacificadas, encontrando pacífico entendimento do caso ao texto constitucional, como a constitucionalidade da reforma trabalhista, a desnecessidade de aprovação prévia para biografias e a vindoura decisão a respeito da possibilidade de execução provisória de sentença após decisão por segunda instância.

Ademais, possui ainda competência recursal, julgando as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Como o Supremo Tribunal Federal é a mais alta corte de justiça do país, a presidência do STF corresponde ao mais alto cargo da mais alta instância do poder judiciário brasileiro. O Presidente também cumula o cargo de presidente do Conselho Nacional de Justiça, instituição pública de controle da atuação administrativa, financeira e disciplinar do Poder judiciário. Sua eleição se dá mediante sufrágio interno dos ministros, para o mandato de dois anos.

Tal qual o presidente da República, vice e outros agentes públicos, os ministros do Supremo Tribunal Federal também podem ser alvo de um processo de *impeachment*. O procedimento para tal também está previsto na Lei n. 1.079/1950, utilizada nos dois processos de impedimento dos presidentes brasileiros. Neste caso, seriam cinco os tipos de crimes de responsabilidade em que ministros da Corte podem ser enquadrados:

- 1- *altera, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal;*
- 2 - *proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa;*
- 3 - *exercer atividade político-partidária;*
- 4 - *ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo;*
- 5 - *proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decoro de suas funções.*

Tal como ocorreu no processo de *impeachment* dos ex-presidentes Fernando Collor e Dilma Rousseff, o procedimento é conduzido perante o Senado Federal, através de denúncia ao presidente do Senado, formando uma comissão especial para emissão de um parecer, que, se favorável, será julgado pelo Plenário, possibilitando a defesa do acusado.

Sistema Tributário Nacional e a Competência Tributária/Poder de Tributar

A Constituição Federal de 1988 trouxe a soberania como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, decorrendo do *ius imperium* a competência para instituição de tributos visando o custeio da estrutura necessária à atividade estatal.

Historicamente, o Estado foi criado para mediar às relações sociais e promover o bem comum, cabendo a este propiciar condições para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, elencados no Título II da Magna Carta.

No entanto, para atingir a referida finalidade, necessita captar recursos financeiros, denominados receitas públicas, os quais advêm aprioristicamente da cobrança de tributos.

Sabbag¹⁰ assevera que “a cobrança de tributos se mostra como a principal fonte das receitas públicas, voltadas ao atingimento dos objetivos fundamentais, insertos no artigo 3º da Constituição Federal”.

A autorização para o exercício da competência tributária/poder de tributar encontra-se prevista no artigo 145 da Carta Maior, estabelecendo que a União, os Estados e os Municípios poderão instituir: impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Neste ínterim, o tributo decorre das prerrogativas de direito público outorgadas a estrutura estatal, constituindo obrigação de natureza *ex lege*, ou seja, independe da vontade do particular, bastando apenas que o Estado edite uma lei prevendo o pagamento aos cofres públicos pela prática de determinada ação (fato gerador). Como ocorre com os contribuintes sujeitos ao recolhimento do imposto de renda, sendo necessária apenas a auferição de rendimentos acima dos limites fixados na legislação de regência.

¹⁰Sabbag, Eduardo. Manual de Direito Tributário – 5ª ed. – São Paulo, Saraiva: 2013 p. 39.

Contudo, faz-se pertinente esclarecer que como forma de limitar o poder atribuído ao Estado, a Magna Carta trouxe diversas determinações e limitações quanto à forma de instituição, fiscalização e arrecadação de tributos, objetivando a prevalência dos princípios atinentes à democracia.

Veja-se que, conforme adiante será criteriosamente demonstrado, o artigo 150, I, da Constituição Federal, determina que a instituição ou a majoração de tributos somente pode ser realizada por intermédio da edição de lei.

Conforme lição do saudoso jurista Celso Ribeiro Bastos¹¹, a coerção, derivada do poder de *imperium*, é elemento essencial no tributo, mas “*não significa prepotência ou arbítrio. Traduz-se, sim, na necessidade de o contribuinte sujeitar-se à pretensão tributária do Estado, expressa de uma lei democraticamente votada*”.

