



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALESSANDRO RIBEIRO COUTO

**AS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO
ECONÔMICO E O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE**

Salvador
2007

ALESSANDRO RIBEIRO COUTO

**AS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO
ECONÔMICO E O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, inserida na linha de pesquisa cidadania e efetividade dos direitos, área de concentração Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta

Salvador
2007

FOLHA DE APROVAÇÃO

Após leitura atenta e avaliação, a Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo indicados, conferiu **APROVAÇÃO** ao mestrando **ALESSANDRO RIBEIRO COUTO** por força do conteúdo e forma da dissertação “AS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE”, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, inserida na linha de pesquisa cidadania e efetividade dos direitos, área de concentração Direito Público, atribuindo-se-lhe nota final _____ (_____), decorrente da média das seguintes notas individuais:

1º AVALIADOR - Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta:

Assinatura do membro da banca examinadora:

2º AVALIADOR - Prof. Dr. _____ :

Assinatura do membro da banca examinadora:

3º AVALIADOR - Prof. Dr. _____ :

Assinatura do membro da banca examinadora:

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta, pela disposição em orientar um mestrando sempre tão ocupado, e pelas fervorosas discussões ao longo da disciplina de Direito Tributário no mestrado.

À minha esposa e sócia Carolina Couto, companheira que escolhi para toda vida, e cujo apoio fundamental no escritório neste último mês permitiu que eu pudesse ter alguma tranqüilidade para escrever.

RESUMO

O objetivo desta dissertação é propor o postulado da proporcionalidade como instrumento de controle da validade das normas institutivas das contribuições de intervenção no domínio econômico. Examina-se, inicialmente, a importância da interpretação construtiva na hermenêutica contemporânea, com ênfase nos princípios. Em seguida, estudam-se os princípios pertinentes à ordem econômica constitucional. Depois se analisam os requisitos e modalidades da intervenção estatal no domínio econômico. Por fim, delimita-se a noção do postulado da proporcionalidade, sua natureza e aplicação no direito tributário. A conclusão indica a possibilidade e necessidade de reconhecimento da utilização do referido postulado para a aferição de validade das contribuições em comento.

Palavras-Chave: Interpretação construtiva; Princípios constitucionais; Contribuições de intervenção no domínio econômico; Postulado da proporcionalidade; Direito Constitucional Tributário.

RESUME

The objective of this paper is to consider the postulate of the proportionality as instrument of control of the validity of the institution norms of the contributions of intervention in the economic domain. It is examined, initially, the importance of the constructive interpretation in the contemporary hermeneutic, with emphasis in the principles. After that, the pertinent principles to the constitutional economic order are studied. Later, is analyzed the requirements and the modalities of the state intervention in the economic domain. Finally, it is delimited the notion of the postulate of proportionality, its nature and application in the tax law. The conclusion indicates the possibility and necessity of recognition of the use of the related postulate for the gauging of validity of the contributions in comment.

Palavras-Chave: Constructive interpretation; Constitutional Principles; Contributions of intervention in the economic domain; Postulate of the proportionality; Constitucional Tributary law.

SUMÁRIO

	Página
INTRODUÇÃO	09
1 A PROPOSTA DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DO DIREITO	12
1.1 A HERMENÊUTICA DE HANS-GEORG GADAMER	13
1.1.1 Esorço Histórico da Compreensão Hermenêutica	13
1.1.1.1 Hermenêutica Romântica	13
1.1.1.2 Hermenêutica Historicista	19
1.1.1.3 Hermenêutica Ontológica	23
1.2 O PENSAMENTO DE GADAMER	31
1.2.1 Prejuízo como Condição à Compreensão	33
1.2.2 A Distância Temporal e a Consciência da História Efetual	36
1.2.3 A importância da Linguagem	39
1.2.4 O Problema da Aplicação	43
1.2.4.1 A Aplicação como Integrante da <i>Synesis</i>: Aristóteles	46
1.2.4.2 A Hermenêutica Jurídica Gadameriana	49
1.3 A TEORIA DE RONALD DWORKIN	52
1.3.1 A Moral no Direito	52
1.3.2 O Realismo	54
1.3.3 Crítica ao Positivismo	55
1.3.3.1 O conceito de direito	56
1.3.3.2 O poder discricionário	59
1.3.3.3 A regra de reconhecimento	61
1.3.3.4 A teoria da resposta correta	62
1.4 UM PARALELO ENTRE O PENSAMENTO DE GADAMER E DWORKIN	68
1.5 NOVO MODELO DE INTERPRETAÇÃO	70
2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA	73
2.1 ESTADO E ECONOMIA	74
2.1.1 Estado liberal	74
2.1.2 Estado Neoliberal	75
2.1.3 Estado Social	77

2.2 INTERVENCIONISMO NA ORDEM ECONÔMICA	80
2.2.1 Conotações da Expressão Ordem Econômica	80
2.2.2 Ordem Econômica Liberal	81
2.2.3 Ordem Econômica Intervencionista	82
2.2.3.1 Conceito de intervenção	84
2.2.3.2 Intervenção como exigência do capitalismo	86
2.2.3.3 Características principais da nova ordem econômica	86
2.2.3.4 Constituição diretiva e Constituição Estatutária: distinção	87
2.2.3.5 Vinculação do poderes constituídos das normas programáticas	88
2.3 O BRASIL COMO ESTADO DUALISTA: BEM-ESTAR E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.	97
2.3.1 Princípios Constitucionais que Regem a Atividade Econômica	98
2.3.2 Regime Jurídico-Constitucional do Bem Estar Social	100
2.3.3 Regime Jurídico-Constitucional do Desenvolvimento Econômico	105
2.4 FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA	108
2.5 PRESSUPOSTOS DA INTERVENÇÃO	110
3. CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	113
3.1 GÊNERO: CONTRIBUIÇÕES	113
3.2 NATUREZA JURÍDICA	115
3.3 CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO E ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS	117
3.4 NOTAS SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES EM ESPÉCIE	121
3.4.1 Contribuições Sociais	122
3.4.1.1 Contribuições de seguridade social	122
3.4.1.2 Outras de seguridade social	123
3.4.1.3 Outras contribuições sociais	124
3.4.2 Contribuições Especiais	125
3.4.2.1 Contribuições de interesse de categorias profissionais e econômicas	125
3.4.2.2 Contribuições de intervenção no domínio econômico – CIDE	125
3.5 PERFIL CONSTITUCIONAL DAS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	126

3.5.1 Limitações Formais	129
3.5.1.1 Lei Complementar	129
3.5.1.2 Princípio da estrita reserva legal tributária	134
3.5.1.3 Princípio da anterioridade	138
3.5.1.4 Princípio da irretroatividade	141
3.5.2 Limitações Materiais	143
3.5.2.1 Finalidade	143
3.5.2.2 Causa	145
4. DISTINÇÃO: PRINCÍPIOS E REGRAS	147
4.1 O PENSAMENTO DE DWORKIN E ALEXY	150
4.2 A CRÍTICA AO PENSAMENTO DE DWORKIN E ALEXY	152
4.3 OUTRAS PERSPECTIVAS DE DISTINÇÃO	157
4.4 CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO ADOTADA	159
5 PROPORCIONALIDADE	160
5.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	161
5.2 FUNDAMENTO	165
5.3 NATUREZA	168
5.4 CONCEPÇÃO DE PROPORCIONALIDADE ADOTADA	169
5.4.1 Proporcionalidade: Proibição do Excesso	169
5.4.2 Proporcionalidade: Concordância Prática	170
5.5 ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	172
5.5.1 Adequação	174
5.5.2 Necessidade	176
5.5.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito	176
5.6 APLICABILIDADE DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO	178
5.6.1 Aplicação da Proporcionalidade às Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico	181
CONCLUSÕES	184
REFERÊNCIAS	196

INTRODUÇÃO

O tema deste estudo são as contribuições de intervenção no domínio econômico, tendo por escopo construir um arquétipo teórico que auxilie no controle da validade das normas instituidoras da mencionada espécie tributária.

Insta salientar que o legislador não é livre para a instituição do aparato normativo, antes deve observância aos direitos e garantias estatuídos na Magna Carta.

Desta feita, desponta a importância de uma nova hermenêutica constitucional, não mais voltada para o Estado de Direito concebido como Estado mínimo, reduzido em suas funções, mas às garantias de cunho eminentemente social, que demandam tarefas positivas do Estado, objetivando um fazer, com o que ganha relevo uma "interpretação de legitimação de aspirações sociais à luz da Constituição", refletindo a pretensão de realização dos comandos constitucionais, na qualidade de instrumento de legitimação das tarefas postas ao Estado¹.

No Preâmbulo da Constituição de 1988, iniciou o Poder Constituinte por destacar como valores supremos da sociedade "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça", cabendo ao Estado assegurá-los, bem como assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

Neste sentido, fácil é aferir que o Estado de Direito deixou de ser o simples império da lei, para se caracterizar como a supremacia da constituição.

No mencionado diapasão, cumpre asserir que a conformação do Direito Tributário pátrio encontra-se quase em sua totalidade em sede constitucional, que outorga as competências, fazendo indicação, geralmente, do núcleo do critério material da norma tributária.

Entretanto, a Magna Carta, ao prever a competência da união para instituir contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), via de regra, não indica sobre qual fato pode a mesma incidir, deixando a cargo do legislador infraconstitucional a sua eleição, adotando um sistema de validação finalístico.

¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: Ensaio da Programática da Comunicação Normativa**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999, p. 12-13

Ademais, a CIDE atine diretamente a questões de política, sendo necessário se analisar não apenas a regularidade formal da sua instituição, como também a material.

Destarte, o problema central a ser analisado é se pode haver um controle material da instituição da CIDE à luz da aplicação do postulado da proporcionalidade, bem como da incidência de diversos dispositivos constitucionais.

Insta salientar que há uma carência na doutrina nacional de trabalhos que abordem o tema com a especificidade ora proposta, a despeito das grandes implicações envolvidas, o que demonstra que a investigação possui relevância teórica e prática.

Vislumbra-se, atualmente, um intuito por parte da União de aumento da carga tributária, em especial, através da criação de contribuições, haja vista o produto da sua arrecadação não ser passível de repartição com as demais pessoas políticas.

Caso o aumento progressivo da necessidade de recursos Estatais estivesse sendo acompanhado pelo equivalente crescimento da economia brasileira, prescindível se revelaria o alargamento percentual da carga tributária, pois o vulto recolhido seria majorado pelo simples acréscimo quantitativo experimentado pela base de cálculo dos tributos.

O trabalho que pretendemos empreender busca contribuir para o controle de constitucionalidade da instituição das contribuições de intervenção no domínio econômico, no sentido de se evitar que sua finalidade constitucional seja distorcida por fins arrecadatórios.

Destarte, a presente dissertação enfrentará a questão de se podem os princípios que regem a intervenção do Estado na ordem econômica e o postulado da proporcionalidade ser obliterados, sob o azo do atendimento ao interesse da coletividade, diante dos pressupostos do Estado Democrático de Direito, em um momento no qual a produção científica sobre o tema é rarefeita e a voracidade fiscal bate recordes.

Para responder ao questionamento central passar-se-á pelas indagações seguintes: O que é intervenção do Estado na ordem econômica? Quais são os princípios que

regem a intervenção do Estado na ordem econômica? A CIDE é uma forma de intervenção do Estado na ordem econômica? A instituição da CIDE se submete aos objetivos da intervenção do Estado na ordem econômica? O princípio da proporcionalidade tem incidência sobre a seara tributária? Qual a aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Tributário?

Por fim, serão lançadas as conclusões que pretendem ser de grande valor no embate doutrinário acerca do controle da criação das contribuições de intervenção no domínio econômico.

1 A PROPOSTA DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DO DIREITO

Neste capítulo, se procurará, ainda que de modo perfunctório, investigar a metamorfose de paradigma na teoria do direito, colimando evidenciar os parâmetros de uma nova hermenêutica jurídica, na qual avulta a importância dos princípios e de uma interpretação construtiva, em contraponto ao silogismo legal defendido desde o século XIX, com a publicação do Código de Napoleão, pelos prosélitos da Escola Exegética².

A marca da dogmática tradicional é, exatamente, a interpretação fundada em um positivismo avalorativo, estatal e legalista, lastreada em uma concepção abstrata do direito.

Entretanto, somente uma interpretação construtiva e dinâmica privilegia a efetividade dos fins postos pela Constituição, o que exige uma postura valorativa do intérprete em face ao caso concreto, dando ensejo ao emprego do postulado da proporcionalidade como instrumento de materialização das finalidades econômicas e sociais do direito.

A hodierna Magna Carta estatui no seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, com o que a função do Estado não deve ser vista sob um enfoque meramente formal, mas também diante de um aspecto material, consubstanciado na realização dos objetivos sociais positivos.

Assim sendo, exige-se que as normas jurídicas sejam interpretadas conforme o seu conteúdo substancial e axiológico e não sob o enfoque meramente formal³.

Para a consecução do empreendimento objetivado, inicialmente, insta fixar os principais pontos da hermenêutica filosófica de Gadamer, bem como de Dworkin, para, após, sermos capazes de identificar a importância na obra deste último do giro ontológico perpetrado por aquele, bem assim do impacto causado por ambos na visão mecânica do direito.

² MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de Introdução à Ciência Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 26-27

³ YAMASHITA, Douglas. Princípio da solidariedade em Direito Tributário. In GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (orgs.). **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 55.

A título de prolegômenos, toma-se por oportuno empreender a um estudo sintético da evolução do pensamento hermenêutico, com vistas à percepção das bases sobre as quais Gadamer⁴ edifica sua teoria.

Analisar-se-á, para tanto, o desenvolvimento da hermenêutica romântica de Schleiermacher, passando pela hermenêutica historicista de Dilthey e, por fim, da hermenêutica ontológica de Heidegger, mentor de Gadamer e cuja obra apresenta destaque na estrutura da compreensão proposta por este último.

1.1 A HERMENÊUTICA DE HANS-GEORG GADAMER

1.1.1 Escorço Histórico da Compreensão Hermenêutica

1.1.1.1 Hermenêutica Romântica

Como leciona Kelly Susane Alflen da Silva, em que pese ter o problema hermenêutico se originado, precipuamente, na teologia e na jurisprudência, e mais tarde nas ciências históricas, é a partir do romantismo alemão que a compreensão e a interpretação não aparecem apenas em manifestações escritas, mas dizem respeito à relação entre os seres humanos e destes com o mundo⁵.

A indigitada linha de pensamento respalda-se na hermenêutica universal de Schleiermacher.

Não obstante o espírito idealista de seu tempo, aspirou à unificação do “realismo com o idealismo”, significando pensar juntos o universal e o particular, o ideal e o histórico⁶.

Schleiermacher lastreia seu pensamento na dependência mútua entre dialética e hermenêutica, pressupondo uma incontornável relatividade do pensamento que tem como conseqüência a relatividade do saber, derivada da inseparabilidade de

⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, 7ª Edição, Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2005

⁵ SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 53

⁶ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E.. **Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação**, 4ª ed., Trad. Celso Reni Braidá. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003, p. 11

pensamento e linguagem e a inexistência ou impossibilidade de uma linguagem universal⁷.

Celso Reni Braida assim resume o pensamento do citado autor:

Toda linguagem contém em si um modo de intuir ou uma repartição prévia do que é dito, na medida em que se institui à base de uma organização esquematizante. O que significa dizer que a interpretação não se refere apenas às expressões lingüísticas, mas antes que a própria linguagem interpreta o real. Linguagem comum não pode iniciar senão como instituição comum. Por outro lado, Schleiermacher coloca na base da formação os conceitos e juízos, dos quais o saber se constitui, uma circularidade semelhante aquela atribuída às palavras e frases: o juízo pressupõe conceitos, e os conceitos, por sua vez, pressupõem os juízos⁸.

Nesta esteira, a dialética, então, mesmo que entendida como a possibilidade do pensamento em sua idealidade formal e enquanto “ciência” da unidade do saber, sempre se encontra conformada pela temporalidade da linguagem em que se expressa, haja vista que pensamento puro, não obstante ser caracterizado pela imutabilidade e universalidade, nunca se dá por si, mas sempre através de uma linguagem histórica. Como corolário lógico, temos a complementaridade inexorável entre a hermenêutica, a qual visa a apreensão do pensamento contido em um discurso particular, e a dialética, que objetiva a exposição do pensamento em um discurso. Note-se, ainda, que estas duas “ciências” encontram-se em uma relação de interdependência com a gramática, na medida em que na base está a operação de entendimento e comunicação lingüística⁹.

Antes de Schleiermacher, a hermenêutica se caracterizava como corpos de regras independentes determinadas para objetos particulares, derivadas mais da prática do que de princípios, arranjadas heterogeneamente em função de objetos específicos¹⁰.

Sua obra tem por finalidade principal não apenas superar a dupla deficiência aventada no parágrafo anterior, como também delimitar o conceito de compreensão. Não mais se pergunta como se interpreta, mas, sim, o que interpretar e compreender significa e como se dá sua ocorrência. Volta-se seu labor para suprir a necessidade

⁷ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. Ob. Cit, p. 12

⁸ *Ibidem.*

⁹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. Ob. Cit, p. 13-14

¹⁰ SILVA, Kelly Susane Alflen da. Ob. Cit, p. 54

filosófica de elaborar uma hermenêutica geral, que não apenas contivesse as regras e a aplicação do procedimento interpretativo enquanto tal, mas que engendrasse a justificação dos mesmos¹¹.

O citado autor repensou a hermenêutica como ciência ou arte da compreensão, com o escopo de descrever as condições da compreensão em qualquer diálogo, lançando uma crítica pujante à visão da filologia, rechaçando o conceito de hermenêutica sistematicamente coerente¹².

Há clara filiação do escritor em estudo à tradição hermenêutico-retórica, tomando como elemento essencial do entender que o sentido do individual somente resulta da conexão com o todo. Ao revés dos filólogos, sua hermenêutica colima uma unidade de procedimento que não se distingue pelo modo de transmissão das idéias, se por escrito ou oralmente, nem pelo conteúdo da tradição¹³.

Palmer afirma que o “resultado não é simplesmente uma hermenêutica filológica, mas uma «hermenêutica geral» (allgemeine Hermeneutik) cujos princípios possam servir de base a todos os tipos de interpretação de texto”¹⁴.

Esta nova concepção marca o começo da hermenêutica não disciplinar, passando a ser vista como a ciência da compreensão lingüística.

Ademais, Schleiermacher contesta a chamada prática natural da arte da compreensão, na qual se baseava a hermenêutica iluminista, que se embasava na idéia de que a compreensão se produz por si mesma. Opera-se uma inversão dessa assertiva no sentido de que deve haver um esforço consistente em evitar o mal-entendido, que se produz por si, bem como que a compreensão deve ser desejada e buscada através de uma prática metódica¹⁵.

A prática metódica tem que fornecer as razões da compreensão alcançada, visando o controle das compreensões imediatas, logo, das pré-compreensões. De resto, a suspensão da atitude natural permitiria a consciência da distância entre o escritor e o

¹¹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. Ob. Cit, p. 15

¹² PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: ed. 70, 1999, p. 50

¹³ SILVA, Kelly Susane Alflen da. Ob. Cit., p. 54-55

¹⁴ PALMER, Richard. Ob. Ct., p. 50

¹⁵ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. Ob. Cit, p. 16

leitor, sendo que a superação dessa seria o objetivo da operação hermenêutica, já que o intérprete deveria se colocar no lugar do autor original¹⁶.

A teoria em exame propõe duas perspectivas básicas para a concreção do intuito hermenêutico:

A recuperação objetiva (gramatical) de um discurso consiste na reativação da sua significância (Bdeutsamkeit) a partir do conjunto de regras sintático-semânticas da língua, tal como ela era em geral praticada na comunidade de falantes à qual pertence o seu autor. A regra principal prescreve: “tudo o que necessita de uma determinação mais precisa em um dado discurso apenas pode ser determinado a partir do domínio lingüístico do autor e de seu público original”. [...] A segunda regra, porém, diz: “o sentido de uma palavra em uma determinada passagem deve ser determinado a partir do contexto onde ela ocorre. [...] Portanto, “o sentido não está nos elementos isolados, mas apenas em sua contestação”, o que significa dizer que o sentido do conjunto não é a mera soma dos significados dos elementos¹⁷.

[...] Um discurso, porém, também representa uma ação individual do seu autor (Tat seines Urhebers). Sob essa perspectiva, o fator objetivo (a linguagem) aparece unicamente como um instrumento manipulado segundo regras subjetivas. A recuperação do momento subjetivo de um discurso, a interpretação psicológica, procure compreender “como o autor opera na linguagem” ou o seu modo de uso particular. Esta é outra fonte de estranhamento entre o leitor e o texto. Pois, se a linguagem traz em si uma indeterminação e nunca está dada simultaneamente em sua totalidade, não se pode saber a priori como um indivíduo a utiliza. O modo de emprego individual, o estilo, não pode ser construído a priori. O seu conceito tem que ser construído caso a caso. Por fim, deve-se notar que a interpretação psicológica de modo algum consiste em um tipo extralingüístico de apreensão do autor e seu pensamento, pois os “fatos do pensamento” têm que se manifestar como “modificação da linguagem”¹⁸.

Em seus primeiros trabalhos, as duas formas de interpretação anteriormente destacadas apareciam num mesmo patamar. Todavia, com os avanços em seus estudos, a interpretação psicológica, também conhecida como técnica, se sobressai, tendo em vista que sua preocupação se volta não para a compreensão da

¹⁶ *Ibidem*, p. 16

¹⁷ *Ibidem*, p. 17

¹⁸ *Ibidem*, p. 18

literalidade das palavras e seu sentido objetivo, mas à individualidade do falante ou do autor¹⁹.

Quadra salientar que, segundo o referido hermenêuta germânico, ambas as referidas perspectivas de compreensão são provisórias, pois o discurso seria a interseção da totalidade da linguagem e da totalidade da vida do autor, o que nunca se daria simultânea e integralmente. No que haveria necessidade de aplicação do método divinatório e comparativo, sendo que o primeiro buscaria apreender o individual imediatamente, enquanto que o outro tem como ponto de partida o genérico e tende a delimitar o particular por contraste²⁰.

Schleiermacher adota em sua hermenêutica o procedimento tão habitual de uma descrição dialética polar, reconhecendo o caráter provisório e infinito da compreensão que ele desenvolve a partir do velho princípio hermenêutico do todo e das partes. O que equivale dizer que, via de regra, compreender é sempre um mover-se nesse círculo, e é por isso que se verifica o constante retorno do todo às partes e vice-versa, rememorando que aquele está sempre se ampliando, uma vez que o conceito do todo é relativo e a integração em contextos cada vez maiores afeta sempre também a compreensão do individual. Entretanto, o curioso é que, ao introduzir a transposição adivinatória, ele admite algo como uma compreensão completa: “Até que, finalmente, todo particular, de repente, recebe sua luz plena”²¹.

Neste ponto, vale a observação de Gadamer:

Quando Schleiermacher reconhece como um traço essencial do compreender o fato de que o sentido do peculiar só pode resultar do contexto e, em última análise, do todo, está seguindo a Friedrich Ast e toda a tradição hermenêutica – retórica. Esse postulado pode ser aplicado naturalmente para a compreensão gramatical de toda e qualquer frase, para sua integração no contexto do todo de uma obra literária e até mesmo para o todo da literatura ou seu respectivo gênero literário – mas Schleiermacher aplica-o também à compreensão psicológica, que deve compreender toda formulação do pensamento como um momento vital no contexto total deste homem²².

¹⁹ SILVA, Kelly Susane Afllen da. Ob. Cit, p. 58-59

²⁰ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. Ob. Cit, p. 19

²¹ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 261

²² *Ibidem*, p. 261

De logo, afere-se que o grande contributo de Schleiermacher, além de universalização da hermenêutica, é a interpretação psicológica, entendida como o comportamento divinatório, um transferir-se para dentro da constituição completa do escritor, com o escopo de reformular o ato criador²³.

O escritor alemão chega até a fórmula “compreender um autor melhor do que ele próprio se compreendeu”, isso nada mais quer dizer que, em sua linha de pensamento, tomando-se o ato de compreensão como uma realização reconstrutiva de uma produção, o intérprete deve tornar conscientes coisas que ao produtor original podem ter ficado inconscientes²⁴.

Desta feita, podemos dizer que a sistematização de Schleiermacher apresenta tanto uma marca romântica como uma crítica. Romântica porque a compreensão seria uma repetição da produção mental originária, uma espécie de talante vital conjugado com o interesse para a compreensão e o mal-entendido, formando nesta experiência humana originária o seu ponto de partida metodológico. Crítica em face ao seu desejo de elaborar regras de compreensão válidas universalmente²⁵.