Portanto, a competência tributária é exercida pelo Estado mediante a delegação do povo, cumprindo fielmente o estabelecido no parágrafo único, do artigo 1º, da Carta Maior.¹²

O povo exerce a escolha dos seus representantes por intermédio do voto, cabendo a estes a proposição e aprovação das leis, inclusive aquelas que versam acerca da instituição dos tributos.

Logo, o Estado não pode agir livremente na exigência da obrigação tributária, sendo necessária a estrita observância aos limites do direito positivo. A criação de tributo somente se torna válida quando fundada em lei contendo todos os requisitos exigidos pela Constituição Federal e pelo Código Tributário Nacional.

Não basta apenas a edição de lei, sendo imprescindível a observância quanto aos requisitos fundamentais trazidos no artigo 146, III, da CF/88, quais sejam: contribuintes, base de cálculo e alíquota.

Cita-se, de modo ilustrativo, a discussão acerca da inconstitucionalidade superveniente das contribuições ao INCRA e ao SEBRAE, após o advento da EC nº 33/2001 que alterou o texto constitucional, estabelecendo que as CIDE's somente podem ter como base de cálculo o faturamento, a receita bruta ou o valor da importação. Com a referida alteração, as contribuições que têm por base de cálculo a folha de salários passaram a conflitar com a determinação imposta pela Carta Magna, ensejando o ajuizamento de diversas ações judiciais questionando a sua constitucionalidade.

Segundo Carraza, a competência tributária está adstrita às normas constitucionais, estando inquinados de nulidade os tributos instituídos em dissonância ao comando maior. *In verbis*:

¹¹Bastos, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional – 22ª ed.revista e atualizada por Samantha Meyer-Pflug- São Paulo: Paulus, 2010. p. 605.

¹²Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

*“De fato, entre nós, a força tributante estatal não atua livremente, mas dentro dos limites do direito positivo. Como veremos em seguida, cada uma das pessoas políticas não possui, em nosso País, poder tributário (manifestação do ius imperium do Estado), mas competência tributária (manifestação da autonomia da pessoa política e, assim, sujeita ao ordenamento jurídico-constitucional). A competência tributária subordina-se às normas constitucionais, que, como é pacífico, são de grau superior às de nível legal, que preveem as concretas obrigações tributárias”.*¹³

Destarte, resta evidente que o poder de tributar (soberania do Estado) não é absoluto, pois, como afirma Sabbag¹⁴, *“limita-se por regramento que vêm para refrear o exercício arbitrário da tributação amoldando-o de acordo com a carga valorativa ínsita ao texto constitucional”.*

Em suma, visando delimitar os referidos limites, a Constituição Federal estabeleceu uma série de princípios constitucionais tributários para nortear a relação entre o Estado e o sujeito passivo da obrigação, tendo a finalidade precípua de obstar a realização de imposições arbitrárias que possam acarretar na diminuição desproporcional e desarrazoada do patrimônio dos contribuintes.

Aliomar Baleeiro¹⁵, com o brilhantismo que lhe é peculiar, assevera que *“o sistema tributário movimenta-se sob complexa aparelhagem de freios e amortecedores, que limitam os excessos acaso detrimientosos à economia e à preservação do regime e dos direitos individuais”.*

Assim, em contraponto ao poder soberano do Estado de exigir a obrigação tributária, a Constituição Federal estabeleceu requisitos específicos que devem ser obrigatoriamente observados pelos entes tributantes quando da sua instituição e cobrança, bem como designou limitações ao poder de tributar, vedando que determinadas situações fossem albergadas pela competência tributária atribuída aos entes estatais.

Limitações ao Poder de Tributar

No Estado Democrático de Direito inexistente a figura de um poder de tributar (*ius imperium*) absoluto e ilimitado, devendo a exigência tributária estar devidamente prevista em lei, observando os requisitos e as limitações impostas pela Constituição Federal.

As limitações ao poder de tributar encontram-se, aprioristicamente, previstas nos artigos 150, 151 e 152 da Carta Maior, os quais dizem respeito a princípios norteadores e imunidades constitucionais tributárias.

Todavia, os limites ao poder de tributar não estão exaustivamente previstos na respectiva Seção do texto constitucional, existindo requisitos formais e materiais para a instituição e cobrança de tributos trazidos de maneira esparsa em outros dispositivos da Magna Carta.

¹³Carraza, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 435

¹⁴Sabbag, Eduardo, op. cit., p. 60.

¹⁵BALEIRO, Aliomar. Limitações ao Poder de Tributar. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

Neste sentido é a lição ilustre tributarista Luciano Amaro:¹⁶

“Os limites do poder de tributar definidos pela Constituição não se esgotam nos enunciados nela contidos, uma vez que diversas imunidades tributárias se encontram dispostas fora da seção das ‘Limitações do Poder de Tributar’. Requisitos formais ou materiais, limites quantitativos, características específicas deste ou daquele tributo permeiam todo aquele capítulo do Sistema Tributário Nacional, sendo ainda pinçáveis em normas esparsas de outros capítulos da Constituição, como o dos ‘Direitos e Garantias Individuais’, ‘Da Seguridade Social’ e da ‘Ordem Econômica’.”

A título exemplificativo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.823/MT¹⁷, reconheceu a inconstitucionalidade de benefício fiscal concedido no contexto da “guerra fiscal” em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, aduzindo que os comandos constitucionais que preveem a restrição e/ou a concessão de isenções e benefícios fiscais constituem limitações ao poder de tributar, podendo o Estado exercer a sua competência tributária somente se cumpridos os referidos preceitos. Com efeito:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR. ICMS. RESPEITO AO PACTO FEDERATIVO NA CONCESSÃO DE ISENÇÕES, INCENTIVOS E BENEFÍCIOS FISCAIS. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE DELIBERAÇÃO DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL NA FORMA DA LEI COMPLEMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE NA CONCESSÃO UNILATERAL. PROCEDÊNCIA. 1. As competências tributárias deverão ser exercidas em fiel observância às normas constitucionais, que preveem, especificamente, limitações do poder de tributar, com a consagração de princípios, imunidades, restrições e possibilidades de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais. 2. A deliberação dos Estados e do Distrito Federal para a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais de ICMS é exigência direta do texto constitucional, assim como a observância da disciplina constante na lei complementar, que constitui uma das matérias básicas de integração do Sistema Tributário Nacional, no sentido de desrespeito ao equilíbrio federativo (“guerra fiscal”). 3. Desrespeito à alínea “g” do inciso XII do §2º do artigo 155 da Constituição Federal em decorrência da concessão unilateral de incentivos e benefícios fiscais no ICMS pela Lei estadual/MT nº 7.874/2002 (artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11, Programa de incentivo às usinas produtoras de álcool do Estado de Mato Grosso – PRO-ÁLCOOL). 4. Medida cautelar confirmada. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.”

Destarte, podem ser entendidas como limitadoras ao poder de tributar todas as disposições constitucionais que estabeleçam freios e contrapesos ao agir estatal na imposição e cobrança de tributos, visando resguardar o contribuinte de eventuais abusos do ente tributante.

A Corte Maior¹⁸ consolidou entendimento de que as limitações constitucionais ao poder de tributar são equiparadas a direitos individuais cláusulas pétreas, razão pela qual não podem ser mitigadas ou excepcionalizadas por intermédio de Emenda Constitucional, consoante preconizado no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

Veja-se que, o Estado apenas pode exigir a cobrança de tributo com base em lei, que estabeleça o fato gerador (ação que enseja a cobrança da exação), a base de cálculo (grandeza econômica em que incide a alíquota para a mensuração do valor do crédito tributário), alíquota (percentual incidente sobre a base de cálculo) e os contribuintes. A referida previsão decorre do princípio da legalidade tributária, previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal.

¹⁶ AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128.

¹⁷ ADI 2823, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 13-02-2019 PUBLIC 14-02-2019.

¹⁸ ADI 939, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755.

O princípio da legalidade é o norteador do Sistema Tributário Nacional, sendo, nas palavras de Hugo de Brito Machado¹⁹, “o mais importante limite aos governantes na atividade de tributação”.

Pertinente enfatizar, que o respectivo princípio tem a função de garantir a segurança jurídica na relação entre o ente tributante e o contribuinte, uma vez que a cobrança de tributo é forma de intervenção do Estado no patrimônio do particular, sendo prudente que a instituição do tributo se dê conforme a vontade popular por intermédio dos seus representantes no Poder Legislativo, eleitos democraticamente.