Contudo, essa abstração metodológica não era a do historiador, mas a do teólogo e colimava a apreensão de textos, para a qual devia contribuir também o que há de universal nos nexos históricos, por isso sua teoria hermenêutica estava muito longe de uma historiografia que pudesse servir de *organon* metodológico às ciências do espírito. Esta visão limitada não poderia ser poupada pela concepção histórica do mundo²⁶.

1.1.1.2 Hermenêutica Historicista

De logo, ressalte-se que o objeto dos historiadores não é um texto individual, mas a historia universal. A sua teoria hermenêutica tem por marca o propósito de querer compreender a totalidade dos nexos da historia da humanidade. Aquele é visto

²³ *Ibidem*, p. 257

²⁴ *Ibidem*, p. 263

²⁵ SILVA, Kelly Susane Alflen da. Ob. Cit., p. 58

²⁶ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 270

apenas como uma fonte, como material mediador para o conhecimento do contexto histórico²⁷.

Todavia, em que pese a impossibilidade de simples adoção do esquema hermenêutico de Schleiermacher, a concepção histórica do mundo finda por visualizar a história universal como passível de interpretação pelo esquema do todo e da parte. O que ocasiona uma interdependência entre os interesses filológico e historicista, haja vista que “a interpretação histórica pode servir como meio para compreender um certo texto, embora sob um interesse diverso possamos ver nela não mais que uma fonte que se integra no todo da tradição histórica”²⁸.

Até Dilthey, não havia reflexão clara e metodológica sobre a utilização da hermenêutica romântica como base para a compreensão da história universal, mas o indigitado escritor adota conscientemente a idéia e a amplia transformando-a numa historiografia²⁹.

Ademais, o citado filósofo viu na hermenêutica a disciplina central que serviria de base a todas as ciências do espírito, ou seja, todas as disciplinas centradas na compreensão da arte, comportamento e escrita do homem³⁰.

Entretanto, Dilthey se propõe a formular um fundamento epistemológico sustentável entre a experiência histórica e a herança idealista da Escola Histórica, incomodado pelo fato de que seus antecessores, Ranke e Droysen, uniram acriticamente ambos os fundamentos, sem perceberem a incompatibilidade de seus pressupostos³¹.

Seu desejo era o de complementar a crítica da razão pura kantiana com uma crítica da razão histórica, acreditando que o conhecimento histórico carece de uma fundamentação similar às ciências naturais. Contudo, esclarece que isto não pode ser feito com o simples retorno a Kant, pois a construção de um método matemático seria um problema ao espírito humano³².

²⁷ *Ibidem*, p. 270

²⁸ *Ibidem*, p. 271

²⁹ *Ibidem*, p. 271

³⁰ PALMER, Richard. Ob. Ct., p. 50

³¹ SILVA, Kelly Susane Afllen da. Ob. Cit, p. 63

³² *Ibidem*, p. 63-64

Entendia o Autor que qualquer interpretação das expressões essenciais da vida humana deriva de um ato de compreensão histórica, uma operação fundamentalmente diferente da qualificação do domínio científico e do mundo natural; por vez que demanda o conhecimento pessoal do que significa sermos humanos³³.

Tratando do tema, consigna Palmer:

Dilthey encontrou na hermenêutica - disciplina centrada na interpretação, e especificamente na interpretação de um objecto sempre histórico, um texto – a base mais humana e histórica para seu próprio esforço de formulação de uma metodologia verdadeiramente humanística das Geisteswissenschaften³⁴.

Corroborando com o acima exposto a censura de Dilthey contra a mera aplicação do conhecimento da natureza ao campo do conhecimento histórico realizado pelo neokantismo, adotando-se como paradigma a filosofia dos valores. Para ele o mundo histórico não é sustentado por fatos dados por uma experiência e incluído, posteriormente, em uma referência valorativa, mas, sim, já é o mundo histórico sempre conformado pelo espírito humano, pois sua base é a historicidade interna da experiência³⁵.

Nesse sentido, a sua tarefa é mais fácil, uma vez que não precisa perguntar pelo fundamento da possibilidade pelo qual nossos conceitos coincidem com o “mundo exterior”, já que o mundo histórico cujo conhecimento está em questão sempre teve um toque humano. Com base nesse pressuposto, Dilthey afirma que os juízos sintéticos e universalmente válidos da história não representa nenhum problema³⁶.

Desta feita, apoiado em Vico, o mencionado hermeneuta diz que a primeira condição de possibilidade da ciência da história consiste em que eu mesmo sou um ser histórico, e que aquele que investiga a história é o mesmo que a faz, o que torna possível o conhecimento histórico é a homogeneidade de sujeito e objeto³⁷.

³³ PALMER, Richard. Ob. Ct., p. 50

³⁴ PALMER, Richard. Ob. Ct., p. 50-51

³⁵ SILVA, Kelly Susane Alflen da. Ob. Cit., p. 64

³⁶ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 300

³⁷ *Ibidem*, p. 300

Todavia, o problema epistemológico da história permanece oculto na medida em que o seu conhecimento é reduzido ao binômio sujeito e objeto, então se deve questionar como se eleva a experiência individual e seu conhecimento à experiência histórica³⁸.

Observe-se que na história não se trata já de nexos que são vividos pelo próprio indivíduo ou que podem ser revividos por outros, contudo, a argumentação de Dilthey só vale de imediato para o viver e reviver do indivíduo. Por isso o autor desenvolve o modo como o indivíduo adquire um contexto vital e, a partir daí, procura ganhar os conceitos constitutivos capazes de sustentar também o contexto histórico e seu conhecimento³⁹.

A fundamentação epistemológica levada a efeito por Dilthey parte da aplicação da sistemática hermenêutica de Schleiermacher de que o nexo entre as partes é determinado pelo todo, ou seja, o nexo estrutural da vida apresenta uma relação similar, pela qual se verifica a pertinência dos indivíduos a um todo, o que representa uma realidade psíquica⁴⁰.

Neste tocante Gadamer anota:

O passo decisivo que Dilthey terá de dar com sua fundamentação epistemológica das ciências do espírito consiste em encontrar uma passagem que leve da construção do nexo na experiência vital do indivíduo para o nexo histórico que já não é vivido nem experimentado por indivíduo algum. Apesar de toda a crítica à especulação, aqui é preciso colocar “sujeitos lógicos” em lugar de sujeitos reais. Dilthey vê claramente essa aporia. Mas responde assim mesmo que isso não pode ser inadmissível em si, uma vez que a pertença mútua dos indivíduos – por exemplo, na unidade de uma geração ou de uma nação – representa uma realidade espiritual que deveria ser reconhecida como tal precisamente porque não se pode transcendê-la em suas explicações⁴¹.

[...]

Não se pode afirmar que o pensamento de Dilthey sobre esse ponto onde ele detecta o problema decisivo tenha alcançado completa clareza. O que representa o ponto decisivo, aqui, é o problema da transição de uma fundamentação psicológica para uma

³⁸ *Ibidem*, p. 301

³⁹ *Ibidem*, p. 301

⁴⁰ SILVA, Kelly Susane Alflen da. Ob. Cit., p. 65

⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 302-303

fundamentação hermenêutica das ciências do espírito. Nisso Dilthey jamais ultrapassou o estágio de simples esboços⁴².

Dilthey procura superar a questão, pensando a imanência à vida realizável por meio das objetivações do espírito, sob a forma dos costumes, do direito e da religião, as quais sustentam, o indivíduo na medida em que este se entregue à objetividade da sociedade. Destarte, considera que as ciências do espírito são elevadas, metodicamente, à objetividade do conhecimento histórico, acima da contingência subjetiva do próprio ponto de partida e da tradição acessível⁴³.

Sintetizando, para o filósofo em estudo, as ciências do espírito têm por objeto a compreensão do espírito humano, ou seja, do indivíduo considerado em suas relações sociais, o que demanda o uso da psicologia. Entretanto, a vida individual somente é passível de ser conhecida por meio de suas objetivações. Assim, por um lado, não se pode captar a vida psíquica de um modo imediato, mas somente através da interpretação de suas objetivações; e por outro, a psicologia segue sendo a justificação principal da hermenêutica. Isto apresenta um problema insolúvel para Dilthey, pois é necessário buscar o fundamento de sua hermenêutica fora do campo próprio de interpretação: o texto⁴⁴.

1.1.1.3 Hermenêutica Ontológica

O esforço de Dilthey para criar uma hermenêutica das ciências do espírito a partir da vida, tomando-se como ponto de partida a experiência vital, jamais conseguiu equiparar-se realmente ao conceito cartesiano de ciência, a que se mantinha apegado⁴⁵.

Desta feita, as reflexões epistemológicas de Dilthey acabaram errando o alvo no momento em que derivou a objetividade da ciência, num raciocínio excessivamente curto, a partir do comportamento vital e sua busca do estável.

⁴² *Ibidem*, p. 303

⁴³ SILVA, Kelly Susane Alflen da. Ob. Cit., p. 70

⁴⁴ *Ibidem*, p. 72-73

⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 346

Martin Heidegger, em seu livro *Ser e Tempo*, ao tratar do problema ontológico, empreendeu um estudo fenomenológico da presença quotidiana do homem no mundo, denominou-se essa análise de hermenêutica do *Dasein*⁴⁶.

Seu esforço hermenêutico não se refere à ciência ou às regras da interpretação textual, bem como a uma metodologia para as ciências do espírito, mas à explicação fenomenológica da própria existência humana. Para ele a compreensão e a interpretação são modos fundantes da própria existência humana⁴⁷.

O referido pensamento hermenêutico se baseia num giro ontológico, rechaçando os alicerces epistemológicos da hermenêutica tradicional, sobretudo no que toca ao binômio sujeito e objeto⁴⁸.

Streck leciona que:

Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, para a qual a compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou pré-sença), em que o *Da* (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma “propriedade do ser, mas, sim, o próprio ser”. Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do ser; a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único ente que compreende ser, que é o homem (*Dasein*), o estar-aí, que é o ser-no-mundo, que é cuidado (*Sorge*); cuidado é temporal (*zeitlich*)⁴⁹.

Do estudo de *Ser e Tempo*, depreende-se a existência de seis teses principais, a primeira seria a questão do ser; seguida pelo *Dasein* (único ente que compreende ser); em terceiro viria o *Dasein* como *In-der-Welt-sein* (ser no mundo); em quarto o *In-der-Welt-sein* (ser no mundo) como *Sorge* (cura), ou seja, a totalidade do *In-der-Welt-sein* (ser no mundo) pode ser chamada de *Sorge* (cura); acrescida pela idéia de que *Sorge* (cura) é temporal; e, finalizando, *Sorge* (cura) como temporalidade para a *Sorge*, como *ekstática*⁵⁰.

⁴⁶ PALMER, Richard. Ob. Ct., p. 51

⁴⁷ *Ibidem*, p. 51

⁴⁸ SILVA, Kelly Susane Alflen da. Ob. Cit, p. 79

⁴⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 190

⁵⁰ SILVA, Kelly Susane Alflen da. Ob. Cit, p. 80

Destarte, Heidegger repudia o tratamento cartesiano que vinha se dando à hermenêutica, na tentativa de inseri-la no campo da lógica formal, passando a vê-la como compreensão, revelando-se na consciência do próprio ser. Além disso, a compreensão se identificaria como o movimento básico da existência humana, compreender não seria apenas um dos muitos comportamentos humanos que se poderia disciplinar metodologicamente. Enfim, compreender seria a forma originária do estar-aí, do ser-no-mundo⁵¹.

Não se revelaria possível a questão atinente ao sentido do ser enquanto não se verificar a compreensão do ser, uma vez que o sentido se articularia de forma simbólica. Vislumbramos o *Dasein* na estrutura simbólica do mundo, já que aquele se comporta compreendendo. A compreensão guarda pertinência direta ao modo de ser do ente que designamos *Dasein*⁵².

Por outro lado, o citado filósofo reconhece a dificuldade de conceituar o ser, tendo sustentado, ao final, que por ser o mais universal dos conceitos prescindiria de definição. Contudo, esclarece que a visualização, compreensão e a escolha são modos constitutivos do questionamento, tomado como tornar transparente um ente em seu ser, que é o modo de ser do *Dasein*. Este ente que cada uma de nós somos e que, entre outras, possui a possibilidade de questionar, é designado como presença. Neste diapasão, o ser não é um ente. O homem é definido, então, como existência, como poder-ser⁵³.

Vale a reflexão de Gadamer sobre o pensamento de Heidegger:

Compreender não é um ideal resignado da experiência de vida humana na idade avançada do espírito, como em Dilthey; mas tampouco é, como em Husserl, um ideal metodológico último da filosofia frente à ingenuidade do ir vivendo. É, ao contrario, a forma originária de realização da presença, que é ser-no-mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão o modo de ser da presença, na medida em que é poder ser e “possibilidade”.

⁵¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29

⁵² HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 5ª ed., parte I. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 266

⁵³ STRECK, Lênio Luiz. Ob. Cit, p. 191-192

Neste sentido, parte-se da facticidade da pré-sença, a existência, que não pode ser fundamentada nem deduzida, como base ontológica do questionamento fenomenológico, e não do puro “cogito”

Ademais, o projeto heideggeriano de uma ontologia fundamental coloca, em primeiro plano, o problema da história, só que não como uma solução do problema do historicismo, nem uma fundamentação mais originária das ciências, e nem mesmo como em Husserl uma autofundamentação ultra-radical da filosofia. Heidegger interpreta o ser a partir da temporalidade absoluta, quando o tempo se revela como o horizonte do ser. A estrutura da temporalidade aparece assim como a determinação ontológica da subjetividade. Mas ela era mais que isso. A tese de Heidegger era: o próprio ser é tempo, desfazendo-se todo o subjetivismo da filosofia moderna e até mesmo, como logo se verá, todo o horizonte das questões da metafísica que compreende o ser como o presente⁵⁴.

Em assim sendo, sobre a base da futuridade existencial da presença humana, torna-se visível pela primeira vez a estrutura da compreensão histórica em toda sua fundamentação ontológica⁵⁵.

Insta ressaltar que a analítica existencial da pré-sença não inclui nenhum ideal existencial histórico determinado. Nesse sentido ela própria reivindica uma validade a priori e neutra, não podendo portanto ser criticada nesse sentido⁵⁶.

Gadamer assim resume a importância da pré-sença na teoria heideggeriana:

A pertença do intérprete ao seu objeto, que não conseguia encontrar uma legitimação correta na reflexão da escola histórica, obtém agora um sentido que pode ter demonstrado concretamente. Demonstrar esse sentido é a tarefa da hermenêutica. Também para a realização da compreensão que se dá nas ciências do espírito vale a idéia de que a estrutura da presença é um projeto lançado e que a presença se realiza segundo o modo de ser próprio da compreensão. A estrutura universal da compreensão atinge a sua concreção na compreensão histórica, uma vez que os vínculos concretos de costume e tradição e suas correspondentes possibilidades de futuro tornam-se operantes na própria compreensão. A presença, que se projeta para seu poder-ser, já é sempre “sido”. Este é o sentido do existencial do estar-lançado. O

⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 344-345

⁵⁵ *Ibidem*, p. 349-350

⁵⁶ *Ibidem*, p. 351

fato de que todo comportar-se livremente com relação ao seu ser não possa remontar para além da facticidade desse ser constitui o núcleo central da hermenêutica da facticidade e sua oposição à investigação transcendental constitutiva da fenomenologia de Husserl⁵⁷.

Como corolário lógico, temos que a pré-sença já se depara com o que torna possível e limita seu projetar, sendo que esta estrutura também encontra sua formulação na compreensão da tradição histórica⁵⁸.

Isto quer dizer que o mundo não é dado ao *Dasein*, primeiramente, como um conjunto de objetos com os quais se relaciona em momento posterior, lhe atribuindo significados. As coisas já vêm dotadas de uma função, isto é, de uma significância e se manifestam unicamente enquanto inseridas numa totalidade de que o *Dasein* já dispõe⁵⁹.

O estar-aí nunca é algo fechado, do qual se tem que sair para travar contato com o mundo, o *Dasein* é sempre relação com o mundo.

Ao interpretar as conclusões de Heidegger, Kelly Susane Alflen da Silva cristaliza:

A realidade se funda ontologicamente no ser do *Dasein*, e o acesso aos entes intramundanos se funda também, ontologicamente, na constituição do *Dasein*; no ser-no-mundo, porém, isso não deve significar que o real somente é em si mesmo enquanto existir o *Dasein* humano, porque, dessa forma, teria de ser pressuposto do mundo exterior, um sujeito desmundalizado, significando, portanto, que o real independe da transferência da consciência para sua esfera⁶⁰.

O *Dasein* é um poder-ser, pois se projeta sobre possibilidade, entendidas estas como abertura do ser. Este projetar da compreensão deve se formar, possuindo, então, uma possibilidade própria. À formação da compreensão Heidegger chama de interpretação⁶¹.

O conhecimento como interpretação não pode ser, por conseguinte, o desenvolvimento de fantasias que o *Dasein*, individualmente, possa tecer sobre o

⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 353

⁵⁸ *Ibidem*, p. 353

⁵⁹ STRECK, Lênio Luiz. Ob. Cit, p. 192

⁶⁰ SILVA, Kelly Susane Alflen da. Ob. Cit, p. 83

⁶¹ *Ibidem*, em nota de rodapé, p. 89

mundo, mas sim, a elaboração da constitutiva e originária relação com o mundo que o constitui⁶².

Portanto, o *Daisen* é pré-ontológico, uma vez que seu sentido é buscado e alcançado na sua própria compreensão, sendo esta um existencial, já que o *Dasein* já a pré-domina. Conclui Heidegger, com base nestas premissas, que é a situação hermenêutica que permite determinar o sentido do ser do ser-aí⁶³.

Streck salienta que:

Na medida em que o compreender se explicita, ele é interpretado. De tal maneira que o interpretar é expor, é o desdobrar das próprias possibilidades. Desse modo, para Heidegger, o ser humano é um ser para possibilidades, e, portanto, um ver a compreensão como estrutura antecipadora⁶⁴.

Destarte, o filósofo germânico sustenta um círculo hermenêutico entre a interpretação e a compreensão, estrutura esta que decorre da antecipação do compreender promovido pelo *Dasein*, ao qual não se pode fugir ou negar, pois é o modo fundamental da existência humana⁶⁵.

Uma das precípuas conseqüências para a hermenêutica das ciências do espírito provocadas pelo fato de Heidegger derivar fundamentalmente a estrutura circular da compreensão a partir da temporalidade da pré-sença é a necessidade de corrigir a auto-compreensão que se exerce constantemente na compreensão, livrando-a de adaptações inadequadas⁶⁶.

Logo, a reflexão hermenêutica heideggeriana não tem seu ponto alto no fato de demonstrar a existência circular da compreensão, mas que este círculo tem um sentido ontológico positivo. Neste sentido, para que se possa falar em interpretação correta há que se proteger da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, voltando-se o olhar para as coisas elas

⁶² STRECK, Lênio Luiz. Ob. Cit, p. 192

⁶³ *Ibidem*, p. 193

⁶⁴ *Ibidem*, p. 195

⁶⁵ SILVA, Kelly Susane Alflen da. Ob. Cit, p. 93

⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 354

mesmas, o que não é para o interprete uma decisão tomada de uma vez por todas, mas a tarefa constante⁶⁷.

Neste ponto, oportuna é a observação de Gadamer:

Pois o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o interprete em virtude das idéias que lhe ocorrem. Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o interprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.

Dito de outro modo, a tarefa constante da compreensão é a elaborar de projetos corretos e adequados às coisas, que como antecipações só podem ser confirmadas “nas coisas”, inexistindo outra “objetivação”. A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias, sendo imprescindível que sejam examinadas quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validez⁶⁸.

O que equivale dizer que diante de qualquer texto, a tarefa hermenêutica não é introduzir, direta e acriticamente, os próprios hábitos extraídos da linguagem do intérprete, ao revés, a compreensão do texto deve ser alcançada somente a partir do hábito da linguagem da época e de seu autor, valendo esta conclusão para todas as opiniões que constituam a pré-compreensão⁶⁹.

O exposto acima se origina da premissa de que “a tarefa hermenêutica se converte em si mesma num questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre determinada por esta”⁷⁰.

Todavia, a tarefa hermenêutica não conduz a uma neutralidade do ser perante o ente, implica a pressuposição da existência de opiniões prévias e preconceitos

⁶⁷ *Ibidem*, p. 355

⁶⁸ *Ibidem*, p. 356

⁶⁹ *Ibidem*, p. 356-357

⁷⁰ *Ibidem*, p. 358

personais, impondo apenas a análise dos mesmos e sua confrontação com a alteridade do texto, com vistas a sua confirmação ou rejeição⁷¹.

Com Heidegger, se verifica uma descrição fenomenológica perfeita em face à descoberta da pré-estrutura da compreensão no suposto “ler” o que “está lá”, reconhecendo-se os preconceitos como pressupostos necessários ao projeto hermenêutico⁷².

Gadamer nos recorda que o conceito de preconceito somente foi qualificado negativamente no *Aufklärung*, que cunhou um verdadeiro preconceito contra preconceitos. Em verdade, o termo apenas quer dizer “um juízo (Urteil) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão”⁷³.

Neste diapasão, o preconceito não significa, de modo algum, falso juízo, uma vez que este pode ser valorizado positiva ou negativamente⁷⁴.

Mas Heidegger vai mais além e trata da importância da linguagem em sua fenomenologia hermenêutica, enxergando a compreensão como totalidade, somente possível se o homem é um ser-no-mundo, e a linguagem como meio de acesso ao mundo e aos seus objetos, chegando a dizer que a linguagem é a morada do ser⁷⁵.

Tratando do tema, Manfredo Araújo Oliveira cristaliza:

Se a linguagem é a casa do ser, então ela é nossa morada, porque somos ser-no-mundo; nossa compreensão do mundo é, sempre, lingüisticamente interpretada. Enquanto lugar do evento do ser, a linguagem é aquele acontecimento originariamente único, no qual o mundo se abre para nós⁷⁶.

A linguagem, desta feita, é a nossa abertura para o mundo, é a própria constituidora do saber, ou seja, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. Sem linguagem não há mundo,

⁷¹ *Ibidem*, p. 358

⁷² *Ibidem*, p. 359-360

⁷³ *Ibidem*, p. 360

⁷⁴ *Ibidem*, p. 360

⁷⁵ STRECK, Lênio Luiz. Ob. Cit, p. 195

⁷⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta Lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 216

somente quando se encontra a palavra para a coisa é que esta se torna coisa. Segundo o filósofo alemão, não falamos sobre aquilo que vemos, mas vemos o que se fala sobre as coisas⁷⁷.

Temos acesso ao mundo e aos objetos enquanto alguma coisa que esses são, e não como objetos outros. O *Dasein* tem linguagem e por isso tem mundo. Todavia, isso não importa dizer que a linguagem cria o mundo, este existe independente de nós, mas que as coisas somente existem para o ser-no-mundo se são compreendidas e interpretadas⁷⁸.

Para Heidegger, compreender não é um modo de conhecer, mas é o modo do ser, uma vez que a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão. Portanto, a verdade não é uma questão de método, mas uma questão relativa à manifestação do ser, concebida a partir da temporalidade absoluta, inexistindo um ser a-histórico e transcendental, haja vista que o próprio ser é tempo. A verdade é o des-velamento do ente, deixar vê-lo em seu ser e estar descoberto, o que se dá na clareira do ser, é a própria eclosão do ente no seu ser⁷⁹.

Vê-se, de logo, que a diferença ontológica é, ao lado do círculo hermenêutico, um dos dois teoremas fundamentais da filosofia heideggeriana⁸⁰.

A metafísica moderna toma por base a subjetividade, a representação e a objetificação, entificando o ser. Em assim sendo, Heidegger se propõe a superar a metafísica quando não identifica o ente com o ser, criticando a transformação daquele em objeto de representação, como algo já dado e que está à disposição, o que sustenta os dualismos, tais como, fato e valor, questão de fato e questão de direito, “cissão esta que se sustenta numa concepção de neutralidade axiológica do ser e entende os valores como produto da subjetividade”⁸¹.