Portanto, consoante ao comando constitucional, é necessária a edição de lei ordinária para a criação, majoração, minoração e extinção do tributo, respeitada a competência tributária fixada nos artigos 153, 155 e 156 da Carta Maior.

O artigo 155, inciso II, da CF/88 outorga aos Estados a competência para instituir imposto sobre “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”. A referida competência deve ser obrigatoriamente exercida por intermédio da edição de lei fixando os requisitos formais e materiais para a cobrança da referida exação.

Para melhor exemplificar, colaciona-se pirâmide demonstrando a hierarquia da legislação brasileira:



Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 632265/RJ, submetido ao regime de repercussão geral, reconheceu que afronta ao princípio da legalidade a criação de novo regime de recolhimento do ICMS por intermédio de Decreto, fixando a seguinte tese:

“Tema 830 - Somente lei em sentido formal pode instituir o regime de recolhimento do ICMS por estimativa”.²⁰

¹⁹MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 35.

Depreende-se do referido julgado, que o princípio da legalidade visa resguardar o contribuinte da atuação estatal arbitrária, privilegiando a vontade popular outorgada por delegação aos integrantes do Poder Legislativo.

No mesmo sentido, o artigo 150, inciso II, da Magna Carta, consagra o princípio da isonomia tributária, vedando o tratamento desigual para contribuintes que se encontram em posição de equivalência.

A lei que institui o tributo não pode conceder privilégios desarrazoados ou impor obrigações mais onerosas a contribuintes que reúnam condições paritárias, sendo lícita, em contrapartida, a graduação do imposto conforme a capacidade econômica das categorias de contribuintes, conforme preconiza o § 1º, do artigo 145, da Constituição Federal:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

Correlacionando os princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, Bernardo Ribeiro de Moraes ²¹delimitou os critérios norteadores para a compreensão do comando constitucional. *In verbis*:

“a) a igualdade jurídica tributária consiste numa igualdade relativa, com seu pressuposto lógico da igualdade de situações ou condições (...);

b) não se admitem exceções ou privilégios, tais que excluam a favor de um aquilo que é exigido de outros em idênticas circunstâncias (...);

c) a existência de desigualdades naturais justifica a criação de categorias ou classes de contribuintes, desde que as distinções sejam razoáveis e não arbitrárias”.

O imposto de renda é um exemplo típico de aplicação dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, havendo a possibilidade de alíquotas diferenciadas e de isenção, conforme os rendimentos auferidos pelo contribuinte no ano-calendário.

No entanto, em decorrência das imposições do princípio da legalidade, não cabe ao ente tributante mensurar a capacidade contributiva para fins de cobrança do imposto, incumbindo à lei fixar os critérios objetivos e subjetivos para a graduação da obrigação tributária com base na situação econômica dos contribuintes. Ao ente tributante cabe apenas a fiscalização e a cobrança do tributo nos moldes fixados na legislação.

O renomado tributarista Kiyoshi Harada²² assevera que a aplicação de alíquota fixa para a apuração do imposto de renda acabaria por afrontar o princípio da isonomia tributária. Sustentando que *“ofende ao princípio da isonomia tanto tratar igualmente situações desiguais,*

²⁰RE 632265, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-199 DIVULG 02-10-2015 PUBLIC 05-10-2015.

²¹ MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de direito tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 116.

²²HARADA, Kiyoshi. *Imposto de Renda e os princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3517, 16 fev. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23734>. Acesso em: 21 jul. 2019.

como tratar desigualmente situações iguais. No primeiro caso, há o dever de tratamento diferenciado. O princípio da igualdade comporta, pois, o exame pelo aspecto positivo e negativo: o dever de discriminar e a proibição de discriminar”.

Assim, a inobservância quanto à capacidade contributiva pode acarretar na ofensa a outro princípio limitador do poder de tributar: o princípio de vedação ao confisco.

Previsto no inciso IV, do artigo 150, da Constituição Federal, o mencionado princípio tem por precípuo objetivo evitar que o contribuinte tenha o seu patrimônio substancialmente afetado com base em imposição tributária desarrazoada e desproporcional.

Segundo entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal²³, “a identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade que dispõe o contribuinte – considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de um determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído”.

Na hipótese do imposto de renda, a aplicação de alíquota fixa no patamar de 27,5 % (aplicável à última faixa do imposto de renda) certamente seria extremamente gravosa para aqueles enquadrados na faixa da isenção, comprometendo, inclusive, o acesso ao mínimo necessário a sua própria subsistência.

Este foi entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1075/DF²⁴:

“(…)

A proibição constitucional do confisco em matéria tributária - ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias - nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas”.

Os princípios que atuam como limitadores ao poder de tributar visam resguardar que o patrimônio dos contribuintes seja indevidamente afetado através de ações arbitrárias do Estado, estando revestida de inconstitucionalidade a instituição e a cobrança de tributo em dissonância com os respectivos primados constitucionais.

Não obstante o exposto, o artigo 150, inciso VI, da Carta Maior, prevê as imunidades tributárias, vedando que o Estado exerça a sua competência tributária nas situações elencadas em suas alíneas, quais sejam:

- a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
- b) templos de qualquer culto;
- c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
- d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;
- e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil”.

²³ ADI 2010 MC / DF - Distrito Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Relator (a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 30/09/1999; Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

²⁴ ADI 1075 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998.

Leandro Paulsen²⁵ aduz que “as regras constitucionais que proíbem a tributação de determinadas pessoas ou bases econômicas relativamente a tributos específicos, negando, portanto, competência tributária, são chamadas de imunidades tributárias”.

As imunidades delimitam o campo de atuação do Estado no exercício do poder de tributar, fixando as hipóteses em que os entes tributantes estão obstados de exercer a sua competência tributária positiva. De igual modo, constituem direitos dos contribuintes, impedindo o agir estatal no sentido de exigir o recolhimento de tributos sobre os bens e produtos albergados pela norma imunizante.

Salienta-se que, as imunidades não encontram-se taxativamente previstas no artigo 150 da Constituição Federal, existindo outras previsões distribuídas no texto constitucional, como é o caso da imunidade das receitas decorrentes de exportação, determinada no artigo 149, § 2º, inciso I, abaixo transcrito:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

(...)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo; I – não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;”

Da leitura do referido dispositivo, verifica-se que as receitas decorrentes de exportação não podem ser incluídas na base de cálculo das contribuições sociais e de intervenção de domínio econômico, estando revestido de inconstitucionalidade qualquer ato normativo que tenha por objeto reduzir ou dar interpretação diversa ao texto constitucional.

Neste contexto, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, entendeu pela inconstitucionalidade da Instrução Normativa RFB nº 1.436/2013 que restringiu o alcance da imunidade constitucional sem amparo legal, estabelecendo que somente as receitas decorrentes de exportação direta poderiam ser retiradas da base de cálculo da Contribuição Previdenciária Patronal sobre a Receita Bruta. Com efeito:

“**TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA. EXPORTAÇÕES DIRETAS E INDIRETAS. COMERCIAL EXPORTADORA. LEI 12.546/2011. IN 1.436/2013.** 1. Não existe diferença ontológica entre a receita de exportação auferida de forma direta ou indireta. O que importa é que as receitas decorram das exportações, por isto que o art. 9º, II, "a", da Lei 12.546/11 faz qualquer distinção entre exportação direta ou indireta. 2. A IN RFB nº 1.436/2013, ao incluir na base de cálculo as receitas das vendas para comerciais exportadoras e permitir a dedutibilidade apenas das receitas decorrentes de exportações diretas, fere o princípio da legalidade e restringe o alcance da imunidade. 3. Assegurado o direito à compensação, na forma disciplinada pelo art. 89, "caput" e §4º, da Lei 8.212/91”.²⁶

Outro ponto de suma importância a ser analisado, é o de que, se a lei é a fonte das obrigações tributárias: esta jamais será legitimada pelos atos normativos infralegais, normativas do Poder Executivo, como muitas vezes pretende a Secretaria da Receita Federal. Isso se dá porque a legalidade tributária deve ser interpretada de maneira restrita, em consonância a outros

²⁵Paulsen, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo, 2012, p.38.