1.2 O PENSAMENTO DE GADAMER

⁷⁷ STRECK, Lênio Luiz. Ob. Cit, p. 196-197

⁷⁸ *Ibidem*, p. 197-198

⁷⁹ *Ibidem*, p. 199

⁸⁰ *Ibidem*, p. 200

⁸¹ *Ibidem*, p. 201

O trabalho de Heidegger se voltou para a problemática da hermenêutica histórica e da crítica histórica com o escopo específico de desenvolver, com base nas mesmas, a estrutura prévia da compreensão. Gadamer, por outro lado, aproveitando a libertação da ciência em relação ao conceito de objetividade, colima compreender como a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão⁸².

Gadamer vai ao encontro de Heidegger ao entender que não é tarefa da hermenêutica estatuir parâmetros metodológicos para uma correta interpretação, mas refletir sobre o fenômeno da própria compreensão⁸³.

A pedra de toque da sua teoria é a análise da consciência da história efetual, entendendo-se esta como o conhecimento da situação hermenêutica, portanto, da realização da compreensão⁸⁴.

Gadamer lastreando-se na nova tematização do "tempo" promovida por Heidegger, concluiu que, se o tempo é o horizonte de toda compreensão, todas as teorias devem converter-se inelutavelmente em formações históricas, e isso afetara o núcleo da razão⁸⁵.

O indivíduo compreende-se a si mesmo através da consciência que tem de sua situação histórica, ao que se liga, desta forma, as idéias de tradição e horizonte, já que todo ser histórico se encontra inserido na tradição e ocupa determinada posição que lhe limita os horizontes, ou seja, seu campo de visão a partir de um determinado ponto⁸⁶.

Stein elucida:

Temos assim, segundo o filósofo, para substituir nosso apoio na metafísica, a perspectiva de os próprios participantes se empenharem na apropriação viva de tradições que os determinam. O ser humano esclarecido só tinha, como

⁸² GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 354

⁸³ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Ob. Cit., p. 31

⁸⁴ *Ibidem*, p. 32

⁸⁵ STEIN, Ernildo. A Consciência da História: Gadamer e a Hermenêutica, *In Mais*, caderno especial de Domingo da Folha de São Paulo, 24/03/02

⁸⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Ob. Cit., p. 32

participante da tradição, uma interpretação das próprias condições históricas que, vindas da tradição, o determinam⁸⁷.

Acrescenta o referido autor que a filosofia hermenêutica de Gadamer encontra na tradição a autoridade de uma razão diluída do ponto de vista da história efetiva. Portanto, o filósofo germânico não traz de volta a metafísica, nem mesmo uma ontologia salvadora; o que lhe importa é mostrar como a razão deve ser recuperada na historicidade do sentido, sendo que essa empreitada se constitui na auto-compreensão que o ser humano alcança como participante e intérprete da tradição histórica⁸⁸.

Ressalte-se que a hermenêutica gadameriana é desenvolvida a partir da compreensão de alguns conceitos condutores de seu raciocínio, tais como tradição, historicidade e história, bem assim sobre o sentido de prejuízo⁸⁹.

Gadamer, ao analisar as conseqüências para a hermenêutica das ciências do espírito provocadas pelo fato de Heidegger derivar fundamentalmente a estrutura circular da compreensão a partir da temporalidade da pré-sença, destaca como corolário principal a necessidade de corrigir a autocompreensão que se exerce constantemente na compreensão, livrando-a de adaptações inadequadas⁹⁰.

Retorna-se, assim, à necessidade de legitimação do prejuízo como pressuposto necessário à compreensão.

1.2.1 Prejuízo como Condição à Compreensão

Prejuízo, com origem no termo latim *praejudicium*, significa, originariamente, um juízo precedente a uma concepção definitiva válido para todas as épocas, não significa pois, de modo algum, falso juízo, uma vez que seu conceito permite que ele possa ver valorizada positiva ou negativamente⁹¹.

⁸⁷ STEIN, Ernildo. Ob. Cit.

⁸⁸ *Ibidem*

⁸⁹ SILVA, Kelly Susane Alflen da. Ob. Cit., p. 253

⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 354

⁹¹ SILVA, Kelly Susane Alflen da. Ob. Cit., p. 253

Gadamer, em consonância com Heidegger, sustenta o caráter preconceituoso de toda compreensão, se propondo a promover a reabilitação do preconceito, que ganhou seu matiz negativo no período do Iluminismo⁹².

A teoria dos preconceitos desenvolvida na *Aufklärung* se baseia na seguinte divisão básica: preconceitos da estima humana e os preconceitos por precipitação, classificação esta que se funda na origem dos preconceitos, o que nos induz a erro é a estima pelos outros, por sua autoridade, ou a precipitação que existe em nós mesmos⁹³.

Ressalta o hermeneuta alemão que a *Aufklärung* procura compreender a tradição corretamente, isto é, isenta de todo o preconceito e racionalmente, não deixando valer autoridade alguma e decidir tudo diante do tribunal da razão. Destarte, a fonte última de toda autoridade já não é a tradição, mas a razão⁹⁴.

Em verdade, Gadamer demonstra que a superação de todo preconceito, essa exigência global da *Aufklärung*, irá mostra-se ela própria como um preconceito cuja revisão libertará o caminho para uma compreensão adequada da finitude, que domina não apenas o nosso caráter humano, mas também nossa consciência histórica. E arremata que, na verdade, não é a história que nos pertence, mas somos nós que pertencemos à ela.⁹⁵

Vale a citação:

Muito antes de nos compreendermos na reflexão sobre o passado, já nos compreendemos naturalmente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não passa de uma luz tênue na corrente cerrada da vida histórica. Por isso, preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser⁹⁶.

No tocante à divisão dos preconceitos em preconceitos de autoridade e por precipitação, a mesma é lastreada na pressuposição fundamental da *Aufklärung* de que um uso metodológico e disciplinado da razão é suficiente para proteger o

⁹² *Ibidem*, p. 255

⁹³ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 361-362

⁹⁴ *Ibidem*, p. 362-363

⁹⁵ *Ibidem*, p. 367-368

⁹⁶ *Ibidem*, p. 368

intérprete de qualquer erro. A precipitação seria a verdadeira fonte de equívocos que induz ao erro no uso da própria razão; enquanto que a autoridade, ao contrário, se revelaria culpada de que não façamos uso da própria razão. Evidencia-se, então, uma oposição excludente entre autoridade e razão⁹⁷.

Por esse motivo, em Schleiermacher já se divisava duas causas para os mal-entendidos: a sujeição e a precipitação⁹⁸.

Gadamer se opõe, ferrenhamente, a esta concepção aduzindo que, no conceito de sujeição, se oculta a idéia de que a mesma só vale para os preconceitos não justificados. Coloca que, se existem também preconceitos justificados que possam ser produtivos para o conhecimento, então voltamos a confrontarmos com o problema da autoridade, concluindo que as conseqüências radicais da Aufklärung, ainda presentes na fé que Schleiermacher depositava na metodologia, não se sustentam⁹⁹.

Não se contesta que a autoridade é, em primeiro lugar, uma atribuição a pessoas, contudo, não teria seu fundamento último num ato de submissão e de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento: “reconhece-se que o outro está acima de nós em juízo e visão e que, por conseqüência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao nosso próprio juízo”¹⁰⁰. Logo, tal reconhecimento liga-se à idéia de que o que a autoridade diz não é uma arbitrariedade irracional, mas algo que em principio pode ser compreendido.

Gadamer, então, se apoia na crítica que romantismo faz à Aufklärung, “pois existe uma forma de autoridade que foi, particularmente, defendida pelo romantismo : a tradição”¹⁰¹.

A tradição se caracteriza, essencialmente, como conservação, sempre atuante nas mudanças históricas, derivando sempre de um ato da razão, ainda que sem atrair a atenção sobre si¹⁰².

⁹⁷ *Ibidem*, p. 369

⁹⁸ *Ibidem*, p. 369

⁹⁹ *Ibidem*, p. 370

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 371

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 372

Nas palavras de Gadamer:

Toda hermenêutica histórica deve começar, portanto, abolindo a oposição abstrata entre tradição e ciência histórica (Historie), entre história (Geschichte) e conhecimento da história. A ação (Wirkung) da tradição que perdura e a ação da investigação histórica formam uma única ação, cuja análise só poderia encontrar uma trama de ações recíprocas¹⁰³.

1.2.2 A Distância Temporal e a Consciência da História Efetual

Gadamer compartilha com Dilthey a tese de que a consciência histórica está na base de qualquer liberação da verdade para além do método estabelecido pelas ciências da natureza. Entretanto, entende que é a hermenêutica que deve dar conta da possibilidade de compreensão das ciências do espírito e, para tanto, a tarefa da filosofia é fundamentá-la a partir da própria finitude humana em seu contexto existencial de comunicação. Dilthey, por sua vez, retrocede ao modelo kantiano para tentar explicitar as condições de possibilidades de compreensão das ciências do espírito¹⁰⁴.

Estudando as diferenças básicas entre o pensamento de Dilthey e Gadamer, fixa Brito:

De fato, Dilthey pôs sobre o mesmo fundamento do saber reflexivo imediato da vida ambas as ciências (da natureza e do espírito) e, em conseqüência, impõe às ciências do espírito a metodologia das ciências da natureza. Este é o resultado da influência kantiana assumida por Dilthey, uma vez que ele pretende ter substituído o sujeito lógico pelo sujeito vivente e, com isto, supõe poder reconhecer a regularidade do mundo espiritual acima da causalidade subjetiva. Finalmente, convém apresentar a consideração de Gadamer acerca do limite da teoria diltheyiana. Para ele, o ponto fraco de Dilthey está em seu comprometimento com o modelo cartesiano. Pois ele não distingue entre a dúvida metódica e as dúvidas que aparecem por si mesmas. Desta maneira, a sua teoria põe no mesmo patamar a certeza das ciências e a certeza da vida. Esta identificação não dá à noção de compreensão o sentido de *experiência (da vida)*. Dilthey segue o modelo da hermenêutica romântica, e toma o mundo espiritual como um texto a ser decifrado e compreendido em seu sentido. É por isso, diz Gadamer, que “todo encontro com um texto é, para ele, um auto-encontro do espírito”. Deste modo, Gadamer tem razão em afirmar que, embora Dilthey

¹⁰² *Ibidem*, p. 373

¹⁰³ *Ibidem*, p. 375

¹⁰⁴ BRITO, Evandro Oliveira de. Consciência Histórica e Hermenêutica: Considerações de Gadamer Acerca da Teoria da História de Dilthey. *In Trans/Form/Ação*. São Paulo: v.28(2), 2005, p.150

tenha relevado a significação da experiência da vida, ele foi um pensador do seu tempo. Assim, o fato de não poder considerar a experiência da vida (a partir da própria dúvida que caracteriza a finitude humana) fez com que “sua investigação sobre o passado histórico acabasse sendo um deciframento e não uma experiência histórica”¹⁰⁵.

Após o giro ontológico promovido por Heidegger, a produtividade hermenêutica passa a ter como fundamento a distância temporal, uma vez que em sua interpretação temporal do *Dasein* coloca a compreensão como um fato existencial, que tem o mesmo alicerce ontológico originário do ser-no-mundo, que é a temporalidade ¹⁰⁶.

O ser humano, em face à sua condição histórica, é um ser limitado, possuindo um certo horizonte, que é o seu campo de visão a partir de um determinado ponto¹⁰⁷.

Entretanto, ter horizonte não equivale dizer que o homem está limitado àquilo que o cerca de mais perto, mas apenas se caracteriza como uma dimensão do que o *Daisen* compreende e que o ajuda a compreender a si mesmo. Não há horizontes únicos, já que o horizonte se move conforme quem se locomove. Vale salientar que não é a consciência histórica que movimenta o horizonte, mas naquela esta mobilização se torna consciente de si mesmo¹⁰⁸.

Nesta esteira de pensamento, a temporalidade já não é algo a ser superado como no romantismo, um abismo ou um intervalo entre o passado e o presente a ser suprimido. Ao revés, a distância temporal é um correlato de proximidade, pois é fundada no *Dasein*¹⁰⁹.

No historicismo, a compreensão era baseada na concepção vulgar de tempo, como algo infinito, pela qual era necessário um desdobramento do espírito da época passada. Contudo, na filosofia gadameriana não se revela forçoso a reconstrução histórica do mundo passado, porque essa distância temporal é a própria base

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 158-159

¹⁰⁶ SILVA, Kelly Susane Alfien da. Ob. Cit, p. 276

¹⁰⁷ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Ob. Cit., p. 32

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 32

¹⁰⁹ SILVA, Kelly Susane Alfien da. Ob. Cit, p. 276

ontológica constitutiva da continuidade da procedência e da tradição, que traz todo o transmitido¹¹⁰.

Ao tratar do exemplo do clássico, Gadamer consigna:

Enquanto que a hermenêutica romântica pretendia ver na homogeneidade da natureza humana um substrato a-histórico para a sua teoria da compreensão, liberando assim de todo condicionamento histórico aquele que compreende congenialmente, a autocrítica da consciência histórica acaba levando a reconhecer uma mobilidade histórica não somente no acontecer mas também no próprio compreender. A compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, aonde se intermedeiam constantemente passado e presente¹¹¹.

O horizonte do presente sempre se encontra em formação, uma vez que testamos os nossos prejuízos formados com apoio na tradição, já que aqueles não se formam à margem do passado, ao contrário, é a fusão de horizontes que possibilita a compreensão¹¹².

“A fusão de horizontes é como um raio que permite o encontro do ser com a coisa que retorna numa compreensão atualizada”¹¹³.

Pertencer a uma tradição significa compartilhar os fundamentos que sustentam os preconceitos, e que geram uma situação de familiaridade e estranheza diante da coisa, sendo que no ponto médio entre estas duas a hermenêutica reivindica uma posição mediadora¹¹⁴.

Traz-se à sirga o excerto extraído da obra de Gadamer:

O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou um momento da compreensão, e não se prende na auto-alienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão dá-se uma verdadeira fusão de horizontes que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão. Nós

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 276-277

¹¹¹ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 385

¹¹² CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Ob. Cit., p. 32-33

¹¹³ SILVA, Kelly Susane Alfien da. Ob. Cit., p. 291

¹¹⁴ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Ob. Cit., p. 41-42

caracterizamos a realização controlada dessa fusão como a vigília da consciência histórico-efeitual¹¹⁵.

A consciência histórica no âmbito hermenêutico se baseia no modo de ser da estrutura da estrutura da experiência, razão pela qual o homem histórico compreende dentro dos limites da sua historicidade e da sua tradição¹¹⁶.

1.2.3 A importância da Linguagem

A hermenêutica avança ainda mais um passo entrando na sua fase lingüística, com a afirmação de Gadamer de que um ser que pode ser compreendido é linguagem. A hermenêutica é um encontro com o Ser através da linguagem. Nessa concepção se adota o caráter lingüístico da própria realidade humana, e a hermenêutica mergulha nos problemas puramente filosóficos da relação da linguagem com o Ser, com a compreensão, a história, a existência e a realidade¹¹⁷.

A linguagem seria totalidade no interior da qual o homem se localiza e age, ou seja, a existência de uma relação com o mundo pressupõe a anterioridade do *Dasein*. Daí que a apropriação dessa totalidade lingüística é possível pela interpretação, no que reside a pretensão de universalidade da hermenêutica gadameriana. Destarte, aquele que não tem condições de fazer nomeação de algo não tem acesso a esse algo, porque não há a necessária condição para a compreensão¹¹⁸.

O *Dasein* se encontra mergulhado em um mundo que somente aparece para ele na e pela linguagem. Algo é algo apenas se podemos dizer que é algo, sendo que este poder-dizer é lingüisticamente mediado, porque nossa capacidade de agir e de dizer o mundo é limitada e capitaneada pela linguagem. O existir já é um ato de compreender e interpretar. O que importa que a interpretação trabalha continuamente com conceitos prévios, cuja tendência é a de serem substituídos por outros mais adequados¹¹⁹.

O legado da tradição nos interpela através da linguagem, sendo esta não somente um meio a mais entre outros, senão o que guarda uma relação especial com a

¹¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 405

¹¹⁶ SILVA, Kelly Susane Alfien da. Ob. Cit., p. 285

¹¹⁷ PALMER, Richard. Ob. Ct., p. 52

¹¹⁸ STRECK, Lênio Luiz. Ob. Cit., p. 203

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 204

comunidade potencial da razão. A razão se atualiza comunicativamente na linguagem, pelo que esta não é um mero fato e, sim, princípio no qual descansa a universalidade da dimensão hermenêutica¹²⁰.

A tradição não é um mero acontecer que se pode compreender e dominar pela experiência, senão que é linguagem, dito de outra forma, a tradição fala por si mesma¹²¹.

Nas palavras de Gadamer:

quando superamos o conceito de objeto e de objetividade da compreensão, na direção de uma mútua pertença de um subjetivo e objetivo, limitamo-nos a seguir uma necessidade pautada na coisa em questão. Foi a crítica tanto à consciência estética quanto à consciência histórica que nos forçou a criticar o conceito de objetivo, determinando-nos a afastar-nos da fundamentação cartesiana da ciência moderna e renovar alguns momentos de verdade do pensamento grego. Mas não podemos seguir simplesmente nem os gregos e nem a filosofia da identidade do idealismo alemão. Nos pensamos a partir do meio da linguagem¹²².

A experiência hermenêutica possuiu o mesmo modo de realização da linguagem, se estabelecendo uma conversação entre a tradição e seu intérprete, o que forma um ponto de partida para a compreensão. O verdadeiro acontecer só se torna possível pelo fato de a palavra que chega a nós como tradição e que devemos ouvir nos atingir realmente, como se fosse dirigida a nós e se referisse a nós mesmos¹²³.

A fenomenologia da compreensão gadameriana se baseia na lógica hermenêutica da pergunta, pela qual aquele que pergunta se converte em interrogado, e se dá o acontecer hermenêutico na dialética do perguntar. Desta forma, à luz do questionamento hermenêutico, esse velho conhecimento da primazia do ouvir sobre o ver alcança uma nova importância. A linguagem, da qual participa o ouvir, não é universal somente no sentido de que nela tudo pode vir à fala, mas no sentido de que, na experiência hermenêutica, a linguagem abre uma dimensão completamente

¹²⁰ *Ibidem*, p. 206-207

¹²¹ *Ibidem*, p. 207

¹²² GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 595

¹²³ *Ibidem*, p. 595-596

nova, uma dimensão de profundidade a partir da qual a tradição alcança os que vivem no presente¹²⁴.

A experiência hermenêutica encontra-se algo como uma dialética, um fazer da própria coisa, um fazer que, diferentemente da metodologia da ciência moderna, é um padecer, um compreender, que é um acontecer. Todavia, revela-se necessário explicar que aqui nos deparamos com uma dialética que é pensada a partir do meio da linguagem, e também como essa se distingue da dialética metafísica de Platão e Hegel. Gadamer salienta que podemos chamar ao elemento comum entre a dialética metafísica e a hermenêutica de elemento especulativo. Especulativo significa, aqui, a relação do espelho. Espelhar-se é uma permuta contínua. O especulativo significa o contrário do dogmatismo da experiência cotidiana, não se entrega direta e imediatamente à estabilidade disponível dos fenômenos ou ao que se tem em mente enquanto se mantém numa determinação fixa, mas que sabe refletir, ou seja, que reconhece o “em si” como um “para mim”¹²⁵.

Gadamer, discorrendo acerca das principais distinções entre a dialética metafísica e a hermenêutica, esclarece:

Dessas considerações se deduz que a hermenêutica não pode conhecer nenhum problema a respeito do começo como, por exemplo, a lógica hegeliana conhece o problema do começo da ciência. O problema do começo, onde quer que se coloque é sempre na realidade o problema do fim, pois é a partir do fim que o começo se determina como o começo do fim. Sob pressuposto do saber infinito da dialética especulativa, isso pode levar ao problema, insolúvel por princípio, de saber por onde se deve começar. Todo começo é fim e todo fim é começo. Seja qual for o caso, nessa realização circular, a pergunta especulativa pelo começo da ciência filosófica se coloca básica e fundamentalmente a partir de sua consumação.

Bem outra é a situação da consciência da história efetual, onde se cumpre a experiência hermenêutica. Essa tem plena consciência do caráter interminavelmente aberto do acontecimento de sentido, do qual participa. Obviamente, também aqui cada compreensão tem um padrão de medida no qual se mede e, nesse sentido, possui também um possível termino – é o conteúdo da própria tradição, o unido a oferecer um padrão e que se manifesta na fala. Mas não existe nenhuma consciência possível – já o destacamos repetidamente acima, e nisso repousa a historicidade do

¹²⁴ *Ibidem*, p. 596-597

¹²⁵ *Ibidem*, p. 600-601

compreender, não existe nenhuma consciência possível, mesmo que fosse infinita e nela se manifesta-se na luz da eternidade a “coisa” que é transmitida. Toda apropriação da tradição é historicamente distinta das outras, o que não quer dizer que cada uma não passe de uma concepção distorcida da mesma: Cada uma representa, antes a experiência de uma “visão” (Ansicht) da própria coisa¹²⁶.

Sintetizando, podemos dizer com base nas reflexões do filósofo alemão que a linguagem é um meio no qual se reúne o eu e o mundo, ou melhor, em que ambos aparecem em sua unidade originária. E mais, que o modo como esse meio especulativo da linguagem se apresenta como um acontecer finito, frente à mediação dialética do conceito, sendo que a linguagem possui uma estrutura especulativa, que não consiste em ser cópia de algo dado de modo fixo, mas num vir-à-fala, onde se enuncia um todo de sentido. Essa a idéia do fazer da própria coisa, do sentido que vem-à-fala, aponta para uma estrutura ontológica universal, a saber, para a constituição fundamental de tudo aquilo a que a compreensão pode se voltar. O ser que pode ser compreendido é linguagem. Por isso, ele não fala apenas de uma linguagem da arte, mas também de uma linguagem da natureza, e inclusive de uma linguagem que as coisas exercem. É nesse sentido que se caracteriza a hermenêutica como um aspecto universal da filosofia e não somente a base metodológica das chamadas ciências do espírito¹²⁷.

1.2.4 O Problema da Aplicação

Na velha tradição hermenêutica, o problema hermenêutico se dividia em: *subtilitas intelligendi*, compreensão; *subtilitas explicandi*, a interpretação; e *subtilitas applicandi*, a aplicação. Gadamer defende que estes três momentos devem perfazer o modo da realização da compreensão¹²⁸.

O filósofo germânico relembra que o problema hermenêutico tomou o seu significado sistemático quando o romantismo reconheceu a unidade interna entre compreensão e interpretação, pois esta não é um ato posterior e ocasionalmente complementar àquela, porém compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão. Contudo, a fusão interna da compreensão e da

¹²⁶ *Ibidem*, p. 609

¹²⁷ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 612-613

¹²⁸ *Ibidem*, p. 406

interpretação, operada na concepção romântica, ocasionou, por via reflexa, a completa desconexão do terceiro momento da problemática da hermenêutica, o da aplicação, do contexto da hermenêutica¹²⁹.

Através do desenvolvimento de suas reflexões, Gadamer se sente obrigado a avançar além das considerações românticas e acreditar que em toda compreensão há algo como a aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete¹³⁰.

E acrescenta o autor que antes era coisa lógica e natural que a tarefa da hermenêutica fosse a de adaptar o sentido de um texto à situação concreta a que este fala, citando como exemplo o intérprete da vontade divina, aquele que sabe interpretar a linguagem dos oráculos, que representa seu modelo originário. Mas ainda hoje em dia o trabalho da intérprete não é simplesmente reproduzir o que realmente diz o interlocutor, ao qual ele interpreta, mas ele tem de fazer valer a opinião daquele assim como lhe parece necessário, tendo em conta como é autenticamente a situação dialógica na qual somente ele se encontra como conhecedor das duas línguas que estão em comércio¹³¹.

Historicamente, junto à hermenêutica filológica existiram também uma teológica e outra jurídica, sendo que somente as três juntas comportam o conceito pleno de hermenêutica. Gadamer salienta que a estreita pertença que unia na sua origem a hermenêutica filológica com a jurídica repousava sobre o reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda compreensão. Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica¹³².

O sentido da lei, que se apresenta em sua aplicação normativa, não é, em princípio, diferente do sentido de um tema, que ganha validade na compreensão de um texto. É

¹²⁹ *Ibidem*, p. 406

¹³⁰ *Ibidem*, p. 406-407

¹³¹ *Ibidem*, p. 407

¹³² *Ibidem*, p. 407-408

completamente errôneo fundamentar a possibilidade de compreender textos na pressuposição da 'congenialidade' que uniria o criador e o intérprete de uma obra. Se isso fosse assim, as ciências do espírito estariam em maus lençóis. O milagre da compreensão consiste, antes, no fato de que não é necessária a congenialidade para reconhecer o que é verdadeiramente significativo e o sentido originário de uma tradição¹³³.

Arremata Gadamer:

O postulado é, pois, que também a hermenêutica histórica deve realizar o trabalho da aplicação, pois também ela serve à validade de sentido, na medida em que supera, expressa e conscientemente, a distância temporal que separa o intérprete do texto, superando assim a alienação de sentido que o texto experimentou¹³⁴.

Todavia, a teoria hermenêutica vinha, como defendido por Emilio Betti, se ocupando de distinções entre interpretação contemplativa (intransitiva), normativa e reprodutiva. O que, na esteira do raciocínio do hermeneuta alemão, não se sustenta. Primeiramente, porque na interpretação científica, por exemplo, quando se agrega a interpretação teológica e a jurídica se tem uma interpretação normativa. De resto, ao se adicionar uma interpretação contemplativa e uma filológica, tem-se uma teleológica. Assim, qualquer falha que ocorra tanto na interpretação contemplativa quanto na normativa macula, por completo, todo o processo hermenêutico¹³⁵.

Neste sentido, a falha que acontece na interpretação jurídica em razão do conhecimento do texto da lei e sua aplicação ao caso concreto não se revelam como atos dissociados, porém como interligados na compreensão¹³⁶.

Por isso, caberá ao intérprete, no caso do aplicador da lei, adequá-la ao momento presente, conferindo-lhe o melhor significado de direito, uma vez que o sentido de qualquer texto supera sempre o seu autor, o que impõe a concepção de compreensão não como um comportamento reprodutivo e, sim, produtivo. Compete

¹³³ *Ibidem*, p. 410-411

¹³⁴ *Ibidem*, p. 411

¹³⁵ SILVA, Kelly Susane Alfien da. Ob. Cit, p. 296

¹³⁶ *Ibidem*, p. 296

ao intérprete aferir o verdadeiro sentido do texto na concreção de sua execução adequada, pois interpretar um texto é estabelecer a sua relação com o presente¹³⁷.

1.2.4.1 A Aplicação como Integrante da *Synesis*: Aristóteles

O sentido do termo *synesis*, de origem grega, designa o compreender e a compreensão¹³⁸.

Gadamer conclui que, se o próprio núcleo do problema hermenêutico é que a tradição como tal tem de ser entendida cada vez de uma maneira diferente, compreender é um caso especial da aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular. Com isso ganha especial relevância para a ética aristotélica, relacionando a análise aristotélica do saber ético com o problema hermenêutico das modernas ciências do espírito¹³⁹.

Gadamer retoma o pensamento aristotélico, notadamente no que tange ao saber moral, entendido como o saber que se refere ao próprio sujeito conhecedor e o relaciona à sua atividade humana, para aplicá-lo às ciências do espírito cujo objeto não é saber algo alheio, senão saber sobre “si mesmo”. Para ele, as ciências do espírito são ciências morais¹⁴⁰.

Note-se que na consciência hermenêutica não se trata de um saber técnico nem ético, porém, essas duas formas do saber contém a mesma tarefa da aplicação, que é vista na filosofia gadameriana como a dimensão problemática central da hermenêutica. Também é claro que ‘aplicação’ não significa o mesmo em ambos os casos. Existe uma peculiaríssima tensão entre a *tekne* que se ensina e aquela que se adquire por experiência. O saber prévio que alguém possui quando aprendeu um ofício não é necessariamente superior, na praxis, ao que possui um iletrado no assunto, mas muito experimentado¹⁴¹.

Todavia, para o saber ético, fica claro que a mera experiência não é suficiente para uma decisão eticamente correta. Há uma correlação real entre a perfeição da

¹³⁷ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Ob. Cit., p. 42-44

¹³⁸ SILVA, Kelly Susane Alfien da. Ob. Cit, p. 297

¹³⁹ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 411

¹⁴⁰ LOPES, Ana Maria D’Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. *In Revista de Informação Legislativa*. Brasília: a. 37 n. 145 jan./mar, 2000, p. 107-108

¹⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 415-416

consciência ética e a do poder-produzir da *techne*, mas estas não são a mesma coisa, haja vista que o homem não dispõe de si mesmo como o artesão da matéria com a qual trabalha¹⁴².

A tarefa da decisão ética é encontrar o que é correto na situação concreta, ou seja, apreender e discernir o que é correto na situação. Gadamer, então, procura ilustrar seu ponto de vista fazendo um paralelo entre a *phronesis* (“bom senso”) e a *techne* do artesão¹⁴³.

O saber moral, segundo Aristóteles, é uma autoconstrução da pessoa, sendo que o “melhor” do homem somente se manifesta na concretização da situação prática na que se encontra; dessa maneira, o saber moral do intérprete deve compreender o que essa situação exige dele. A sabedoria moral implicaria, por conseguinte, em um “bom senso” (*phrónesis*) que permite distinguir o equitativo, ou seja, o que está de acordo com a verdade. Gadamer usará essas idéias para aplicá-las a sua teoria hermenêutica, destarte, o “bom senso” será o equivalente ao juízo compreensivo, onde compreender é “sentir” o “alheio” como se fosse “nosso”, num caso singular¹⁴⁴.

Naturalmente, a reflexão nos ensina que a aplicação das leis contém uma questionabilidade jurídica peculiar. A situação do artesão é nisso muito diferente. Este, que possui o desenho do objeto e as regras de sua execução, e a esta se aplica, pode ver-se obrigado também a se adaptar a circunstâncias e dados concretos, isto é, renunciar a executar seu plano inteiramente como estava concebido originalmente. Mas essa renúncia não significa, de modo algum, que com isso o seu saber daquilo que está em busca chegue à perfeição. Ele simplesmente faz reduções durante a execução. Isso é uma real aplicação de seu saber, vinculada a uma imperfeição dolorosa¹⁴⁵.

Usando a prática judicial como exemplo, ele afirma que, pelo contrário, todo aquele que ‘aplica’ o direito se encontra em uma posição bem diferente. Na situação concreta ver-se-á obrigado, seguramente, a fazer concessões com respeito à lei num sentido estrito, mas não porque não seja justo. Fazendo concessões em face

¹⁴² *Ibidem*, p. 416

¹⁴³ *Ibidem*, p. 416

¹⁴⁴ LOPES, Ana Maria D’Ávila. Ob. Cit., p. 108

¹⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 417-418

da lei não faz reduções à justiça, mas, pelo contrário, encontra um direito melhor. Em sua análise da *epieikeia*, a 'eqüidade', Aristóteles dá a isso uma expressão muito precisa: *epieikeia* é a correção da lei. Aristóteles mostra que toda lei se encontra numa tensão necessária com respeito à correção do atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção. A lei é sempre deficiente, não porque o seja por si mesma, mas porque frente ao ordenamento a que intencionam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas¹⁴⁶.

A virtude da *phronesis* surge justo nisso, na reflexão moral, por ser a ponderação dos meios já uma ponderação moral. A *synesis* se refere, hialinamente, à capacidade dos juízos morais, que têm por base a concreção da situação perante a qual se tem que atuar¹⁴⁷.

Aristóteles conhece efetivamente a idéia de um direito inalterável, mas a limita expressamente aos deuses e declara que entre os homens não só é alterável o direito positivo, mas também o natural. Essa alterabilidade é, segundo Aristóteles, perfeitamente compatível com o caráter 'natural' desse direito. O sentido dessa afirmação me parece ser o seguinte: existem efetivamente leis jurídicas que são, inteiramente, coisa da conveniência (por exemplo, as normas de trânsito, como a de conduzir pela direita); mas existem também aquelas que não permitem uma convenção humana qualquer, porque a 'natureza das coisas' tende a se impor constantemente. A essa classe de leis pode-se chamar justificadamente de 'direito natural'¹⁴⁸.

Gadamer conclui que o intérprete não pretende outra coisa que compreender esse geral, o texto, isto é, compreender o que diz a tradição e o que faz o sentido e o significado do texto. E para compreender isso ele não deve querer ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta, na qual se encontra. Está obrigado a relacionar o texto com essa situação, se é que quer entender algo nele¹⁴⁹.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 419

¹⁴⁷ SILVA, Kelly Susane Alfien da. Ob. Cit., p. 302

¹⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 420

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 426

O ponto de interseção entre a análise aristotélica da filosofia prática e o problema hermenêutico das modernas ciências do espírito, parte da idéia de que também este último se coloca separado de um saber puro, ou seja, de um conhecimento apartado do ser individual.¹⁵⁰

O dever ser da verdade numa ciência do espírito será, assim, igual ao “bom senso” do saber moral¹⁵¹.

¹⁵⁰ SILVA, Kelly Susane Alflen da. Ob. Cit, p. 300

¹⁵¹ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Ob. Cit., p. 108

1.2.4.2 A Hermenêutica Jurídica Gadameriana

Com base nas reflexões expostas acima, Gadamer se volta a tentar integrar a hermenêutica jurídica na velha unidade das disciplinas hermenêuticas, defendendo que em ambas o problema central é a aplicação¹⁵².

Como paradigma, passa a analisar a divergência entre hermenêutica jurídica e hermenêutica histórica, estudando os casos em que uma e outra se ocupam do mesmo objeto, isto é, os casos em que textos jurídicos devem ser interpretados juridicamente e compreendidos historicamente¹⁵³.

Trata-se de investigar o comportamento do historiador jurídico e do jurista, comportamento que assumem com respeito a um mesmo texto jurídico, dado e vigente. Salienta o mencionado hermeneuta que existe uma diferença evidente, qual seja, o jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado; ao passo, que o historiador jurídico não tem nenhum caso de que partir, mas se propõe a determinar o sentido da lei, na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei diante dos olhos. Somente no conjunto dessas aplicações torna-se concreto o sentido de uma lei¹⁵⁴.

Segundo a descrição de Betti, o historiador se movimenta numa contínua confrontação com a objetividade histórica para compreendê-la em seu valor posicional na história, enquanto que o jurista, além disso, procura reconduzir essa compreensão para a sua adaptação ao presente jurídico¹⁵⁵.

Quanto ao comportamento do jurista, Gadamer nos adverte que a idéia de um sentido unívoco da lei e de que a praxis jurídica deve se limitar a seguir simplesmente o seu sentido original não se sustenta, pois ignora a tensão entre o sentido jurídico e o sentido originário e atual. Ao revés, o aplicador da lei está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa daquela. É verdade, entretanto, que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu

¹⁵² SILVA, Kelly Susane Afflen da. Ob. Cit., p. 306

¹⁵³ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 427

¹⁵⁴ *Ibidem*, Ob. Cit., p. 427-428

¹⁵⁵ *Ibidem*, Ob. Cit., p. 428

conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato legislador ¹⁵⁶, mas sem se prender à intenção dos que elaboraram a lei.

Por outro lado, o historiador jurídico, aparentemente, busca o sentido originário da lei, busca seu valor e qual a intenção no momento de sua promulgação. Entretanto, afirma Gadamer que neste diapasão, lhe parece idêntica a situação hermenêutica do jurista e do historiador, pois como inexistente acesso imediato ao objeto histórico capaz de nos proporcionar objetivamente seu valor proposicional, este último tem que realizar a mesma reflexão que deve orientar o jurista. O jurista faz uso do conhecimento histórico quando em seus casos concretos não desvincula o passado do presente, considerando-os (passado e presente) como um processo contínuo. A Hermenêutica Jurídica é responsável por esta ligação entre passado e presente¹⁵⁷.

Leciona Gadamer:

Quando o juiz adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à 'idéia jurídica' da lei, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma mediação jurídica. O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação. Assim, não se comporta como historiador, mas se ocupa de sua própria história, que é seu próprio presente. Por conseqüência, pode, a cada momento, assumir a posição do historiador, face às questões que implicitamente já o ocuparam como juiz¹⁵⁸.

Neste ponto, a tarefa do historiador jurídico torna-se diverso do trabalho do jurista. O historiador, embora não tenha a tarefa do jurista, ao investigar o significado histórico da lei, deve considerar que seu objeto é fruto do Direito e que, portanto, precisa ser entendido juridicamente. Neste sentido:

¹⁵⁶ *Ibidem*, Ob. Cit., p. 428-429

¹⁵⁷ *Ibidem*, Ob. Cit., p. 429-430

¹⁵⁸ *Ibidem*, Ob. Cit., p. 430-431

O historiador jurídico que pretende compreender a lei a partir de sua situação histórica original não pode ignorar sua sobrevivência jurídica: ela lhe fornece as questões que ele coloca à tradição histórica. [...] Não implica isso que sempre é necessária uma tradução? E não se dá esta tradução, sempre e em qualquer caso, nos moldes de uma mediação com o presente? Na medida em que o verdadeiro objeto da compreensão histórica não são eventos, mas sim seu 'significado', esta compreensão não estará descrita corretamente, se se fala de um objeto em si e de uma aproximação do sujeito a ele. Em toda compreensão histórica sempre já está implícito que a tradição que nos chega fala sempre ao presente e tem de ser compreendida nessa mediação - mais ainda: como essa mediação¹⁵⁹.

O trabalho do historiador do direito, portanto, não pode ser limitado a reconstruir o sentido original do conteúdo da norma, da mesma forma que o juiz, jurista, advogado, entre outros, não se resume à adequação do conteúdo normativo à atualidade presente¹⁶⁰.

Com base na argumentação trazida à baila, assero o filósofo germânico que a hermenêutica jurídica não seria um caso excepcional, mas, ao contrário, estaria em condições de devolver à compreensão histórica todo o alcance de seus problemas, restabelecendo-se a unidade hermenêutica¹⁶¹.

Seguindo essa esteira de raciocínio, Gadamer coloca que a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, em sua aplicação. Opera-se, assim, uma complementação produtiva do direito, obviamente reservada ao juiz, cuja sentença do juiz não pode derivar de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto¹⁶².

Como corolário lógico de suas premissas, Gadamer sustenta a existência de uma relação essencial entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica, na qual a primeira assume uma posição dominante em virtude de não ser sustentável a idéia de uma dogmática jurídica total - onde se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção¹⁶³.

¹⁵⁹ *Ibidem*, Ob. Cit., p. 431

¹⁶⁰ SILVA, Kelly Susane Afflen da. Ob. Cit, p. 306

¹⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 431

¹⁶² *Ibidem*, Ob. Cit., p. 432-433

¹⁶³ *Ibidem*, Ob. Cit., p. 433

Situar historicamente o ato legislativo é válido, porém não pode haver necessidade de sujeição ao mesmo, pois uma compreensão sempre pressupõe uma relação inexorável do intérprete com o texto, uma pré-compreensão, a respeito de uma pré-estrutura, que é o texto da tradição, condição da compreensão humana, que é um existencial do *Dasein*¹⁶⁴.

Dito de outro modo:

Gadamer resgata a importância da compreensão histórica, mas adverte que é apenas um meio. A compreensão histórica da norma pretende renovar a sua efetividade histórica em relação a uma nova situação, e não simplesmente reconstruir a intenção original do legislador, atitude que seria igual a tentar reduzir os acontecimentos históricos à intenção dos protagonistas. A historicidade da norma, igual a em qualquer outro texto, não é uma restrição a seu horizonte, senão que, pelo contrário, a condição que permite sua compreensão. No Direito, essa condição se manifesta por meio do vínculo que existe entre a pessoa obrigada e a norma, vínculo que afeta a todos por igual, e não faz da lei uma propriedade pessoal do legislador. A real finalidade da hermenêutica jurídica é “encontrar o Direito” (seu sentido) na aplicação “produtiva” da norma, pois a compreensão não é um simples ato reprodutivo do sentido original do texto, senão, também, produtivo.¹⁶⁵

1.3 A TEORIA DE RONALD DWORKIN

1.3.1 A Moral no Direito

O autor ressalta que os juristas normalmente se encontram frente a questões técnicas, quando argumentam em favor de uma causa, aconselham seus clientes ou redigem projetos de lei, nos quais há um consenso geral dos demais profissionais do direito a respeito do argumento ou prova que se denota relevante. Todavia, ao se depararem com problemas que não são técnicos, a exemplo de temas éticos, em que não se pergunta acerca da eficácia da lei, mas se esta é equânime, bem assim em face de perplexidades conceituais, quando se tenta descrever uma lei por meio de conceitos que não são claros, já inexistente o indigitado consenso para orientar o estudioso do direito¹⁶⁶.

¹⁶⁴ SILVA, Kelly Susane Afflen da. Ob. Cit., p. 306-307

¹⁶⁵ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Ob. Cit., p. 109

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 01-02

Rememora, então, que os manuais ingleses procuram delimitar os conceitos obscuros não por meio da elucidação de seu significado na linguagem ordinária, e, sim, lançando mão de uma análise doutrinária convencional, com o escopo de aferir a sua acepção especificamente jurídica¹⁶⁷.

Entretanto, conclui que essa ênfase doutrinária se mostra irrelevante, pois, em seu entender, um jurista não questiona um determinado conceito por desconhecer o seu uso pelos tribunais, mas por objetivar justificar ou criticar leis com base em um conceito não jurídico, adotando uma postura moral. O que foi ignorado pela teoria inglesa¹⁶⁸.

Neste diapasão, Dworkin se volta para a problemática da decisão judicial nos casos difíceis, nos quais os juizes pareciam estar criando direito novo ao invés de simplesmente aplicar o antigo, com base nos antecedentes da teoria do direito norte-americano, que reputa mais complexos do que o inglês¹⁶⁹.

Este questionamento é particularmente interessante, pois os juizes são dotados de um grande poder político, restando saber se a mesma justificativa do mesmo no tocante aos casos fáceis pode ser estendida aos difíceis¹⁷⁰.

Há uma concordância geral quanto ao fato de que a decisão judicial parece mais equânime quando representa a aplicação de padrões estabelecidos, do que a aplicação de novos. Mas o que é que deve ser considerado como aplicação de padrões? A isto o professor de Oxford responde que a teoria do direito deveria estar explorando a natureza da argumentação moral, tentando esclarecer o princípio de equidade, para se saber se a prática judicial satisfaz realmente esse parâmetro¹⁷¹.

Neste ponto, o referido autor sustenta que as correntes dominantes da teoria do direito fracassaram pela mesma razão, obliteraram o ponto crucial de que os

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 05

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 05-06

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 06

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 09

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 09

problemas são, no fundo, relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos¹⁷².

Conforme depreenderemos dos itens posteriores, busca-se travar todo um debate paralelo com duas tradições jurídico-filosóficas: o convencionalismo (positivistas) e o pragmatismo (realistas), para justificar a tese central de seu trabalho, resumida na afirmação de que magistrado não detém nenhum poder discricionário que lhe autorize decidir um caso controverso no sentido de criar direitos e aplicá-los retroativamente.

1.3.2 O Realismo

Nos primórdios do século XX, surgiram críticas à concepção de direito na qual ao juiz competia apenas aplicar as regras preexistentes. Esta abordagem ganhou força em idos das décadas de 20 e 30, transformando-se no movimento denominado “realismo legal”. Esta teoria afirmava que o positivismo teria fracassado ao tentar descrever o que os juizes fazem tomando como alicerce as regras mencionadas em suas decisões¹⁷³.

Os realistas sustentavam que os juizes tomam as suas decisões de acordo com as suas convicções pessoais, políticas e morais, e depois escolhem uma regra jurídica apropriada como racionalização. Portanto, possuam como meta uma análise ‘científica’ que se fixasse naquilo que os juizes fazem e não no que dizem, bem como no impacto de suas decisões¹⁷⁴.

A linha principal dessa corrente de pensamento nos Estados Unidos enfocou duas habilidades dos juristas: a capacidade para reunir e organizar fatos e de elaborar táticas para a mudança social¹⁷⁵.

A que possuía ênfase nos fatos, também conhecida como teoria sociológica do direito, pretendia o estudo das instituições jurídicas como processos sociais, tratando o juiz não como um oráculo de doutrina, mas como um ser humano que responde a diferentes espécies de estímulos sociais e pessoais. Entretanto, os juristas não

¹⁷² *Ibidem*, p. 12

¹⁷³ *Ibidem*, p. 06

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 06-07

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 07

possuíam os conhecimentos e o aparato estatístico necessário à empreitada, pelo que a mencionada teoria passou a ser domínio dos sociólogos. A que focalizava o direito como um instrumento capaz de promover a concretização de objetivos teve um efeito mais duradouro¹⁷⁶.

Todavia, ambas as correntes não foram capazes de responder satisfatoriamente à questão de se os juizes seguem regras, mesmo nos casos difíceis, ou se, às vezes, criam novas e as aplicam retroativamente¹⁷⁷.

Por esse motivo, Dworkin se volta ao estudo do positivismo, uma vez que o realismo não fornece a base teórica imprescindível ao questionamento central de seu estudo.

1.3.3 Crítica ao Positivismo

Inicia Dworkin por elencar o que denomina de proposições precípuas e organizadoras da teoria positivista:

(a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que os advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.

(b) o conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com o “direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo o seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.

(c) dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 07

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 08

faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (Dizer que ele tem um direito jurídico, ou um poder jurídico de algum tipo, ou um privilégio ou imunidade jurídicos é asseverar de maneira taquigráfica que outras pessoas têm obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de determinadas maneiras que o afetem.) Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria¹⁷⁸.

1.3.3.1 O conceito de direito

Dworkin adota a concepção positivista de H. L. A. Hart para promover sua crítica, dizendo que este reconhece duas espécies de regras: primárias e secundárias. As primárias seriam aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade. As secundárias são aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estatuídas, declaradas legais, modificadas ou expurgadas do sistema¹⁷⁹.

Dessa forma, Hart propõe uma teoria geral das regras que não faz a autoridade destas depender da força física de seus autores, visualizando duas formas para que a autoridade se opere:

(a) uma regra pode tornar-se obrigatória para um grupo de pessoas porque, através de suas práticas, esse grupo aceita a regra como um padrão de conduta. Não basta simplesmente que o grupo se ajuste a um padrão de comportamento. Ainda que a maioria dos ingleses possa ir ao cinema no sábado à noite, eles não aceitarão uma regra que exige que eles façam isso. Uma prática contém a aceitação de uma regra somente quando os que seguem essa prática reconhecem a regra como obrigatória e como uma razão para criticar o comportamento daqueles que não a obedecem.

(b) uma regra também pode tornar-se obrigatória de uma maneira muito diferente, isto é, ao ser promulgada de acordo com uma certa regra secundária que estipula que regras assim promulgadas serão obrigatórias. Por exemplo, se o contrato de fundação de um clube estipula que os estatutos poderão ser adotados pela maioria de seus membros, então os estatutos particulares que forem aprovados dessa maneira serão obrigatórios para todos os membros, não devido a qualquer prática de aceitação desses estatutos particulares, mas porque o contrato de fundação assim estabelece. Nesse contexto, usamos o conceito de validade: regras obrigatórias

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 27-28

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 31

que tiverem sido criadas de acordo com uma maneira estipulada por alguma regra secundária são denominadas regras “válidas”¹⁸⁰.

Para Hart, as comunidades primitivas possuem apenas regras primárias e essas se revelariam obrigatórias devido às práticas de aceitação, não se podendo afirmar que estas tenham um “direito”, pois não haveria como se distinguir um conjunto de regras jurídicas de outras regras sociais, como exige o postulado da regra de *pedigree*. Entretanto, quando uma comunidade desenvolve uma regra secundária fundamental, nasce a idéia de um conjunto específico de regras jurídicas, ou seja, de direito¹⁸¹.

Note-se que a regra fundamental não pode ser ela mesma válida, já que está no topo do ordenamento jurídico, sua obrigatoriedade deriva de sua aceitação. Ademais, não se corre o risco de confundir a mencionada regra com normas morais, apesar de não haver nenhum teste mecânico, uma vez que o domínio de aplicação da primeira diz respeito ao aparato governamental¹⁸².

Dworkin, no entanto, se sente incomodado pela concepção de direito vista anteriormente, que reputa por demais estreita, alegando que aquela não consegue explicar o fato de que, quando os juristas debatem sobre direitos e obrigações jurídicos, notadamente nos casos difíceis, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas funcionam diferentemente, tais como princípios, que designam um padrão que deve ser observado por exigência de justiça e equidade ou outra dimensão da moralidade, e políticas, que estabelecem um objetivo a ser alcançado. Sendo o positivismo um modelo de regras, que devem se submeter a um teste fundamental para serem consideradas direito, ignora essa teoria os demais padrões que não são regras¹⁸³.