²⁶TRF4, AC 5004916-03.2016.4.04.7107, PRIMEIRA TURMA, Relator ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA, juntado aos autos em 23/08/2018.

dispositivos constitucionais e, suas exceções, também deverão estar no texto constitucional, a exemplo da previsão trazida pelo art. 153, §1, 1^o²⁷ - *É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.*

Fora isso, tem-se a impossibilidade de delegação ao Executivo, conforme julgado pelo STF: “Decreto-lei n. 1.497/75. Delegação de competência para instituir tributo. Inconstitucionalidade. Precedentes. Agravo Regimental não provido.(STF, Segunda Turma, RE 392640 AgR. Rel. Min CEZAR PELUSO, set2009).

Outrossim, conforme preceitua o artigo 146, III, alínea “a” da Constituição Federal, não se pode manter no ordenamento jurídico pátrio dispositivos infralegais que vão em desencontro aos princípios tributários nela elencados.

A fim de ilustrar, analisaremos o item 3.2 da Instrução Normativa n. 26/2008 da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná que regulamenta a Lei 14.260/2003 relativa ao imposto sobre a propriedade dos veículos automotores – IPVA.

Sob esse prisma, tal dispositivo se mostra ilegal e inconstitucional, visto que vem exigindo tributo com a alíquota majorada por exigência imposta por instrução normativa, o que fere o princípio da segurança jurídica previsto no art. 5º, inc. XXXVI, da isonomia (150,II,CF) e em última análise, da legalidade tributária (150,I,CF), veja-se:

Estipula a Lei 14.260/2003 do Estado do Paraná que as alíquotas serão minoradas (1%) nos seguintes casos:

“Art. 4º - As alíquotas do IPVA são:

I - 1% (um por cento) para:

(...)

a) ônibus, caminhões e quaisquer outros veículos automotores registrados no Departamento de Trânsito do Paraná - Detran/PR, ou cadastrados na Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná - SEFA/PR, na categoria aluguel ou espécie carga;

b) veículos automotores destinados à locação, de propriedade de empresas locadoras ou cuja posse estas detenham em decorrência de contrato de arrendamento mercantil;

c) veículos automotores que utilizem o Gás Natural Veicular (GNV)”

Como se vê, no caso da alínea “b” do dispositivo acima citado, a Lei não colocou outro requisito para enquadramento na alíquota de 1% senão estar o veículo automotor devidamente registrado em nome de empresa locadora de veículo.

Ocorre que em 2008, por advento da INSTRUÇÃO SEFA/PR N. 26/2008, mais precisamente no item 3.2 sobreveio exigência que a Lei não impôs:

“INSTRUÇÃO SEFA N. 26/2008:

3. ALÍQUOTAS

3.1. As alíquotas do IPVA são:

²⁷Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

(...)

IV - produtos industrializados;

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

*Rua Souza Naves, 3983 - 10º Andar Cascavel - PR CEP 85.810-900 Tel/Fax (45) 3037-2650
Rua Antônio Raposo, 406-7º and. Cjto. 704, Foz do Iguaçu-PR CEP 85.851-090 Tel/Fax (45) 3523-4006
Rua Dr. Manoel Pedro, 365, Curitiba-PR, 14º and. CEP 80.035-030 Tel (41) 3029-0081*

3.1.1. 1% (um por cento) para:

3.1.1.1 ônibus, micro-ônibus, caminhões e quaisquer outros veículos automotores registrados no Departamento de Trânsito do Paraná – DETRAN/PR, ou cadastrados na Secretaria de Estado da Fazenda do Paraná – SEFA/PR, na categoria aluguel ou espécie carga, conforme classificação do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN;

3.1.1.2. veículos automotores destinados a locação, de propriedade de empresas locadoras ou cuja posse estas detenham em decorrência de contrato de arrendamento mercantil.

3.2. A aplicação da alíquota de que tratam os subitens 3.1.2 e 3.1.1.2, fica condicionada aos respectivos registros de complemento de categoria e combustível, junto ao DETRAN/PR”.

Pelo princípio da legalidade tributária, se a lei que instituiu o benefício NÃO impôs condições para concessão, outra norma não pode fazê-lo.

Ainda, em análise constitucional, pelo princípio da isonomia, “não poderá a lei estabelecer distinções entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente” .