A diferença entre regras e princípios é lógica, as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada, isto é, ou são válidas e, neste caso, contribuem para a decisão do caso, ou não, e são imprestáveis à solução do litígio; por outro lado, um princípio não pretende estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária, mas

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 32-33

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 33

¹⁸² *Ibidem*, p. 34

¹⁸³ *Ibidem*, p. 36

enuncia apenas uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, sendo imprescindível para a sua obrigatoriedade de uma decisão particular¹⁸⁴.

Como corolário lógico do consignado no parágrafo anterior, revela-se outra diferença entre os citados padrões, os princípios possuem uma dimensão valorativa que as regras não têm. Havendo choque de princípios, deve ser levado em conta aquele que possuir maior peso no caso concreto. Ao revés, se verificando conflito entre regras, uma delas não pode ser válida, devendo a decisão ser tomada com base em considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico poder regular esses conflitos por meio de outras regras, ou pode preferir aquela que seja sustentada pelos princípios mais importantes¹⁸⁵.

Dworkin analisa, então, o papel diverso que os princípios podem desempenhar na formulação de decisões jurídicas específicas, aduzindo que podem ser adotadas duas posturas:

(a) podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguimos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos “o direito” inclui, pelo menos, tanto princípios como regras.

(b) por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como *Riggs* e *Henningsen* o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do “direito”), lançando mão de princípios extra-legais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar¹⁸⁶.

A escolha entre estas duas abordagens é essencial para sabermos se os juizes, nos casos difíceis, aplicam direitos e obrigações preexistentes. Na primeira hipótese, como estão aplicando padrões obrigatórios, estão também aplicando direitos e obrigações jurídicos. Contudo, se partirmos da segunda, teremos reconhecido que os juizes fazem uso de um poder discricionário, aplicando direito novo *ex post facto*¹⁸⁷.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 39

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 42

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 46-47

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 48-49

1.3.3.2 O poder discricionário

No tocante a este ponto, os positivistas sustentam que quando inexiste uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidi-lo por meio da criação de direito novo¹⁸⁸.

Dworkin pontua que a expressão indigitada foi extraída da linguagem ordinária e possui três sentidos, a saber:

Algumas vezes empregamos “poder discricionário” em um sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar.

[...]

às vezes usamos a expressão em segundo sentido fraco, apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário.

[...]

às vezes usamos “poder discricionário” não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação de padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão¹⁸⁹.

O professor de Oxford salienta que não podemos confundir o sentido forte de discricionariedade com licenciosidade e exclusão de crítica, não significando que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade¹⁹⁰.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 49-50

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 51-52

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 53

Questiona o autor se a doutrina positivista está correta em afirmar que, em não havendo uma regra estabelecida, o juiz deve decidir a celeuma com base no seu poder discricionário, e que se sentido devemos entendê-lo¹⁹¹.

Hart diz que o juiz, quando utiliza seu poder discricionário, não está vinculado a padrões, mas podemos observar os padrões que ele tipicamente emprega. Nesta esteira, Dworkin depreende que os positivistas, pelo menos algumas vezes, fazem uso do sentido forte de discricionariiedade¹⁹².

Para esse corrente de pensamento, não há maneira de testar a validade dos princípios e políticas, logo, os mesmos não são regras válidas, pois não são regras, se revelando como padrões extra-jurídicos utilizados pelos juizes em seu poder discricionário¹⁹³.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 54

¹⁹² *Ibidem*, p. 55

¹⁹³ *Ibidem*, p. 63

1.3.3.3 A regra de reconhecimento

Dworkin ressalta que toda a discussão anterior foi lastreada pela suposição de que os positivistas conceberiam os princípios como não obrigatórios para o juiz decidir um caso difícil. Mas, e se for adotada a interpretação de que estes são padrões obrigatórios¹⁹⁴?

A primeira conseqüência seria o abandono da doutrina do teste em face da regra suprema. As regras são válidas apenas porque alguma instituição as promulgou, isto é, foram promulgadas pelo Poder Legislativo, ou criadas pelo Judiciário para decidir os casos difíceis. Todavia, já vimos que o teste de *pedigree* não se aplica aos princípios, pois estes não derivam de um ato institucional, mas do desenvolvimento pelos membros da profissão jurídica do que é considerado apropriado. Eles não são revogados ou anulados, mas quando entram em declínio sofrem erosão¹⁹⁵.

Os princípios se referem à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedente, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e outros padrões similares. Destarte, não são aglutináveis em uma única regra de reconhecimento, dada a sua diversidade originária¹⁹⁶.

Não se diga que a mera aceitação do princípio pelos tribunais pode ser vista como uma regra de reconhecimento, haja vista a distinção entre aceitação e validade, adotada pela doutrina positivista. De mesma forma, mesmo que os princípios encontrem guarida em atos institucionais, eles não têm uma conexão suficientemente simples ou direta com esses atos que lhes permita enquadrar essa conexão em termos dos critérios especificados pela regra de reconhecimento¹⁹⁷.

Questiona Dworkin, por fim, se haveria outro caminho para que seja possível os princípios se submeterem a um teste de *pedigree*¹⁹⁸?

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 63

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 64

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 65

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 65-66

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 66

Hart aduz que uma regra suprema pode conceber como direito não apenas as regras promulgadas por instituições específicas, mas as estabelecidas pelo costume, pois as regras mais antigas do direito americano nunca foram explicitamente criadas por um Poder Legislativo ou Judiciário, sendo que quando apareceram já foram tratados como se já pertencessem ao sistema jurídico¹⁹⁹.

Mas Hart não explica como o costume pode contar como direito antes que os tribunais o reconheçam, pois não haveria o teste supremo para distinguir obrigações morais de obrigações jurídicas. Por outro lado, se o teste consiste em saber o que a sociedade considera juridicamente obrigatório, a razão de ser da regra de reconhecimento cai por terra, pois se confunde com a mera aceitação²⁰⁰.

De fato, o tratamento dado por Hart ao costume faz ruir toda a sua estrutura jurídica piramidal, pois corresponde ao fato de que algumas normas não são válidas, mas apenas aceitas, a exemplo da regra de reconhecimento. Desse modo, não é possível a modificação do conceito positivista do direito para a inclusão dos princípios²⁰¹.

De resto, o filósofo em estudo analisa a possibilidade de os princípios serem adotados como regra de reconhecimento do direito. Ao que responde que seria necessário que se elencassem todos os princípios, o que é impossível pelo simples fato de eles serem controversos, incontáveis e de transformação rápida, de forma que, antes do final da lista, a metade já estaria obsoleta²⁰².

1.3.3.4 A teoria da resposta correta

Já vimos que Dworkin critica o pensamento positivista segundo o qual, não havendo regra jurídica clara aplicável ao caso concreto, o magistrado possuiria o poder discricionário para decidir a questão, podendo escolher, dentre as diversas possibilidades de interpretação da norma, a que entender mais adequada. Isto faz

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 66-67

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 68

²⁰¹ *Ibidem*, p. 69

²⁰² *Ibidem*, p. 70

parecer que qualquer das partes tinha direito a ganhar a causa, o que é uma ficção²⁰³.

Nas palavras do professor de Oxford

Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente²⁰⁴.

Dito de outra forma, o magistrado tem que se esforçar para descobrir quais são os direitos das partes, ainda que estes não estejam positivados no ordenamento jurídico, através de uma norma que seja aplicável de forma imediata ao caso.

Dworkin enxerga o direito como um complexo de normas que tem como peculiaridade o poder de apresentar soluções jurídicas a quaisquer situações fáticas, mesmo que estas pareçam não estar reguladas pelo ordenamento jurídico.

Nesta empreitada, o juiz deverá lançar mão de certos princípios, integrantes do conceito de direito, cuja aplicação demanda um juízo de ponderação como visto anteriormente. Dworkin propõe uma teoria pragmática dos direitos, afirmando existir somente uma resposta correta para cada caso concreto levado até o juiz, que deverá estar fundada em princípios e não em políticas²⁰⁵.

Isto porque o referido filósofo rechaça a idéia de que os juizes, nos casos difíceis, funcionem como legisladores delegados, hipótese em que deveriam adotar um argumento de política, segundo o qual se colima um objetivo da sociedade criando direito novo. Entretanto, ao revés, entende que os tribunais têm o dever de descobrir o direito já existente, pautando-se nos argumentos de princípios, inclusive em respeito ao postulado democrático²⁰⁶. Vê-se que Dworkin elabora uma teoria da decisão judicial que engendra regras e princípios, tomando ambos como normas jurídicas.

²⁰³ *Ibidem*, p. 127

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 127

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 132

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 132-135

A diferença entre regras e princípios é lógica, as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada, isto é, ou são válidas e, neste caso, contribuem para a decisão do caso, ou não, e são imprestáveis à solução do litígio; por outro lado, um princípio não pretende estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária, mas enuncia apenas uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, sendo imprescindível para a sua obrigatoriedade de uma decisão particular²⁰⁷.

Como corolário lógico do consignado no parágrafo anterior, revela-se outra diferença entre os citados padrões, os princípios possuem uma dimensão valorativa que as regras não têm. Havendo choque de princípios, deve ser levado em conta aquele que possuir maior peso no caso concreto. Ao revés, se verificando conflito entre regras, uma delas não pode ser válida, devendo a decisão ser tomada com base em considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico poder regular esses conflitos por meio de outras regras, ou pode preferir aquela que seja sustentada pelos princípios mais importantes²⁰⁸.

Com estas considerações, podemos ver, hialinamente, que Dworkin repele os modelos positivista do puro silogístico, no qual a tarefa judicial se resume a uma operação lógico-dedutiva, bem assim da teoria da decisão judicial, que defende o emprego da discricionariedade no sentido forte.

Ressalte-se que a decisão em argumentos de princípio deve ser fundamentada, o que impõe ao magistrado realizar um esforço de legitimação que exigirá deste a construção racional de uma tese de direitos tendente a afastar uma esfera de discricionariedade que culmine em uma escolha arbitrária e eivada de subjetivismo dos valores invocados pelo intérprete. Neste sentido:

Contudo, se a decisão em um caso difícil deve ser uma decisão sobre os direitos das partes, as razões que a autoridade oferece para seu juízo devem ser do tipo que justifica o reconhecimento ou a negação de um direito. Tal autoridade deve incorporar à sua decisão uma teoria geral de por que, no caso de sua instituição, as regras criam ou destroem todo e qualquer direito, e ela deve mostrar qual decisão é exigida por essa teoria geral em um caso difícil²⁰⁹.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 39

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 42

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 163

A legitimação das decisões judiciais imputa ao precedente jurisprudencial a moralidade institucional, a qual Dworkin se refere como sendo a “força gravitacional do precedente”:

[...] os juízes parecem concordar que as decisões anteriores realmente contribuem na formulação de regras novas e controvertidas de uma maneira distinta do que no caso da interpretação. Eles aceitam, por unanimidade, que as decisões anteriores têm força gravitacional, mesmo quando divergem sobre o que é essa força. É muito comum que o legislador se preocupe apenas com questões fundamentais de moralidade ou de política fundamental ao decidir como vai votar alguma questão específica. Ele não precisa mostrar que seu voto é coerente com os votos de seus colegas do poder legislativo, ou com os de legislaturas passadas. Um juiz, porém, só muito raramente irá mostrar este tipo de independência. Tentará, sempre, associar a justificação que ele fornece para uma decisão original às decisões que outros juízes ou funcionários tomaram no passado²¹⁰.

Adverta-se que a força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que a considere contida em um ato de promulgação, como uma peça de legislação, se não por uma que a conceba como explicitada por um apelo à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo²¹¹.

Dworkin acrescenta, ainda, que Hércules, o seu juiz ideal, deve, ao definir a força gravitacional de um precedente específico, somente levar em consideração os argumentos de princípio que justificam o mesmo²¹².

Antes de se ingressar no estudo do direito como integridade, revela-se oportuno rememorar que Dworkin divisa quatro espécies de interpretações, a saber:

- a) interpretação da conversação, que consiste em o receptor da mensagem compreender o pensamento do interlocutor;
- b) interpretação científica, na qual não se busca revelar a intenção de ninguém, se preocupa em dar uma interpretação causal para o fenômeno estudado;
- c) interpretação literária e artística, em que se interpreta buscando o significado da obra;

²¹⁰ *Ibidem*, p. 175

²¹¹ *Ibidem*, p. 176

²¹² *Ibidem*, p. 179

d) interpretação dos usos e costumes, se colima interpretar as regras criadas pelo homem²¹³.

Nas duas últimas se afere o fator criativo, sobre o qual o autor edifica sua teoria hermenêutica, através da interpretação construtiva, que busca sua estrutura formal na idéia de intenção, porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando.

Para DWORKIN, a atitude interpretativa de Hércules, que conduz a uma busca incessante de critérios decisórios, deve se desenvolver em três etapas: A primeira, denominada pré-interpretativa, consiste na identificação dessa prática e tem basicamente, mas não exclusivamente, caráter descritivo; a segunda, que é a fase interpretativa, centra-se no estabelecimento de um valor a esta prática, consiste, pois, em apresentar uma justificação geral dos princípios que se ajustem à prática em questão de maneira que seja uma interpretação e não uma invenção; e a terceira é a fase pós-interpretativa ou reformadora, na qual se trata de modificar ou reformular a prática para que satisfaça melhor seu sentido, isto é, para que se ajuste melhor à justificação geral estabelecida na etapa anterior²¹⁴.

Tratando do instituto da integridade, Dworkin aduz que existem dois princípios, quais sejam, o princípio legislativo e o princípio jurisdicional²¹⁵.

Para ele o princípio legislativo exerce a função de exigir dos legisladores que estabeleçam um ordenamento coerente ou, em outras palavras, que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente. De outra parte, o princípio jurisdicional estaria a exigir que esse conjunto de leis seja também encarado de forma coerente e uniforme. Sendo este último o considerado mais importante por Dworkin para sustentar a integridade do direito, pois necessita demonstrar como o ordenamento jurídico deve ser encarado no momento da correta aplicação da lei²¹⁶.

²¹³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60-65

²¹⁴ *Ibidem*, p. 81-84

²¹⁵ *Ibidem*, p. 213

²¹⁶ ARÊAS, Paulo André Morales. Um Estudo Comparativo Entre a Doutrina de Dworkin e a Súmula de Efeitos Vinculantes – E.C. Nº 45, Brasil: 2005. in **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos: Ano VI, Nº 6 – Junho, 2005, p. 577

Para ele, o direito visto como integridade nega que as suas manifestações sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro²¹⁷.

Conforme leciona Áreas:

O convencionalismo, por atrelar o juiz às decisões políticas do passado que levaram o legislador a promulgar os atos normativos, representa para Dworkin uma enorme dose de conservadorismo, inclusive não permitindo a natural evolução de interpretação das leis e, portanto, impedindo que o juiz pense o direito conforme os avanços sociais o exijam. O direito, por essa vertente, teria o seu alcance determinado pelas decisões políticas do passado e a elas se subordinaria até a futura inovação do ordenamento jurídico por atos normativos fundamentados por novas decisões políticas. No entanto, a única exceção que poderia exigir que o juiz agisse com certa dose de discricionariedade, estaria nas situações em que este se deparasse com uma lacuna na lei, hipótese em que a decisão sob tais circunstâncias deveria servir de base para julgamentos futuros nos casos semelhantes (precedente jurisprudencial). Dworkin refuta os argumentos do convencionalismo por entender que o direito não deve estar fixado no passado, mas deve seguir o entendimento prevalente na comunidade pelos valores por ela e naquele momento estabelecidos.

Partindo de uma proposta absolutamente diversa do convencionalismo, o pragmatismo, ao contrário, caracteriza-se por outros fundamentos. O pragmatismo não procura manter qualquer vínculo com o passado, quer quanto às decisões políticas motivadoras do legislador, quer quanto aos precedentes judiciais. Aqui a interpretação do direito alcança o *status* de liberdade máxima, de modo que os juízes possuem ampla liberdade de decisão de acordo com a concepção de cada um acerca da justiça. Daí poder afirmar que, do ponto de vista pragmático, o juiz está sempre a criar o direito, não se subordinando sequer à lei. Contudo, a crítica que Dworkin tece a esses argumentos encontra amparo no fato de que é impossível se permitir ao juiz absoluta liberdade quanto à interpretação dos comandos legais. Aliás, a despeito de não se exigir uma coerência de princípio em todas as etapas da continuidade histórica da comunidade, não se pode negar a influência histórica a que o direito se submete e o conjunto de valores que com o passar do tempo se cria e se modifica no corpo social²¹⁸.

Quando Dworkin inicia a explicação da sua teoria do direito como integridade, ele relembra que o juiz deve adotar a interpretação construtiva, afirmando que a tarefa

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271

²¹⁸ ARÊAS, Paulo André Morales. Um Estudo Comparativo Entre a Doutrina de Dworkin e a Súmula de Efeitos Vinculantes – E.C. Nº 45, Brasil: 2005. *in Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Campos: Ano VI, Nº 6 – Junho, 2005, p. 577-579

do julgador deve ser vista como um conto em que vários autores escrevem partes diversas, dando a esse fenômeno o nome de “romance em cadeia”²¹⁹.

Destarte, cada juiz ao aplicar a lei estaria escrevendo uma parte do romance desenvolvido, pois, quando dessa atividade, deveria interpretar a lei e os julgados passados e redimensioná-los para uma aplicação no presente. Daí, afirmar-se que os juízes são igualmente autores e críticos. Seria como se cada capítulo do romance fosse escrito por um juiz diverso e que pretendesse manter uma continuidade lógica da história, mas, ao mesmo tempo, pretendesse criar, a partir dos dados recebidos, um único romance que fosse o mais aprimorado possível. Esse seria o movimento contínuo do direito e em que todos o vissem como um conjunto coerente de normas²²⁰.

1.4 UM PARALELO ENTRE O PENSAMENTO DE GADAMER DWORKIN

Nota-se, de logo, que Dworkin desenvolve sua teoria levando em conta o giro hermenêutico empreendido Gadamer, quando se adotou uma postura de ruptura com as posições objetivistas de Schleiermacher e Dilthey, radicalizando a experiência hermenêutica e se apoiando principalmente no modo de ser do *Dasein* (do ser-aí) heideggeriano.

Dessa forma, a Hermenêutica Filosófica entende que:

[...]a compreensão humana se orienta a partir de uma pré-compreensão que emerge da eventual situação existencial e que demarca o enquadramento temático e o limite de validade de cada tentativa de interpretação²²¹.

Neste sentido, pode-se perceber claramente que a “consciência histórica” teve grande influência no pensamento de Dworkin, como lembra Menelick de Carvalho Netto:

Para ele, a unicidade e a irrepetibilidade que caracterizam todos os eventos históricos, ou seja, também qualquer caso concreto sobre o

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275-276

²²⁰ ARÊAS, Paulo André Morales. Um Estudo Comparativo Entre a Doutrina de Dworkin e a Súmula de Efeitos Vinculantes – E.C. Nº 45, Brasil: 2005. in **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos: Ano VI, Nº 6 – Junho, 2005, p. 579-580

²²¹ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p.159

qual se pretenda tutela jurisdicional, exigem do juiz hercúleo esforço no sentido de encontrar no ordenamento considerado em sua inteireza a única decisão correta para este caso específico irrepetível por definição²²².

Ademais, o mesmo ocorre quando Dworkin formula a sua teoria do direito como integração, na qual ele reconhece a necessidade de continuidade histórica da comunidade, não se podendo negar a influência histórica a que o direito se submete e o conjunto de valores que com o passar do tempo se cria e se modifica no corpo social.

Em verdade, há uma comunhão hialina entre o pensamento de ambos os filósofos, quando entendem que a praxis jurídica não pode se limitar a seguir simplesmente o seu sentido original da lei, pois se ignoraria a tensão entre o sentido jurídico e o sentido originário e atual. Antes de preocuparem-se com a imaginada "vontade da lei", ou apenas com a verdade dos fatos, o que interessa ao processo será sempre o seu "significado", a busca do "sentido",

Além disso, Dworkin se preocupa com a aplicação do direito, chegando a dizer que cada juiz ao aplicar a lei estaria escrevendo uma parte do romance desenvolvido, pois, quando dessa atividade, deveria interpretar a lei e os julgados passados e redimensioná-los para uma aplicação no presente. Mais uma vez segue Gadamer, que foca sua hermenêutica na aplicação, aduzindo que o aplicador da lei está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa daquela.

Os dois reconhecem, também, que não é possível a compreensão objetivamente, partindo a mesma sempre do *Dasein*, pelo que inexistente aplicação mecânica do direito pelo simples silogismo, devendo existir como pré-requisito à compreensão os seus preconceitos, para que se possa falar em círculo hermenêutico.

Ademais, Gadamer assere que as ciências do espírito são ciências morais, na mesma linha Dworkin não diferencia direito de moral e sustenta que o juiz tem que,

²²² CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte:. Curso de Pós- Graduação em Direito da UFMG e Mandamentos. v. 3., mai, 1999. p. 475

para decidir o caso posto à sua frente, levar em consideração seus valores pessoais, colimando a solução mais equânime.

Por fim, tanto Gadamer quanto Dworkin vêem a atividade do aplicador do direito como uma interpretação construtiva, na qual se complementa o trabalho do legislador, sempre levando em consideração o momento da aplicação.

Ver-se-á, ao longo desta monografia, a influência desta nova corrente hermenêutica na aplicação da ponderação e no papel dos princípios.

1.5 NOVO MODELO DE INTERPRETAÇÃO

A necessidade de uma nova interpretação surge com a insuficiência do método subsuntivo clássico, pelo qual o papel do aplicador seria o de revelar a intenção da norma, descrevendo-a sem qualquer contribuição criativa sua.

A referida tradição hermenêutica fundava-se, portanto, na aplicação de regras para o pretendido desvelamento de sentido, notadamente, o gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

No decorrer da evolução doutrinária, observou-se que não coaduna com a realidade a crença professada, desde a fundação da escola exegética²²³, de que era possível extrair um único sentido das normas jurídicas, objetivo e válido para todas as situações, sem levar-se em conta a sua temporalidade.

Todavia, o marco da quebra do citado paradigma aparece com a noção de vontade de constituição, na qual a efetividade dos comandos magnos deve ser buscada de modo permanente, em que pese a existência das denominadas normas dirigentes, que se limitam a indicar objetivos e fins do Estado, sem mencionar os meios correlatos.

Logo, a interpretação constitucional construtiva funda-se no oposto da concepção hermenêutico-silogística, reconhecendo as cláusulas supremas como

²²³ Caracterizava-se por positivismo avalorativo, legal e estadista, que identifica todo o direito com o direito positivo emanado pelo estado. Blondeau, um dos prosélitos do movimento, defendia que a sentença judicial deveria fundar-se exclusivamente no texto legal. A interpretação para ele era mera exegese dos textos, e sua finalidade a descoberta da intenção psicológica do legislador. MACHADO NETO. A. L., Ob. Cit. p. 27

eminentemente abertas, principiológicas e extremamente dependentes da realidade subjacente, pelo que não se pode acolher um sentido unívoco e objetivo, abstratamente falando²²⁴.

Somente vislumbrados os elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será possível a determinação do sentido normativo, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.

Note-se que o sustentado acima não conduz ao desprezo absoluto do método subsuntivo clássico; pois ele continua a desempenhar um papel importante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos, quando se tratar, especialmente, de preceitos com baixo conteúdo valorativo, que não dão azo a maiores especulações²²⁵. Apenas se verifica que, apesar de relevante, nem sempre se mostra suficiente²²⁶.

A norma, em sua dicção abstrata, perde sua consideração onipotente, sendo que muitos preceitos normativos apenas passam a ter sentido em face à interação com os fatos, tal como considerada pelo intérprete.

Inexiste lugar, na hodierna conjuntura, para uma concepção meramente positivista, lastreada numa crença exagerada no conhecimento científico, nos moldes cartesianos, que, trazida para o direito, pretendia criar uma ciência jurídica semelhante às ciências exatas e naturais.

Essa busca pela objetividade, que acreditava que o empirismo devia ser a base de todo conhecimento válido, expurgou do domínio da *jurisprudência*²²⁷ toda a especulação filosófica, separando o direito da moral e demais considerações valorativas.

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios. In LEITE, George Salimão (organizador). **Dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Malheiros: 2003, p. 102

²²⁵ Exemplo desses preceitos de baixo teor valorativo na CF/88 é a referente à aposentadoria compulsória do servidor público – art. 40, §1º, II.

²²⁶ *Ibidem*, p. 101

²²⁷ Entendida no sentido de ciência do direito.

Nesta esteira de raciocínio, a Ciência do Direito deveria fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que se caracterizam como uma tomada de posição diante da realidade²²⁸.

Todavia, superada a fundamentação positivista da *jurisprudência*, abriu-se caminho, como visto, para um conjunto de reflexões amplo e inacabado acerca do direito, sua função social e sua interpretação.

A percepção hermenêutica que então é adotada leva em conta as relações entre valores, princípios e regras e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o pilar da dignidade da pessoa humana²²⁹.

Logo, revelada a necessidade da relação entre intérprete e fatos, intermediada pelos valores, cumpre levar-se a feito uma anotação sobre a mesma, em seus diferentes aspectos.

A primeira observação se debruça sobre os fatos subjacentes e as conseqüências práticas da interpretação. Fixe-se que, verificada a colisão normativa, não será possível aferir no sistema, abstratamente, a solução adequada que deverá, de forma obrigatória, passar pela análise da faticidade e temporalidade do caso, para que se possa concluir o desfecho correlato à vontade constitucional.

Ademais, agregue-se a isto a consideração do impacto do resultado interpretativo sobre a realidade, perquire-se se o remate obtido pelo intérprete se compatibiliza finalisticamente com os ditames magnos²³⁰.

Em uma segunda perspectiva, se questiona acerca do intérprete e os limites de sua discricionariedade. A interpretação construtiva exige escolhas do intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados²³¹.

²²⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. Cit. p. 107

²³⁰ ENTERRÍA, Eduardo García. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**.
Madri: Civitas, 1994, p. 183 e ss

²³¹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. Cit. p. 104

Mas o trabalho interpretativo acima mencionado não pode ser empreendido sem parâmetros para a ponderação de valores e interesses envolvidos no caso concreto, pelo que sobressai a importância do postulado da proporcionalidade, a fim de se depreender a sua legitimidade.

2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

No capítulo anterior, ressaltou-se a insuficiência da concepção abstrata do direito, para a decisão dos casos concretos, bem assim a necessidade de se adotar um modelo que permita a consideração tanto de regras como de princípios como padrões normativos.

Quanto à definição de princípios e sua operacionalidade, empreender-se-á o seu estudo mais adiante. Por hora, basta a noção de que os mesmos são imprescindíveis à compreensão do direito como integralidade, e à interpretação construtiva.

Para os fins deste trabalho, cumpre, agora, responder a indagação acerca do que é intervenção estatal na ordem econômica, sua evolução e os princípios que a orientam.

2.1 ESTADO E ECONOMIA

2.1.1 Estado liberal

O Estado Liberal constituía-se em antítese ao absolutista, decorrente da ascensão da burguesia ao poder político, passaram a vigor os seus princípios e valores.

Fernando Scaff, divisa bem os institutos que caracterizam o Estado Liberal, são eles: a) o princípio da legalidade; b) a separação de poderes; c) o voto censitário; d) a liberdade contratual; e) a propriedade privada dos meios de produção e o fator "trabalho", f) separação entre os trabalhadores e os meios de produção²³².

Pode-se perceber, de forma hialina, que essa ideologia se baseava nas “liberdades-limites”, na terminologia de Duverger, entendidas como verdadeiros limites ao Estado, com o intuito de garantir a liberdade do cidadão. São os direitos de 1ª geração, para os juristas que adotam essa nomenclatura, que permearam as primeiras declarações, caracterizadas por serem individualistas e impeditivas da ingerência do Estado numa esfera íntima da vida humana²³³.

No âmbito do Direito Econômico, cristaliza Eros Roberto Grau:

Ao Estado, até o momento neoconcorrencial ou intervencionista – qualquer que seja o vocábulo ou expressão que se adote para designar a mudança de regime que marca, no sistema capitalista, a passagem do século – estava atribuída, fundamentalmente, a função de produção do direito e segurança. Para referir, em traços largos, o regime anterior, poderíamos afirmar, singelamente, que não se admitia interferisse o Estado na “ordem natural” da economia, ainda que lhe incumbisse a defesa da propriedade²³⁴.

Todavia, em face às imperfeições do liberalismo, reveladas pelo surgimento dos monopólios, de cíclicas crises econômicas e pelo exacerbamento do conflito capital *versus* trabalho, e à incapacidade de auto-regulação dos mercados e concreção dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, surge a nova função do Estado, que

²³² SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do Estado Intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 26-32.

²³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 247.

²³⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 16.

deveria intervir na ordem econômica, pontualmente, para manter o sistema em funcionamento ideal.

Neste sentido, arremata Grau:

Evidente a inviabilidade do capitalismo liberal, o Estado, cuja penetração na esfera econômica já se manifestara na instituição do monopólio estatal da emissão de moeda – poder emissor -, na consagração do poder de polícia e, após, nas codificações, bem assim na ampliação do escopo dos serviços públicos, assume o papel de agente regulador da economia²³⁵.

2.1.2 Estado Neoliberal

O Estado, então, é instado a intervir na ordem econômica como forma de elidir as indigitadas imperfeições do liberalismo, objetivando a perpetuação do Sistema Capitalista.

Esta função intervencionista do Estado já era prevista na Encíclica *Rerum Novarum*, levada a público por Leão XIII em 1891, na qual havia orientação aos fiéis sobre as coisas novas, tendo sido expostos conceitos essenciais tais como Estado, Propriedade, intervenção estatal e dirigismo econômico²³⁶.

Todavia, a ideologia neo-liberalista apenas seu auge na década de vinte, quando, após a Primeira Guerra, as condições econômicas dos países e, conseqüentemente, de sua população estavam completamente desfavoráveis, chegando este desequilíbrio a culminar na famosa crise de 1929.

Marco do neo-liberalismo foi o “*New Deal*”, deflagrado por Franklin Roosevelt, que se consubstanciava em um programa econômico e social caracterizado pela intervenção do Estado no domínio econômico e pela edição de ampla legislação social.

Quadra ressaltar que a Suprema Corte chegou a declarar inconstitucionais tais leis, gerando um confronto com o Executivo, com base na doutrina desenvolvida na era

²³⁵ *Ibidem*, p. 21.

²³⁶ BRITO, Edvaldo. **Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 12

Lochner. Contudo, a Suprema Corte, posteriormente, mudou sua orientação e abdicou do exame do mérito das normas de cunho econômico e social, tendo por marco a decisão proferida em *West Coast vs. Parrish* (300 U.S. 379), datada de 1937.

Orlando Gomes salienta que, a partir de determinado momento histórico do séc. XX, passa o Estado a intervir em todas as manifestações e implicações da vida social, acrescentando que nos países capitalistas, os meios de produção continuam a pertencer, em princípio, a empresas privadas, mas que algumas são de exclusiva propriedade do Estado e o mercado está sujeito ao controle variável em intensidade das autoridades públicas²³⁷.

Advirta-se que, ainda que no seu mecanismo econômico haja peças aparentemente socializantes, o molde institucional de sua economia é basicamente capitalista, até porque, se não fosse, o problema da intervenção do Estado não se apresentaria, pois intervir é intrometer-se. Nos regimes socialistas, uma vez que os meios de produção se acham nas mãos do Estado, a idéia de intervenção não tem sentido²³⁸.

Desta feita, a função interventiva do Estado na ordem econômica manifesta-se como exigência do processo de acumulação do capital. Em face à crise iminente do sistema capitalista, em um quadro no qual a força de trabalho/mercadoria é o único bem da maior parcela da população e há a necessidade de formação de poupanças para a reprodução do capital, o Estado é convocado a suprir as insuficiências do sistema²³⁹.

Diante dessa constatação, pode-se concluir que a formalização de uma aliança entre o setor privado e o setor público, foi uma imposição da necessidade de desenvolvimento, colocando este último a serviço daquele, fazendo-o assumir setores fundamentais da economia que não eram do interesse da burguesia fazê-lo diretamente.

²³⁷ GOMES, Orlando. *Constituição Econômica e Constituição Política na Democracia pluralista in Ensaios de Direito Civil e de Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 13.

²³⁸ GOMES, Orlando. *Ob cit.* P. 14.

²³⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 23.

No neo-liberalismo, lança-se mão de um capitalismo assistencial, no qual há uma crescente transferência dos custos das empresas ao conjunto da coletividade, o estado arca com os custos empresariais em detrimento do interesse da coletividade, sendo que nos países desenvolvidos o imperialismo os exporta ao subdesenvolvidos²⁴⁰.

Neste contexto, desempenham papel de fundamental importância pela chamada constituição formal, funcionando como um instrumento de dominação e amortecimento social, em especial enquanto concebida como meramente programática, no sentido de se caracterizarem como um conjunto de normas que não são aplicáveis por si, somente assumindo eficácia plena quando implementados pelo legislador ordinário ou por ato do Executivo, o que dificilmente ocorria.

Prosperam, portanto, as constituições formais capitalistas tais como a mítica Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, que prevêem a implantação de um “capitalismo social”, sem levar em consideração sequer a contradição dos vocábulos, uma vez que só o processo de produção é social, o de acumulação capitalista é essencialmente individualista,²⁴¹.

2.1.3 Estado Social

Cobos toma o homem como sujeito de necessidades, no sentido de que possui carências e que está, constantemente, se empenhando para satisfazê-las, passa a propor seguinte sistema classificatório²⁴²:

I. Necessidades individuais;

II. Necessidades comuns;

III. Necessidades coletivas.

As primeiras são aquelas que o homem atende com o seu esforço próprio, individual. As segundas o homem atende se associando a outros, embora continue existindo a

²⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. P. 24

²⁴¹ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. P. 29

²⁴² *apud* BRITO, Edvaldo. **Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 3-5

necessidade individual e sendo a mesma satisfeita em um esforço pessoal, a sua satisfação se dá mais facilmente por um agrupamento. As terceiras são aquelas que se revelam insusceptíveis de serem atendidas, por sua própria natureza, pelo homem individualmente ou em grupo, pois elas envolvem interesses da sociedade, não podendo ser submetidas a critérios destes últimos, mas sim a objetivos permanentes inerentes à própria convivência social e que se resumem na própria segurança da sociedade como tal.

Em face ao reconhecimento da existência dos referidos interesses coletivos, por imposição lógica, evidencia-se a necessidade de um agente capaz à sua satisfação. Destarte, nasce a concepção de Estado como um poder emanado da sociedade, cujo objetivo é traduzido, hodiernamente, nas teorias que consagram os fins atuais do Estado no dualismo: bem-estar e desenvolvimento econômico.²⁴³

Neste sentido, o Estado não só está autorizado a lançar mão dos meios interventivos para organizar a economia, como também se revela um imperativo, para que se possa suprir as necessidades coletivas, ainda que sob a forma planificada, compatível com a preservação da ordem jurídica onde se concebe como instrumento dualista²⁴⁴.

O Estado social, então, deverá ter como objetivos o desenvolvimento e a repartição dos benefícios deste²⁴⁵.

A Administração Pública da economia desponta como um meio hábil, por excelência, de satisfação das necessidades coletivas, pelo que deverá estar, profundamente, mergulhada nos mais diversos setores da vida social e destinada a satisfazer um número sempre crescente de interesses dessa espécie²⁴⁶.

Ao se examinar o Estado social, podemos divisar dois modelos: a) o Estado social radical – no qual há cerceamento do conteúdo das liberdades individuais, eliminação da divisão dos poderes e a lei é transformada em mero instrumento de dominação do regime de partido único.; e b) o Estado social moderado – pelo qual se opera a

²⁴³ BRITO, Edvaldo. Ob. Cit, p. 5

²⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. p. 20

²⁴⁵ BRITO, Edvaldo. Ob. Cit, p. 16

²⁴⁶ ATAÍDE, Augusto de. **Elementos Para um Curso de Direito Administrativo da Economia**. Lisboa, 1970, p. 30

substituição do Estado liberal pelo Estado social de direito, com a inserção nos direitos fundamentais de diversas garantias e de direitos sociais, como levado a feito na já mencionada Constituição de Weimar.

Com base na classificação acima exposta, é lícito concluir que apenas este último seria compatível com o pressuposto que o faz surgir, qual seja, o da realização do interesse social e do bem-estar.

Neste ponto, vale a lição de Edvaldo Brito, quando trata do Estado social moderado::

[...] somente ele será compatível com os sistemas jurídicos que consagram os princípios da propriedade privada dos bens de produção, da liberdade de contratar e da de iniciativa que se conformem aos ideais já referidos, por meio de garantias que são as limitações a que se refere Forsthoff ao justificar o arbítrio conformador da ordem social como decorrente de alguns princípios jurídicos fundamentais que têm de encontrar realidade na própria ordem social, se se pretende juridicamente organizá-la dentro de tais princípios, dos quais ressalta o de igualdade e o da pretensão absoluta do homem à proteção estatal quanto às necessidades elementares, pretensão esta que exclui a coação estatal, por qualquer forma das intervenções nestas áreas²⁴⁷.

Insta assinalar a marcante contradição existente entre o neo-liberalismo e a democracia, pois enquanto aquele marginaliza e exclui, esta última tem por pressuposto o acesso de um número crescente de cidadãos aos bens sociais, projeto que somente pode ser galgado pelo Estado social moderado²⁴⁸.

Se Fixa, assim, a distinção entre o Estado Social de Direito do mero Estado de Direito, este último descomprometido com os fins axiologicamente orientados do Estado moderno, bem como que deve-se primar pela realização de um Estado Social moderado, único conciliável com o pluralismo político adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2.2 INTERVENCIONISMO NA ORDEM ECONÔMICA

Antes de se enfrentar, diretamente, o tema proposto, é de bom alvitre passar à análise dos conceitos e institutos básicos da intervenção estatal na ordem

²⁴⁷ BRITO, Edvaldo. Ob. Cit, p. 20-21

²⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. P. 49

econômica, delimitando o conteúdo semântico e alcance, como forma de clarificação das premissas adotadas neste trabalho.

2.2.1 Conotações da Expressão Ordem Econômica

A expressão “ordem econômica” foi incorporada à linguagem dos juristas e do direito positivo a partir da primeira metade do séc. XX, sendo que, no Brasil, desde a Constituição de 1934 se faz menção à mesma²⁴⁹.

Todavia, a expressão é ambígua e a sua utilização indistinta gera uma aporia para a compreensão do discurso jurídico. Oportuna, portanto, a apreciação de Vital Moreira acerca de suas possíveis conotações:

- em um primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;

- em um segundo sentido, “ordem econômica” é a expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;

- em um terceiro sentido, “ordem econômica” significa ordem jurídica da economia²⁵⁰.

Nesta monografia, adotar-se-á o terceiro sentido da expressão “ordem econômica”, salvo quando explicitamente fizemos menção ao mundo do ser, valendo ressaltar que se toma ordem jurídica como esfera ideal do dever ser na esteira dos ensinamentos de Max Weber²⁵¹.

²⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. P. 56

²⁵⁰ MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra, Centelha, 1973, p. 67-71

²⁵¹ WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. Trad. De José Medina Echeverria e outros. México, Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 251

A advertência não é adiáfora, pois a expressão é usada no sentido de modo de ser da economia brasileira no art. 170 da Magna Carta, enquanto que possui a conotação normativa no art. 173, §5º.

Vital Moreira lança mão do conceito de ordem econômica que adotamos, integralmente, como:

O conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica[...]²⁵².

Logo, o objetivo do Direito Econômico, em sua acepção dogmática, é o estudo das normas que dispõem sobre a organização econômica de um país, regendo a produção, a distribuição, a circulação e o consumo de riquezas, tanto no plano nacional como no internacional.

2.2.2 Ordem Econômica Liberal.

Diga-se, de logo, que ordem jurídica que institucionalizava a ordem econômica (mundo do ser) sempre existiu, mesmo antes do advento das Constituições escritas, no sentido de que havia um conjunto normativo voltado à regulação das relações de conteúdo econômico²⁵³. Importa estudarmos a transformação ideológica que afeta o direito, ocasionando o surgimento de uma ordem econômica intervencionista.

A ordem econômica liberal, na qual o Estado se apresenta como absenteísta e prosperam as “liberdades-limites”, entendidas estas como uma zona de proibição de ingerência do daquele na esfera dos particulares, era marcada por Constituições que não precisavam dispor normas de conformação desta parcela da realidade social.

As Constituições liberais se limitavam a estatuir a propriedade privada e a liberdade contratual, sendo complementada por esparsas normas infraconstitucionais garantidoras do capitalismo concorrencial, no que se completava em sua inteireza a ordem econômica liberal²⁵⁴. Pelo que se segue a constatação de que esta ordem

²⁵² MOREIRA, Vital. Ob. Cit. p. 35

²⁵³ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. pp. 63 e 64

²⁵⁴ MOREIRA, Vital. Economia e constituição. **Separata do Boletim de Ciências Econômicas**, v. XVII. Faculdade de Direito, Coimbra, 1974, p. 81 e ss.

econômica se restringia a retratar e receber o que já vinha se praticando no mundo real²⁵⁵.

2.2.3 Ordem Econômica Intervencionista.

Contudo, como já salientado alhures em face às imperfeições do liberalismo, cujas principais podem ser resumidas no surgimento dos monopólios, no advento de cíclicas crises econômicas e no exacerbamento do conflito capital *versus* trabalho²⁵⁶, aliadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados e concreção dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, surge a ordem econômica intervencionista.

Como corolário das características próprias do Estado social, aparece o aspecto da intervenção, substituindo a antiga postura do poder público abstencionista e inerte diante da atuação dos particulares na vida social, acabando por se revelar a existência de entidades, por meio das quais se desenvolvem os processos coletivos de satisfação das necessidades, como uma necessidade para os indivíduos²⁵⁷.

Os reflexos sentidos na ordem econômica intervencionista são originários de um novo significado ideológico, que pode ser perquirido em duas distintas faixas, conforme seja encarada predominantemente na perspectiva da filosofia do direito ou da sociologia política, com base na lição de Orlando Gomes²⁵⁸:

Na primeira faixa, a intervenção justifica-se pela necessidade de submeter a vida econômica aos imperativos da Justiça. A ordem econômica caracterizada por essa atitude ingerente do Estado não é manifestação típica da ordem política traçada na Constituição. Os princípios e preceitos orientados nesse rumo visam a “introduzir no fortuito domínio da economia os ditames da Justiça”. Inconstitucionaliza-se a economia de mercado na sua variedade mista porque preserva e reabastece valores considerados necessários a uma organização justa da sociedade, independentemente de seu traçado político.

Na segunda faixa, agrupam-se todos aqueles que reputam os preceitos interventivos expressões jurídicas da tendência socializante *latu sensu* motivada pelo esgotamento do liberalismo econômico e pela decadência do sistema capitalista de produção.

²⁵⁵ MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra, Centelha, 1973, p. 82

²⁵⁶ VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria Geral do Direito Econômico**. São Paulo: Ed. RT, 1977, p.

14

²⁵⁷ BRITO, Edvaldo. Ob. Cit. p. 22

²⁵⁸ GOMES, Orlando. *Constituição Econômica e Constituição Política na Democracia pluralista in Ensaios de Direito Civil e de Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p 16

Complementado o quanto exposto acima, pode-se afirmar que o fenômeno da intervenção do Estado gera técnicas diferentes das liberais em decorrência de ter saído do seu domínio tradicional de atividades, ao assumir funções novas. Essas mutações dar-se-ão para absorver as funções do Estado do bem-estar e do desenvolvimento.

Em decorrência da necessidade de satisfação das necessidades coletivas, passa o Estado a exercer “um poder, cujo objeto é o arbítrio racional orientado axiologicamente no sentido de promover, dentro de certos limites, modificações dirigidas à totalidade ou a uma parte considerável da ordem social”²⁵⁹.

A transformação do direito a que se refere este tópico tem como marco o instante em que as precedentes ordens econômicas (mundo do dever ser) passam a servir de instrumento para a implementação de políticas públicas²⁶⁰.

Da simples leitura do art. 170 da hodierna Constituição Federal, vislumbra-se que a transformação da ordem econômica (mundo do ser) é perseguida, não restando dúvidas de que no Brasil o liberalismo foi substituído pelo intervencionismo.

2.2.3.1 Conceito de intervenção.

Imprescindível se revela discernir a expressão “atuação estatal” de “intervenção estatal”, visando-se apartar o campo dos serviços públicos do campo da denominada atividade econômica, uma vez que se trata de regimes jurídicos distintos.

Eros grau, tomando por base a definição de intervenção no sentido de expressar atuação em área de outrem, passa a conceituar as indigitadas expressões:

Intervenção indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, ação do estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que intervenção conota atuação do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal,

²⁵⁹ BRITO, Edvaldo. Ob. Cit. p. 17

²⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. p. 65

ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo²⁶¹.

Destarte, temos que atuação estatal pode ser considerada o gênero do qual a intervenção, no sentido do qual nos valem, representa uma de suas espécies, e o serviço público a outra.

A Constituição apresenta todos os contornos da noção jurídico-brasileira de serviço público. Assim o faz quando aparta essas atividades daquelas próprias dos particulares, entregando-as ao Estado como sendo um dever-poder²⁶².

De acordo com o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Melo, a noção de serviço público pode ser dividida entre os aspectos formal e material.

No aspecto material, o serviço público se caracteriza como sendo uma atividade de prestação de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, que o Estado assume como próprias por se tratarem de atividades necessárias ao interesse social. O aspecto material da noção deverá influir, em verdade, o legislador ordinário, tendo em vista que aquelas atividades que a Constituição determina como sendo serviços públicos podem ser assim consideradas imediatamente. Porém, as atividades que não estejam previstas na CF/88 podem vir a ser serviços públicos, contanto que o legislador respeite a natureza da atividade, confrontando a mesma com o substrato material do serviço público que é aquele previsto implicitamente na Constituição Federal²⁶³.

No aspecto formal, diz respeito ao regime jurídico a que se submete o serviço. Eis aqui o aspecto nuclear do serviço público. É o regime que incide sobre as atividades consideradas como serviço público. Esse regime é informado por princípios e regras de caráter público, segundo o regime jurídico de direito Administrativo e Constitucional, ao que se acrescenta que "de nada adiantaria qualificar como

²⁶¹ *Ibidem*, p. 84-85

²⁶² *Ibidem*, p. 249

²⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo : Malheiros. 1998. p. 435

serviços públicos determinadas atividades se algumas fossem regidas por princípios de Direito Público e outras prestadas em regime de economia privada."²⁶⁴

Vale ressaltar que nem todas as atividades que o legislador ordinário queira transformar em serviço público podem ser assim tachadas. Como já delineado, para o legislador ordinário, o aspecto material da noção de serviço público, encontrado implicitamente na Constituição, deve ser levado em consideração para a validade da norma infraconstitucional, sob pena de invadir-se o campo da iniciativa privada.

Concluindo, a atuação do Estado no domínio econômico "latu sensu" somente pode dar-se pela prestação de serviço público ou, excepcionalmente, respeitados os limites do art. 173 da Magna Carta, ou seja, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Cabe a advertência de que, neste trabalho, não se trata de intervenção no domínio econômico, mas sobre o mesmo, no sentido de que o Estado não atua diretamente na ordem econômica, mas como agente normativo.

²⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. Cit. p. 436

2.2.3.2 Intervenção como exigência do capitalismo

Ressalte-se, para os menos avisados, que a asserida inserção na ordem jurídica de dispositivos permissivos da intervenção estatal nas relações de cunho econômico, em sentido estrito, não se caracteriza como uma ruptura do sistema capitalista, antes denota o intuito de aprimoramento e renovação do mesmo com vistas à sua perpetuação.

Da exigência de integração, modernização e legitimação do capitalismo, surge a necessidade do Estado de assumir uma postura interventiva, o que supõe a implementação de políticas públicas²⁶⁵.

2.2.3.3 Características principais da nova ordem econômica

Com base no quanto impresso nas linhas anteriores, podemos sintetizar as características principais da nova ordem econômica da seguinte forma:

- a) não compreende apenas normas de ordem pública, mas também normas que instrumentam a intervenção do Estado na economia – normas de intervenção;
- b) não se esgota em nível constitucional
- c) pressupõe uma constituição dirigente ou diretiva, capaz de servir de vetor orientativo da atuação estatal

Em relação ao primeiro ponto, René Savatier leciona que a expressão “ordem pública” se refere ao conjunto de normas cogentes, imperativas, que prevalecem sobre as normas privadas dispositivas²⁶⁶.

Todavia, o Estado no uso de suas novas atribuições não lança mão apenas de meios coercitivos para a intervenção sobre o domínio econômico, podendo-se dar como exemplo, de logo, as denominadas sanções premiais.

Dessa forma, a nova ordem econômica se diferenciaria da antiga na medida em que compreende não apenas normas de ordem pública, caracterizadas como exceção à

²⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. p. 66

²⁶⁶ SAVATIER, René. **La Théorie des Obligations**. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1974, p. 165

autonomia privada, mas também normas que instrumentalizam a intervenção do Estado na economia.