Desta feita, sendo o IPVA um imposto real e estando o veículo regularmente registrado em nome de Locadora de Veículos legalmente constituída, está satisfeito o requisito para o enquadramento na alíquota de 1%.

Assim, ao passo que a instrução normativa criou benefício apenas para aqueles que cadastrarem o complemento da categoria do veículo junto ao DETRAN como destinado à locação, exigência que a lei não impôs, acabou por criar tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente, afrontando visivelmente o princípio da isonomia e da legalidade tributária.

Em conclusão, resta evidente que o poder de tributar do Estado está estritamente ligado aos comandos constitucionais, não havendo que se falar na instituição de tributos sem a observância aos princípios norteadores e as normas limitadoras ao campo de competência da atuação estatal, cabendo aos contribuintes que se sentirem lesados buscarem a tutela jurisdicional com o fito de combater eventuais abusos cometidos pelos entes tributantes.

Considerações finais

Uma Constituição deve estar em harmonia com a realidade. Deve conversar com o momento social, mantendo-se aberta e dinâmica através dos tempos. O presente estudo permitiu demonstrar toda a evolução constitucional brasileira até 1988, quando foi promulgado o texto vigente, que completou trinta anos em 2018.

Uma das primeiras ações do recém estabelecido governo imperial quando da independência foi a edição de uma Constituição para legitimar suas ações. Todos os governos após tiveram que se dobrar perante o texto constitucional então vigente, seja ele Imperador ou Presidente, em sistema parlamentarista ou presidencialista. Qualquer ato do Estado necessita de respaldo constitucional.

Alguns exemplos tratados permitiram demonstrar que a Constituição Cidadã trouxe diversos avanços para o Estado brasileiro e seus cidadãos. Direitos foram devolvidos e novos estabelecidos. A forma do Estado nunca esteve tão consolidada, em harmônica divisão de poderes.

Por vezes contestada, a Constituição Federal de 1988 necessita ser defendida, não apenas pelo Estado, encabeçado pela figura do Supremo Tribunal Federal, mas por todos os cidadãos. Nas palavras de Casseb²⁸, “[...] o futuro da Constituição de 1988 depende visceralmente da consolidação de uma ética constitucional, isto é, do firme compromisso de todos os atores políticos e dos cidadãos com o cumprimento de suas regras e princípios em prol do interesse de toda a sociedade.”

Mais que garantia de direitos, a defesa da Constituição Federal assegura toda a caminhada histórica do Brasil até o presente momento, em seus erros e acertos, períodos de dificuldade e bonança, de liberdade e de restrição. A manutenção do Estado democrático de Direito, depende do respeito à Constituição de 1988.

Últimas Linhas

Por evidente, este encarte não tem, nem de longe, a pretensão de dar profundidade aos assuntos abordados, mas tão somente em registrar a passagem dos 30 anos da promulgação da nossa Carta Maior.

Óbvio também que, como todas as normas, mesmo aquela que nos rege, é merecedora de críticas e reparos, imperfeita que é e dinâmica na sua interpretação. Várias emendas e farta jurisprudência já vieram a tratar de suas incorreções.

Profunda, e no geral, como dito no início, reveste-se de fundamentos que receberam nossos registros dignos de aplausos, louvor e, portanto, da presente homenagem.

Nenhuma sociedade se estrutura e se organiza sem um arcabouço normativo sólido. As instituições não se sustentariam e a insegurança jurídica permearia a vida de todos os cidadãos.

O que devemos buscar, diuturnamente, é o fortalecimento da Constituição para que, sob ela, possamos viver num país melhor.

Huberto Otto Mählmann
Carlos José Dal Piva

Guilherme Cavalli Waldow - advogado
Edson Natan Limanski de Quadros - advogado
Paulo Henrique Bernardino Lima – estagiário

As informações contidas nesta publicação não devem ser utilizadas isoladamente sem a assistência de um advogado. Quaisquer dúvidas e/ou sugestões podem ser encaminhadas para o e-mail: madp@madp.adv.br. Os artigos assinados são de responsabilidade dos autores.

²⁸ CASSEB, Marcelo. 30 anos da Constituição Federal: entre passado e futuro. **Conjur – Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-13/observatorio-constitucional-30-anos-constituicao-federal-entre-passado-futuro>>. Acesso em 22/04/2019.