No tocante à segunda característica, vale a lição de Eros Grau:

A contemplação, nas nossas Constituições, de um conjunto de normas compreensivo de uma “ordem econômica”, ainda que como tal não formalmente referido, é expressiva de marcante transformação que afeta o direito, operada no momento em deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas[...]²⁶⁷.

Ora, como de conhecimento notório, a implementação de políticas públicas importa a flexibilidade das medidas em face às rápidas alterações na vida social, de forma que impossível se revelaria que as normas interventivas estivessem adstritas ao âmbito constitucional.

Acerca da derradeira característica referida, toma-se por oportuno a explicitação do parâmetro classificatório adotado neste trabalho, pelo que discorreremos em tópico próprio.

2.2.3.4 Constituição diretiva e Constituição Estatutária: distinção

Na esteira do magistério de José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição estatutária é aquela que se limita a definir um estatuto do poder, simples instrumento de governo, enunciadora de competências e reguladora de processos²⁶⁸.

Diversamente, Constituição dirigente é aquela que possui um complexo de normas que definem fins e tarefas do estado, estatuidando diretivas e imposições, pelo que a Constituição dirigente aproximar-se-ia, pois, da noção de Constituição programática²⁶⁹.

Discorrendo acerca do tema, Gilberto Bercovici consigna:

Ao debruçarmo-nos sobre a problemática da Constituição dirigente, ou seja, sobre a Constituição que define fins e objetivos para o

²⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. p. 15

²⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p 12

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 224

Estado e a sociedade, precisamos fixar-nos ao texto de uma determinada constituição. Isso porque o texto constitucional é o texto que regula uma ordem histórica concreta, e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica. Esse é, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, o 'conceito de Constituição constitucionalmente adequado'²⁷⁰.

Vale a advertência, como já visto, de que a mera existência de normas que podemos dizer engendradas pela Constituição econômica não é característica exclusiva das Constituições dirigentes, sendo certo que também são verificadas nas denominadas estatutárias. Contudo, nestas últimas, apenas se recepciona a ordem econômica praticada no mundo real, funcionando como um espelho da ordem estabelecida²⁷¹.

A nova ordem econômica pressupõe o exercício pelo Estado um poder interventivo, "cujo objeto é o arbítrio racional orientado axiologicamente no sentido de promover, dentro de certos limites, modificações dirigidas à totalidade ou a uma parte considerável da ordem social"²⁷², portanto, somente pode dar-se no âmbito de uma Constituição dirigente.

Destarte, do mesmo modo como o sistema econômico assume sempre determinada forma econômica, a Constituição Econômica se apresenta, sempre, sob a forma de Constituição Econômica diretiva de determinada ordem econômica (mundo do ser); sendo que a Constituição Econômica Estatutária é implícita e importa uma leitura (para trás) das disposições da Constituição Econômica diretiva²⁷³.

2.2.3.5 Vinculação do poderes constituídos das normas programáticas

Pontes de Miranda consigna:

Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de edictar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria

²⁷⁰ BERCOVICI, Gilberto. A Problemática da Constituição dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, N. 142, ANO 36. Abril-junho/1999, p. 35

²⁷¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito Econômico**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1979, p 711

²⁷² BRITO, Edvaldo. Ob. Cit, p. 17

²⁷³ MOREIRA, Vital. Ob. Cit, p. 125

justiça ficam sujeitas a êsses ditames, que são como programas dados à função legislativa²⁷⁴.

Em sentido similar, Paulo Pimenta, após analisar os conceitos de vários juristas, sintetiza o conceito de normas programáticas que será adotado nesta monografia:

São normas jurídicas inseridas na Constituição Jurídica que representam uma tentativa do constituinte em conciliar os interesses opostos dos grupos sociais, tendo conteúdo econômico-social, função eficaz de programa, que, entretanto obrigam os órgão integrantes da organização política do Estado (executivo, Legislativo e judiciário), mediante a determinação dos princípios que por eles devem ser cumpridos²⁷⁵.

Com base no conceito esposado, se saliente o equívoco dos que acham que as normas programáticas não vinculam os destinatários de modo absoluto, por não portarem juridicidade. Falácia esta que deita suas raízes na escassa compreensão a respeito da função operada pela incorporação dessas normas nos textos constitucionais elaborados a partir do início do séc. XX.

O Estado intervencionista, com a constitucionalização de programas, deixa de ser meramente garantidor à preservação da liberdade individual, ficando atado à persecução de um modelo econômico que privilegie o desenvolvimento e o bem-estar social.

Cumprir rememorar, como analisado anteriormente, que o constitucionalismo social representou a pronta resposta às insatisfações decorrentes do não atendimento das necessidades coletivas pelo Estado Liberal ao final do século XIX e início do século XX.

Deve-se, por conseguinte, serem rechaçados os acessos essencialistas fundados na teoria de Lassalle, segundo a qual o texto fundador do Estado nada mais era que o somatório dos fatores reais de poder, condicionando-se, assim, a materialização do compromisso selado pela vontade do Poder Constituinte à ocorrência de

²⁷⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969**. Tomo I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 126-127.

²⁷⁵ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 137

situações ideais para a efetivação, com base em juízo de conveniência e oportunidade a ser emitido pelos Poderes Constituídos.²⁷⁶

Evidenciava-se que as normas constitucionais programáticas não poderiam ser colocadas no plano da mera opção política em termos de atuação do legislador futuro, devendo ser entendidas como objetivos permanentes do próprio Estado, devendo o mesmo buscar a concretização dos referidos programas.

Em resposta aos adeptos de Lassalle, nos idos de 1950, Vezio Crisafulli sustentou que (i) a eficácia das normas de programa é a mesma a de qualquer norma jurídica, distinguindo-se apenas quanto ao fato de que tais normas se dirigem de modo mais marcante para os órgãos estatais, particularmente no que atina ao Poder Legislativo, (ii) são normas obrigatórias, invalidando as leis com elas colidentes.²⁷⁷

Paulo Pimenta entende que as normas programáticas têm eficácia complementável por meio da ação do legislador infraconstitucional, o que se faz necessário já que, para ele, estes preceitos regulam interesses socioeconômicos em conflito, pertencentes a grupos sociais antagônicos, sendo imperativo a verificação do meio hábil para a consecução do fim posto em face à conjuntura concreta.

Os programas, nesta doutrina, obrigam os órgãos estatais, determinam a cessação de vigência, por inconstitucionalidade sucessiva, das normas infraconstitucionais antecedentes que entrem em atrito com aquelas, fixam critérios a serem adotados pelo legislador ordinário, vedam a emissão de normas e a prática de comportamentos que lhe são contrários ou que podem impedir a produção de seus efeitos²⁷⁸.

Quanto à tipologia, o indigitado autor assere que, apesar de todas serem vinculativas, pode-se classificar as normas programáticas em: a) normas programáticas em sentido estrito – aquelas pelas quais o Estado, ao fixar um programa, exige que o legislador o implemente através de lei (ex. art. 186, 182 e 174, §4º, da CF/88); b) normas programáticas meramente definidoras de programas

²⁷⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso Básico de Direito Constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 221/222

²⁷⁷ CRISAFULLI, Vezio. Efficacia delle Norme Costituzionali Programmatiche, *in* Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1951, p. 358, *apud* Manoel Jorge e Silva Neto, ob. Cit. pp. 223/224.

²⁷⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit. p. 138

– estabelecem programas sem mencionar a atuação legislativa (ex. art. 144 da Constituição Federal); c) normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos – que estatuem direitos sem a previsão da forma de sua efetivação (ex. art. 6, 196 e 206 da CF); e d) normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado – normas que fixam os fins mediante os quais o Estado se organiza (ex. art. 170, I a IX, 193, 3, I a IV, da Magna Carta).

Por oportuno, saliente-se que as normas integrantes da “Constituição Econômica” fazem parte desta última espécie, pelo que, contendo os fins que norteiam a própria organização do Estado, inobrigável a não vinculação deste por aquelas, sob pena de se tomar os ditames supremos como adiaforos.

De qualquer modo, Edvaldo Brito assim sintetizou a questão: “as normas constitucionais são eficazes. Que significa isto? Significa dizer que todas elas irradiam efeito, a partir do momento em que são promulgadas. Todas, sem exceção²⁷⁹.”

Interessante é a conclusão esposada por José Carlos Vasconcelos do Reis de que quando as normas programáticas estiverem ligadas ao mínimo existencial, proceder-se-á a uma densificação das situações jurídicas subjetivas por elas geradas, originando não apenas a interesses legítimos, mas a verdadeiros direitos subjetivos, inclusive na sua feição positiva, permitindo a seus beneficiários exigir determinadas prestações do Poder Público²⁸⁰.

Tomando como referência o direito à saúde constante do art. 196 da Magna Carta, o citado autor ressalta que o puro normativismo não se presta à compreensão dos direitos fundamentais do homem. Isto porque, apesar de se tratar de um princípio programático, uma vez que estatui um fim a ser alcançado e não de uma norma definidora de direito em plano abstrato, no momento de aplicação da norma ao caso concreto, pode a mesma gerar, diretamente, direitos públicos subjetivos individuais, quando a imediata satisfação do interesse protegido pela norma constitucional se mostrar necessária à manutenção da vida humana digna.

²⁷⁹ BRITO, Edvaldo. Ob. Cit. p. 50-51

²⁸⁰ REIS, José Carlos Vasconcelos dos. **As Normas Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 175 e ss.

Em síntese, sustenta o doutrinador que, em casos envolvendo o mínimo existencial, a decisão do Poder Judiciário, quando fundamentada em norma programática, pode extrair a norma individual (que regerá o caso), diretamente, de um princípio constitucional.

Cumpra diferenciar, para uma correta compreensão, os sentidos adotados para os termos: poderes, interesses legítimos e direitos subjetivos.

Com base no magistério de Santi Romano, pode-se afirmar que os poderes estão relacionados com as normas que são plenamente eficazes, desde o seu nascimento, ausente a necessidade de intermediação legislativa *a posteriori*, pois o sujeito tem a faculdade de fruir do bem jurídico deferido sem que haja uma relação jurídica instaurada. Direitos seriam os poderes desenvolvidos em uma particular e concreta relação jurídica²⁸¹.

No tocante à delimitação semântica de interesses legítimos e de direito subjetivo, vale o pensamento de Paolo Biscaretti Di Ruffia, para quem estes são espécies do gênero situações subjetivas, que surgem em relação a certas pessoas por imposição do ordenamento jurídico.

Os interesses legítimos são aqueles tutelados de maneira indireta pelo sistema jurídico, gerando proteção restrita, decorrente de via reflexa; enquanto que os direitos subjetivos são tutelados de modo direto pelo ordenamento estatal, e gozam de ampla proteção²⁸².

Salta aos olhos que a norma programática não tutela a situação jurídica de modo reflexo, mas sim diretamente, e a generalidade da norma abrange todos os cidadãos, pelo que gera direitos subjetivos.

Diga-se mais, os direitos subjetivos oriundos das mencionadas normas são de natureza pública, por vez que devem ser exercidos em face do Estado, e abarcam não somente o aspecto negativo, entendido como a possibilidade de exigir uma

²⁸¹ ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Trad. De Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977, p 139

²⁸² DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Derecho Constitucional**. Trad. Pablo Lucas Verdu. Madri: Tecnos, 1973, p. 186-195

abstenção do poder estatal, como também o aspecto positivo, consubstanciado no gozo de uma prestação promovida pelos órgãos daquele.

Antônio Enrique Pérez Luño, ao enfatizar a proximidade semântica entre direitos humanos e direitos subjetivos, na perspectiva de se referem a relações jurídicas entre o Estado, pessoa jurídica, e os particulares, ensina que

a noção de direitos públicos subjetivos, enquanto autolimitação do poder soberano do Estado, deve ser substituída pela noção de direitos fundamentais, entendidos como limitação que a soberania popular impõe aos órgãos que dependem dela. No Estado social e Democrático, a meta de desenvolvimento progressivo, estabelecida no art. 1.1, de nossa Constituição, não deve ser considerada – no seu aspecto soberania – como patrimônio estatal, senão como atributo concreto de todos os cidadãos, cada um dos quais – se indicado – deveria poder afirmar, sem detrimento de seus vínculos sociais: O Estado sou eu²⁸³.

É lícito definir o direito subjetivo como a prerrogativa ou possibilidade, reconhecida a alguém e correlativa de um dever alheio suscetível de imposição coativa, de dispor como dono, dentro de certos limites, de um bem atribuído segundo uma norma jurídica positiva.²⁸⁴

Comparato consigna:

“Importa não esquecer que todo direito subjetivo se insere numa relação entre sujeito ativo e sujeito passivo. Quem fala, pois em direitos fundamentais está implicitamente reconhecendo a existência corespectiva de deveres fundamentais.²⁸⁵”

Dito isto, frisa-se que, que no trabalho empreendido pelo aluno-mestre, a expressão “direito subjetivo” não está utilizada em sua noção individualista, com algo ínsito ao ser humano e independente das relações sociais, e, sim, como fruto do próprio direito objetivo, criado por determinada sociedade.

Neste diapasão, a despeito da noção de direito subjetivo ter se originado com a doutrina individualista, tendo por base a liberdade negativa, com o surgimento de

²⁸³ PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 7ª ed. Madri: Tecnos, 2001, p. 34

²⁸⁴ NORONHA, Fernando. **Direito e sistemas sociais – A jurisprudência e a criação de direito para além da lei**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1988, p. 111-112, 133.

²⁸⁵ COMPARATO, Fábio konder. **Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. A Questão Agrária e a Justiça**. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000, 142

direitos sociais e solidarizantes, passa o conceito a engendrar centros de subjetivação que ultrapassam o indivíduo e o mero dever de abstenção de óbices ao exercício de determinada faculdade inerente a um direito.

Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho conceituam direito subjetivo como:

Uma relação, que, na sociedade juridicamente organizada, se estabelece, por um acontecimento de ordem natural, ou por um ato humano voluntário, lícito ou ilícito, entre o sujeito (pessoa natural ou jurídica) e um bem da vida (objeto), sem ou com interferência de uma pessoa obrigada, e da qual, por força do reconhecimento da ordem jurídica, resulta, para o sujeito, o poder de, por si ou representado, tirar, no interesse próprio, de outrem, ou coletivo, toda a utilidade, de que é susceptível o mesmo bem, ficando, outrossim, à exclusiva disposição de tal sujeito movimentar a ação coercitiva do direito objetivo, para obter o cumprimento da obrigação assumida pelo sujeito passivo, quando seja o caso disso, e o respeito integral por parte de quem quer que seja.²⁸⁶

Do conceito trazido a lume, podemos extrair que o núcleo essencial do conceito de direito subjetivo não se encontra atrelado à vontade, ao interesse ou à proteção dispensada pelo ordenamento no caso de sua violação, equivale a dizer que aquele existe como decorrência funcional do direito objetivo.

Sintetizando, com base na lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁸⁷, direito subjetivo aponta para a posição de um sujeito que se vê dotado de faculdades jurídicas, que o titular pode fazer valer mediante procedimentos garantidos por normas.

Logo, do ponto de vista prático, a idéia realista de que o direito subjetivo é uma autorização concedida pelo direito objetivo possibilita a ampliação do conceito de direito subjetivo. Direito subjetivo não é apenas a autorização para exigir o cumprimento de norma jurídica violada, mas também *de fazer e de ter* o que a norma jurídica não proíbe. O que não é proibido é permitido.

A jurisprudência dos Tribunais superiores apóiam as conclusões apontadas, valendo, a título exemplificativo, a transcrição dos excertos:

²⁸⁶ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Tratado de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1941, v. 9, p. 573

²⁸⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 153

PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO – O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (STF – AGRRE 271286 – 2ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 24.11.2000 – p. 00101) JCF.5 JCF.196

CONSTITUCIONAL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO – HEPATITE C – RESTRIÇÃO – PORTARIA MS Nº 863/02 – 1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não ‘qualquer tratamento’, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. 2. O medicamento reclamado pela impetrante

nesta sede recursal não objetiva permitir-lhe, apenas, uma maior comodidade em seu tratamento. O laudo médico, colacionado aos autos, sinaliza para uma resposta curativa e terapêutica 'comprovadamente mais eficaz', além de propiciar ao paciente uma redução dos efeitos colaterais. A substituição do medicamento anteriormente utilizado não representa mero capricho da impetrante, mas se apresenta como condição de sobrevivência diante da ineficácia da terapêutica tradicional. 3. Assim sendo uma simples restrição contida em norma de inferior hierarquia (Portaria MS nº 863/02) não pode fazer tábula rasa do direito constitucional à saúde e à vida, especialmente, diante da prova concreta trazida aos autos pela impetrante e à mingua de qualquer comprovação por parte do recorrido que venha a ilidir os fundamentos lançados no único laudo médico anexado aos autos. 4. As normas burocráticas não podem ser erguidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte do cidadão carente, em especial, quando comprovado que a medicação anteriormente aplicada não surte o efeito desejado, apresentando o paciente agravamento em seu quadro clínico. 5. Recurso provido. (STJ – RO-MS 17.903-MG – 2ª T. – Rel. Min. Castro Meira – DJU 20.09.2004 – p. 215)

De modo uníssono, o STJ no RESP nº. 5, analisando a questão do tabelamento de juros no patamar da legislação infraconstitucional, reconheceu a necessidade da intervenção estatal na espécie, visto que a cobrança de juros extorsivos, que levam à exploração do trabalho humano em prol da ganância da minoria, não pode ser tolerada frente à ordem econômica defendida na constituição vigente.

Apesar de o nosso Ordenamento encerrar o Princípio da liberdade das convenções, os abusos e extorsões são defesos pela Constituição Federal, que adota como princípios fundamentais o da dignidade da Pessoa humana e dos Valores Sociais do Trabalho, ressaltando a função ético-social do estado.

A cobrança de juros extorsivos é caracterizada como contrária à organização social e à justiça, e ofensiva da liberdade, motivo pelo qual, em nome das garantias constitucionais, pode e deve sofrer a intervenção estatal.

O entendimento esposado na jurisprudência referida eleva os princípios fundamentais à categoria de normas cogentes que geram direitos subjetivos aos cidadãos, legitimando a atuação do Estado como verdadeiro regulador da ordem econômica.

2.3 O BRASIL COMO ESTADO DUALISTA: BEM-ESTAR E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.

O Estado social, que substitui o regime liberal, tem por base a realização do desenvolvimento econômico e do bem-estar, por meio de medidas interventivas na ordem econômica, haja vista as insatisfações das necessidades coletivas verificadas no antigo regime²⁸⁸.

Consoante já salientado anteriormente, apenas o Estado Social moderado se afina com as finalidades acima expostas, em especial o ideal de bem estar, sendo certo que planificação da economia pressupõe que o próprio Estado estabeleça a ordem de necessidades dos cidadãos, sendo incompatível, portanto, com as premissas do Estado dualista.

Analisando o pensamento de Hugh Dalton, pode-se sintetizar as características que definem o Estado do bem estar social:

I - tem um objetivo redistributivo;

II – desempenha-o mediante operações de finanças públicas;

III – portanto, utiliza, também, um instrumental tributário, embora admita outros meios;

IV – para, em conseqüência, intervir na ordem econômica com fins sociais, isto é, com a finalidade de organizar a sociedade na perspectiva da justiça social pela melhoria da produção e da distribuição do que for produzido²⁸⁹.

No tocante ao desenvolvimento econômico, não pressupõe este mero crescimento quantitativo de determinada economia, deve ser medido antes pelo aumento quantitativo da renda *per capita*, acompanhado de uma redução nas diferenças da renda e da riqueza²⁹⁰.

Vencidos estes prolegômenos, adentraremos na análise do bem estar social e do desenvolvimento econômico dentro do nosso sistema constitucional, demonstrando, de forma, inequívoca, tratar-se o Brasil de um Estado dualista.

²⁸⁸ BRITO, Edvaldo. Ob. Cit. p. 34

²⁸⁹ *apud* BRITO, Edvaldo. Ob. Cit. p. 41/43

²⁹⁰ BRITO, Edvaldo. Ob. Cit. p. 45

2.3.1 Princípios Constitucionais que Regem a Atividade Econômica

O Direito não se apresenta como um simples amontoado de normas, mas como um sistema dotado de unidade e coerência, que se dá pela existência dos princípios, que são verdadeiros vetores interpretativos que conferem unidade ao todo. Dessa maneira, é que a interpretação das disposições constitucionais deve ser feita em concordância com a força existente em cada um dos princípios, o que, indiscutivelmente, deve ocorrer ao se analisar as regras relativas à ingerência do Estado na economia.

Imprescindível, neste ponto, mencionar os principais princípios constitucionais que regem a atividade econômica: a) dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 170); b) valor social do trabalho humano (arts. 1º, IV, e 170); c) valor social da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, IV: livre concorrência)²⁹¹; d) sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); e) desenvolvimento nacional (art. 3º, II); f) erradicação da pobreza e da marginalização e da redução de desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, IV, e 170); g) liberdade de associação profissional e sindical (art. 8º); h) garantia do direito de greve (art. 9º); i) justiça social (art. 1º, III, e art. 170); j) soberania econômica nacional (art. 170); l) propriedade privada (arts. 5º, XXII, e art. 170, II); m) função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e art. 170, III); n) defesa do consumidor (arts. 5º, XXXII, 24, VIII, 150, §5º, 175, II, 170, V, c/c art. 48 do ADCT); o) defesa do meio-ambiente (arts. 5º, LXXIII, 23, VI e VII, 24, VI e VIII, 129, III, 170, VI, 174, §30., 200, VIII, 216, V, e 225, §5º); p) busca do pleno emprego (art. 170, VIII); q) proteção a empresas de pequeno porte constituídas sob a lei brasileira, com sede e administração no país (art. 170, IX); r) integração do mercado interno ao patrimônio nacional (art. 219).

Da simples leitura dos princípios elencados acima, é possível derivar-se do sobre-princípio da dignidade da pessoa humana os grandes fins da ordem econômica brasileira, quais sejam o bem-estar-social e o desenvolvimento econômico. Valendo ressaltar que os princípios referentes aos direitos individuais são mitigados em favor das diretrizes do Estado dualista.

²⁹¹ Este princípio pode ser subdividido em quatro outros: i) liberdade econômica e a iniciativa econômica (arts. 5º, II, IV, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XX, e 206, II); ii) iniciativa das cooperativas (art. 5º, XVIII, e 174, §§3º e 4º); iii) iniciativa autogestionária e pública (arts. 173, 177 e 192, II); livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, §4º).

Nesse contexto, insere-se o comentário de Nelson Schiesari:

Como se vê, cuida-se de princípios programáticos, aos quais se deve amoldar toda a legislação correspondente. de seu exame combinado há de concluir-se que as metas na ordem econômico-social do Estado brasileiro, e proclamadas na Magna Carta, são o **desenvolvimento nacional e a justiça social**, para cuja consecução os instrumentos principais são, em razoável combinação, **a livre empresa** de um lado e a **intervenção controladora ou a gestão direta pelo Estado**, de outro lado, como elementos supletivos da iniciativa privada. Vale dizer que o Estado estimulará sempre a iniciativa dos particulares no campo das atividades de produção econômica como norma geral; como exceção, porém, intervirá no processo econômico, ou para fiscalizar e controlar essa atividade, ou mesmo para substituir-se ao particular, se assim for entendido de interesse público²⁹².

O próprio texto do art. 174 da Constituição Federal estatui reconhece ser o Brasil um Estado dualista, pois: 1) apresenta um direito fundamental – direito ao desenvolvimento nacional planejado; 2) descreve um dever do Estado – o de promover o desenvolvimento econômico nacional, com qualidade de vida de cada cidadão.

2.3.2 Regime Jurídico-Constitucional do Bem Estar Social

Carlos Aurélio Pimenta de Faria consigna que:

a essência do Estado do Bem-Estar Social reside na proteção oferecida pelo governo na forma de padrões mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação e educação, assegurados a todos os cidadãos como um direito político, não como caridade²⁹³.

Logo, esse modelo estatal seria a institucionalização dos direitos sociais.

Adverta-se que é fundamental não confundir Estado de Bem-Estar Social com a mera adoção de políticas sociais. O *welfare state* não só aplica políticas visando melhorar as condições sociais de sua população, como ataca outras questões como o desemprego, a melhoria dos salários, o controle macroeconômico, etc. Assim, o Estado de Bem Estar Social é bem mais do que um Estado que aplica política sociais.

²⁹² SCHIESARI, N. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 247

²⁹³ PIMENTA DE FARIA, Carlos Aurélio. **Uma Genealogia das Teorias e Modelos do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro, BIB nº 46, 1998, pp. 39

Vejamos os dispositivos constitucionais que prevêm expressamente o bem-estar social.

A nossa Magna Carta estatui logo em seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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 na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (grifos nossos)

Assinale-se que o alcance político do preâmbulo é evidente, pois reflete a opinião pública ou o projeto do qual a Constituição é pedra angular; denota-se todo o valor semântico e poder simbólico. Mas o que nos importa é saber se o mesmo possui eficácia jurídica, o que se tentará responder.

Em relação a esse questionamento podem-se adotar as seguintes posições: a) eficácia idêntica à de qualquer preceito constitucional; b) irrelevância jurídica; e por ultimo, c) relevância jurídica específica ou indireta.

A primeira delas acentua que a inscrição preambular em nada se diferencia dos demais preceitos de uma constituição escrita; de acordo com a segunda posição, o preâmbulo não pertence ao domínio do direito e sim da política, razão por que deve ser estudado pela ciência política, não pela ciência jurídica; os defensores da terceira tese admitem que o preâmbulo porta características jurídicas, estando, assim, vinculado ao bloco de constitucionalidade; contudo, tais caracteres são específicos e não podem ser confundidos com os demais articulados.

Ribeiro Bastos afirmar que o preâmbulo, não sendo ato juridicamente irrelevante, tem função apenas auxiliar de interpretação do texto constitucional, mas não se pode querer fazer prevalecer um preceito normativo do que dele consta²⁹⁴.

²⁹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª edição. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 143

FERREIRA FILHO espousa a idéia de que o preâmbulo representa, simplesmente, uma série de afirmações de princípios, que representam e devem ser assim interpretados como um ideal, e não como normas jurídico-constitucionais de aplicação e exigibilidade imediatas²⁹⁵.

O entendimento acima cristalizado foi o acolhido pelo Supremo Tribunal, quando do julgamento da ADI 2076, tendo por Relator o Ministro Carlos Velloso, do qual se diverge nesta monografia com base na doutrina mais moderna.

Para DALMO DE ABREU DALLARI, o preâmbulo constitucional, quando menciona que é objetivo assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, fala em assegurar o exercício dos direitos, o que tem significação mais concreta do que uma simples declaração dos direitos, sem preocupação com seu exercício.

Ressalta, ainda, o Autor que na obra de vários constitucionalistas brasileiros contemporâneos, assim como na jurisprudência, já é referido o *Preâmbulo* como norma constitucional, de eficácia jurídica plena e condicionante da interpretação e da aplicação das normas constitucionais e de todas as normas que integram o sistema jurídico brasileiro²⁹⁶.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes sustenta que estão consagrados no Preâmbulo da Constituição de 1988, diversos valores fundamentais ou superiores da Constituição, que não podem ser interpretados como palavras e expressões redundantes, ou vazias, ou mesmo como normas constitucionais programáticas que nunca se realizam, mas, ao revés, devem ser vistas como que de natureza jurídica e exigibilidade imediata, detentoras de força normativa²⁹⁷.

A posição adotada neste trabalho acompanha o entendimento daqueles que vêem no preâmbulo norma constitucional como outra qualquer, diferenciando apenas no que concerne à eficácia jurídica.

²⁹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Vol. 1, Arts. 1º a 43. São Paulo : Saraiva, 1990, p. 15

²⁹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Preâmbulos das Constituições do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol. 96, jan.dez., 2001, p. 242-69.

²⁹⁷ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo : RT, 2.000, p. 31-35

Mas, ainda, que assim não se entenda, vale a exposição dos demais cânones constitucionais que explicitamente consagram a bem-estar social.

No art. 23, parágrafo único, preconiza que lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

No art. 182, prevê que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

No art. 186, dispõe que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: (...)IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Estabelece, no art. 193, que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Prevê, no art. 219, que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

O art. 230 estabelece que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

A Constituição, ao dispor sobre o direito dos índios no art. 231, §1º, dispõe que são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Note-se que no tocante ao art. 230 da CF/88, o STF já denegou medida cautelar que visava a suspensão dos efeitos de lei estadual que obrigava as farmácias a conceder descontos, ou seja medida de intervenção na ordem econômica (mundo do ser), nos seguintes termos:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.542/01, do Estado do Rio de Janeiro, que obrigou farmácias e drogarias a conceder descontos a idosos na compra de medicamentos. Ausência do *periculum in mora*, tendo em vista que a irreparabilidade dos danos decorrentes da suspensão ou não dos efeitos da lei se dá, de forma irremediável, em prejuízo dos idosos, da sua saúde e da sua própria vida. *Periculum in mora* inverso. Relevância, ademais, do disposto no art. 230, *caput* da CF, que atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e **bem-estar** e garantindo-lhes o direito à vida." (ADI 2435-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 31/10/03)

Da mesma forma, assegurando os ditames constitucionais, o STF já fica a propriedade de imóvel rural condicionada ao favorecimento do bem-estar dos trabalhadores que lá trabalhem:

"O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto — enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade — reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o **bem-estar** dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade." (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/04/04)

Como nos recorda Eros Grau, a dignidade da pessoa humana é adotada pelo texto constitucional concomitantemente como fundamento da República Federativa do

Brasil e como fim da ordem econômica, uma vez que o art. 170 preconiza que deve ser assegurado a todas a existência digna²⁹⁸.

Note-se que o art. 3º, V, da Magna Carta estatui como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Resolução 41/128 da Assembléia Geral da ONU, realizada em dezembro de 1986 dispôs sobre o direito ao desenvolvimento:

como processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.

A Magna Carta define um modelo econômico de bem-estar, desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, combinado com o estatuído no seu art. 170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo já foi estudada anteriormente.

Por todo o exposto, se entende que a Constituição Federal adotou um modelo de estado de bem-estar social, sendo certo que aos cidadãos é conferido um direito subjetivo público subjetivo, ao qual corresponde o dever permanente do Estado de implementar políticas públicas tendentes à concretização da dignidade da pessoa humana.

2.3.3 Regime Jurídico-Constitucional do Desenvolvimento Econômico

A inclusão do desenvolvimento nacional como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil importa não só a precedência sobre os objetivos políticos, como também limita e vincula a liberdade conformadora do legislador, cuja desconsideração pode ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal²⁹⁹.

Destarte, caracteriza-se o desenvolvimento econômico como direito fundamental, que encerra preceitos fundamentais que vinculam o Estado.

²⁹⁸ GRAU, Eros. Ob. Cit. p. 178

²⁹⁹ HECK, Luiz Afonso. Prefácio. In ROCHA SCOTT, Paulo Henrique. Direito Constitucional Econômico. Estado e Normatização da Economia. Porto Alegre: Safe, 2000.

É importante diferenciar o mero crescimento econômico do desenvolvimento econômico. Nesta tarefa vale o pensamento Amartya Sen:

Os fins e os meios do desenvolvimento requerem análise e exame minuciosos para uma compreensão mais plena do processo de desenvolvimento; é sem dúvida inadequado adotar o nosso objetivo básico apenas na maximização da renda e da riqueza, que é, como observou Aristóteles “meramente útil e em proveito de alguma outra coisa.”. Pela mesma razão, o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo³⁰⁰.

Dito de outra forma, o direito ao desenvolvimento importa não apenas na eliminação dos obstáculos ao progresso econômico do país, mas também em ações concretas de promoção, pelos Estados, do desenvolvimento econômico, social e cultural do seu povo, através da mobilização e utilização cabal de seus recursos, de sorte a se efetuarem reformas econômicas e sociais progressivas, assegurando a plena participação social no progresso e benefícios dele decorrentes.

O que se compatibiliza com a concepção de ordenamento jurídico como um todo orgânico, que não contém expressões puramente ornamentais. Abandonou-se, como visto, a visão que limitava a exigibilidade do direito ao desenvolvimento a uma série de deveres negativos correlatos, para aceitarmos, bem assim, a existência de deveres positivos a ele correlatos.

Neste sentido, o direito ao desenvolvimento se impõe como norma jurídica constitucional, de caráter fundamental, provida de eficácia imediata e impositiva sobre todos os poderes públicos, que não podem se furtar a agirem, dentro de suas respectivas esferas de competência, na direção da implementação de ações e medidas, de ordem política ou jurídica, para a consecução daquele objetivo fundamental³⁰¹.

³⁰⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia de Letras, 2001, p.

29

³⁰¹ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004, p

66

Canotilho esclarece acerca da exigibilidade de implantação de políticas públicas por parte dos poderes constituídos impostas por direitos fundamentais:

A força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos). A polemização dos fundamentos do Estado é também patente: os direitos a prestações suscitam a discussão do tipo de Estado (capitalista, socialista) que melhor os pode assegurar; pressupõem uma tarefa de conformação social activa por parte dos poderes públicos, sobretudo do legislador; reclamam nova distribuição de bens e rendimentos, e, até, uma transformação social de estruturas económicas. Conjugando este último aspecto – legitimação do Estado – com o primeiro – força determinante dos direitos a prestações – logo se descortina o *punctum saliens* da questão: a insuficiência da estrutura política, constitucional e jurídica do estado liberal (e daí também a insuficiência, já referida, de um argumentar estritamente jurídico – estadual) e os subseqüentes problemas que a substituição ou complementação da arquitectória do estado liberal coloca quando se deseja efectivamente transitar para um Estado Democrático – Constitucional. No campo dos direitos a prestações se evidencia, igualmente, a aaporia da constituição dirigente: a um máximo de deseabilidade constitucional de direitos económicos, sociais e culturais, corresponde, em geral, uma relativização dos mesmos direitos, derivada, da *interpositio* necessária do legislador e da subordinação da efetividade constitucional à proclamada reserva do possível (em termos económicos, sociais e, naturalmente, também políticos)³⁰²

Sobre o processo de positivação dos direitos humanos, ressalte-se que a nova tendência é a denominada especificação, entendida como a passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos³⁰³.

Deste modo, depreende-se que a Constituição Federal faz do desenvolvimento nacional um objetivo fundamental do estado e, portanto, direito da nação e de cada indivíduo, passando este a ser integralizador da esfera individual de cada ser humano, apesar de apresentar-se como um direito de natureza pública subjetiva e indivisível.

³⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina 2001, p. 365

³⁰³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 62

2.4 FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

Analisar-se-á, neste tópico, as principais classificações que têm tentado sistematizar as técnicas utilizadas pelo Estado para intervir na ordem econômica (mundo do ser), sob o enfoque jurídico.

Eros Grau adota a distinção da atividade interventiva do Estado em três modalidades³⁰⁴:

a) intervenção no domínio econômico

I) por absorção ou participação;

b) intervenção sobre o domínio econômico

II) por direção;

III) por indução

No primeiro caso o Estado intervém no domínio econômico, desenvolvendo ação como agente econômico, quer quando assume integralmente o controle dos meios de produção ou troca em determinado setor da atividade econômica, atuando em regime de monopólio, caso em que se dará intervenção por absorção; quer assuma o Estado apenas controle de parcela dos meios de produção ou de troca de determinado setor econômico, atuando em regime de competição, hipótese na qual se verifica a intervenção por participação.

No segundo e terceiro casos, o Estado não mais atuará diretamente no domínio econômico, mas assumirá o papel de agente regulador das condutas dos agentes econômicos.

Na intervenção por direção, o Estado estabelece mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica; na modalidade por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em conformidade das leis que regem o funcionamento do mercado, isto é sem estatuir

³⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. p. 132-134

comportamentos obrigatórios, exemplo clássico dessa modalidade são as sanções premiais.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta discriminou essa intervenção do Estado em duas formas, a saber, direta e indireta³⁰⁵. Pela primeira, o Estado intervém *no* domínio econômico, como verdadeiro agente, assumindo integralmente (por absorção) ou parcialmente (por participação) o controle dos meios de produção e/ou troca de determinado setor da atividade econômica em sentido estrito. Ou seja, o Estado, através de um ente com personalidade jurídica própria (empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária), atua no domínio econômico, seja sob o regime de monopólio, seja em concorrência com os demais agentes econômicos da iniciativa privada. Pela segunda, ao intervir de forma indireta, o Estado se limita a condicionar, a partir de fora, a atividade econômica privada, exercendo sua função normativa e regulatória. Tal postura pode se dar por meio de duas modalidades (ou técnicas).

Por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os agentes particulares, de caráter eminentemente cogente, inclusive para as empresas estatais que desempenhem atividade econômica em sentido estrito.

Já na modalidade de intervenção por indução, a atuação estatal se concretiza mediante a adoção de técnicas regulatórias de estímulo e desestímulo de determinadas condutas, em consonância com as leis do mercado.

Edvaldo Brito traz classificação das intervenções estatais na ordem econômica dividida da seguinte forma³⁰⁶:

I atividade de coação;

II atividade de estímulo ou persuasão;

III atividade de prestação.

³⁰⁵ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Contribuições de intervenção no domínio econômico.** Dialética. São Paulo, 2002, p. 38-40

³⁰⁶ BRITO, Edvaldo. Ob. Cit. pp. 25/26

O que convém notar nas classificações retro-expostas é o fato de que todas dividam a atuação do estado no domínio econômico (“stricto sensu”), através de sua participação como agente de relações de econômicas, e sua atuação através da regulação, seja de ordem coativa, seja de natureza persuasiva.

2.5 PRESSUPOSTOS DA INTERVENÇÃO

Dúvidas não pairam sobre a aplicação do princípio da legalidade à intervenção do Estado na ordem econômica, haja vista que tanto o art. 173 quanto o 174 da Carta Suprema mencionam a necessidade de lei para que a mesma seja empreendida.

Entretanto, se impõe definir se a intervenção pode dar-se apenas com base na lei, hipótese na qual se exigirá a produção de lei genérica, cabendo à autoridade administrativa executá-la na prática, ou se demanda ser implementada através de lei específica para cada situação³⁰⁷.

Da leitura da própria Constituição Federal, percebe-se que, em se tratando da intervenção direta, há necessidade de lei específica para a criação das empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e autarquias, a teor do art. 37, XIX e XX.

Saliente-se que, no tocante à intervenção indireta, o texto constitucional na trouxe disposição acerca da imprescindibilidade de lei específica para sua realização. Todavia, tal constatação não conduz, de pronto, à conclusão de que bastaria a edição de lei genérica para que a administração pública a implementasse por ato infra-legal.

Isto porque a intervenção se consubstancia numa exceção a princípio da livre iniciativa, não podendo ser submetida à discricionariedade administrativa, sob pena de tomá-lo como adíforo, mas, ao contrário, requer edição de lei que traga em seu bojo todos os aspectos da medida, tais como o setor atingido, a competência do interventor, as condições da intervenção, etc³⁰⁸.

³⁰⁷ PIMENTA. Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit. p. 42

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 43

Dessa forma, quer na atuação direta ou indireta do Estado na ordem econômica, inobrigável se revela a prescindibilidade de lei específica para a sua efetivação.

Cristaliza-se, ainda, que se trata de lei ordinária, pois o Constituinte apenas exigiu lei complementar para definir as áreas de atuação da fundação pública, nos termos do art. 37, XIX, não sendo lícito ao intérprete estatuir reserva legal diferenciada, aonde aquele não o fez.

Torna-se oportuno examinar os pressupostos, propriamente ditos, do ato interventivo.

Paulo Pimenta classifica os mencionados pressupostos em dois grupos: a) de existência; e b) de validade³⁰⁹.

Seriam dois os pressupostos de existência:

I – em respeito ao objeto: a intervenção deve atingir a atividade econômica, entendida tanto no sentido amplo como no estrito, pois, se assim não se verificar, poderia haver intromissão em qualquer área social, menos da que se trata neste trabalho.

II – em relação à função pública: o ato de ingerência do Estado somente se realiza com a edição de normas jurídicas gerais ou individuais, as quais são produzidas no cumprimento das funções públicas, entendidas como um tipo de situação subjetiva em que alguém fica investido de um conjunto de poderes para perseguir um interesse alheio.

Quanto aos pressupostos de validade, são divisados em cinco:

I – Subjetivo: De acordo com a Constituição Federal, a intervenção é ato dos entes federados, cuja competência legislativa é concorrente (art. 24, I), competindo à União estabelecer normas gerais (art. 24, §1º), sendo que às demais pessoas políticas impõe-se a observância das normas federais. Note-se que a única exceção a esta regra é caracterizada pela intervenção monopolista, cuja competência é exclusiva da União (art. 177 da CF/88)

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 43

II – Objetivo: o motivo legal do ato deve coadunar-se com a situação prevista, expressa ou implicitamente, pela Constituição Econômica. Quadra indagar que na intervenção direta o art. 173 da Magna Carta expressamente dispõe que o motivo deve estar ligado aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse público, se omitindo em relação à ingerência na modalidade indireta. Entretanto, um estudo sistemático nos leva a concluir que o motivo somente pode ser qualquer situação fática comprometa o cumprimento pelo Estado das finalidades da ordem econômica ou ponha em risco seus fundamentos. Entendimento esse acolhido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 319, quando o Ministro Celso de Mello sustentou que o controle de preços deve ser justificado por motivos que conduzam o Estado a preservar os fundamentos e os princípios do art. 170 da CF³¹⁰.

III – Finalístico: o ato interventivo deve objetivar as finalidades previstas na ordem econômica constitucional.

IV – Formal: significa que a intervenção deve dar-se através de lei específica, como já visto.

V – Adequação: deve se verificar a adequação entre os fins e os meios utilizados pelo legislador, que se extrai do art. 170.

Este último pressuposto será de sensível importância para a presente monografia, consoante depreender-se-á do capítulo sobre a proporcionalidade.

3. CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

3.1 GÊNERO: CONTRIBUIÇÕES

Todas as contribuições têm fundamento constitucional no art. 149, salvo a Contribuição de Iluminação Pública, que é prevista no art. 149-A.

Vale a transcrição:

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,

³¹⁰ STF, ADIn nº 319, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 149/667

III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

§ 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;

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços;

III - poderão ter alíquotas:

a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei.

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez.

Da simples leitura do dispositivo, podemos aferir que o Constituinte lança mão do termo contribuições para delimitar um gênero, do qual são espécies: a) contribuições sociais; b) contribuições corporativas; e c) contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE)³¹¹.

A partir desse momento, quando se utilizar os termo contribuições ou contribuição sem qualquer qualificação, estar-se-á fazendo referência à espécie parafiscal, advertência que se faz necessária a fim de evitar confusão com a contribuição de melhoria.

Frise-se que todas as indigitadas contribuições possuem as seguintes características comuns:

I - a competência é exclusiva da União, salvo as contribuições previdenciárias exigidas pelos estados, DF e municípios, que possuam regimes próprios de previdência social para seus servidores.

II - podem ser instituídas por lei ordinária. A única exceção é a criação de contribuição de seguridade social engendrada pela competência residual da União, para cuja disciplina se exige lei complementar (art. 195, §4º).

³¹¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. Contribuições Sociais, **Caderno de Pesquisas Tributárias**, v. 17, Co-edição Resenha Tributária e Centro de Extensão Universitária, 1992, p. 118-119

III – o STF entende que as contribuições podem ter fatos geradores e base de cálculo próprios dos impostos, pois não se confundem com essas espécies tributárias. Dessa forma, o único fator de diferenciação do tributo instituído seria a vinculação da receita³¹².

IV - São tributos e se submetem a todos os princípios tributários. Com relação à anterioridade e à noventena (art. 150, III, “c”, da CF), cabem os seguintes comentários. Via de regra, todas as contribuições estão sujeitas aos citados princípios. As únicas exceções são: a) contribuições de seguridade social, que se sujeitam apenas à anterioridade mitigada prevista no art. 195, §6º, CF; b) CIDE-combustíveis, no caso específico do restabelecimento de alíquotas, que não se sujeita à anterioridade do exercício financeiro. Note-se que a exceção é específica e não abrange nem a noventena nem qualquer outro aumento ou criação de novas hipóteses de incidência.

V - as contribuições estão sujeitas à lei complementar de normas gerais em matéria tributária, papel desempenhado, atualmente, pelo CTN.

3.2 NATUREZA JURÍDICA

Como visto, as contribuições se submetem ao regime jurídico tributário, entendido como o conjunto de regras e princípios que regem certa categoria do direito positivo, mas isso não é suficiente para determinar a sua natureza jurídica³¹³.

Esta última tem haver com a ontologia do instituto, logo, com a delimitação de seu conteúdo semântico. No Brasil, a natureza jurídica se caracteriza pela adequação da prestação ao conceito trazido pelo Código Tributário Nacional:

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

De início, diga-se que prestação é o objeto de uma obrigação, sendo que, para que se configure como tributo, deve possuir, concomitantemente, os seis requisitos

³¹² A esse respeito ver RE Nº 242.615, Rel Min. Marco Aurélio, 17.08.1999; RREE 231.096; 258.774; 252.242, Rel. Min. Moreira Alves.

³¹³ PIMENTA. Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit. p. 12-13

mencionados. Assim, o conceito legal de tributo é formado pelos seguintes elementos³¹⁴:

a) prestação pecuniária, caracterizada como a prestação devida em dinheiro pelo contribuinte ao Estado, a fim de assegurar a consecução dos objetivos estatais previstos na Magna Carta;

b) compulsoriedade, como sendo a ausência do elemento volitivo na hipótese de incidência tributária, ou seja, é não contratual, não voluntária e não facultativa, nasce o dever de pagar tributo independentemente da vontade;

c) em moeda ou em cujo valor nela possa se exprimir, significando que a prestação tributária se expressa tão-somente em moeda. Este item se mostra tautológico, pois já contido no primeiro requisito;

d) que não constitua sanção de ato ilícito, vedando-se ao legislador estabelecer uma situação ilícita como hipótese de incidência de tributo;

e) instituída em lei, ratificando a incidência do princípio da legalidade na criação de tributos e a necessidade da lei definir todos os elementos necessários ao conhecimento do valor a ser pago, da hipótese de incidência, do sujeito passivo da obrigação, da base de cálculo e alíquota (quando cabível). Saliente-se, neste ponto, que a Emenda constitucional n.º 32/2001 flexibilizou a referida exigência, uma vez que previu a possibilidade de instituição e majoração de imposto por meio de medida provisória, ressalvando, apenas, os tributos que devem ser veiculados por lei complementar;

f) cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, caracterizando a absoluta inexistência de discricionariedade no agir da autoridade tributária na cobrança de tributos.

Analisar-se-á, agora, se as contribuições preenchem os requisitos indicados.

³¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 23.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63

Saliente-se o silêncio do Constituinte, que não menciona o tipo de comportamento em que as contribuições consistem, à exceção das destinadas ao custeio de sistemas de previdência e assistência social, previstas no §1º do art. 149.

Contudo, mesmo a despeito disso, é possível concluir pelo seu caráter pecuniário, empreendendo-se a uma interpretação a contrário. Isto porque, quando a Constituição, em seu art. 167, IV, proíbe a vinculação da receita decorrente da arrecadação de impostos à órgão ou fundos, implicitamente admite que tal fato se dê em relação às contribuições³¹⁵.

Reconhecida a existência de receita atinente às contribuições, inquestionável se evidencia o seu caráter pecuniário.

No tocante à compulsoriedade, a mesma deriva da competência outorgada pela Carta Suprema a determinado ente da federação para instituí-las, no plano abstrato, sem que seja relevante para a instauração do vínculo obrigacional a concorrência da vontade do sujeito passivo.

Insta asserir que, implicitamente, foi conferido também o poder de cobrar a correlata prestação, o que deve ser feito por meio do lançamento, uma vez que aplicáveis as normas gerais estatuídas pelo CTN. Dito isto, resta satisfeito, também, o requisito de cobrança mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

A obediência à fixação de ato lícito como hipótese de incidência normativa para instituição das contribuições se depreende das finalidades de sua criação, por vez que nenhuma delas se relaciona à coibição de ato ilícito.

Por derradeiro, o art. 149 da CF/88, de forma expressa, submete à instituição e majoração das contribuições à reserva legal estrita, nos termos do art. 150, I, pelo que a sua criação somente pode dar-se por lei.

Pelo exposto, as contribuições, além de se submeterem ao regime tributário, possuem natureza de tributo, coadunando-se perfeitamente com o conceito legal.

3.3 CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO E ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

³¹⁵ PIMENTA. Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit. p. 15

Muitos doutrinadores tentam divisar as espécies tributárias com base na denominada teoria dos tributos vinculados e não-vinculados, capitaneada por Geraldo Ataliba³¹⁶.

Em apertada síntese, pode-se dizer que este pensamento tem como ponto nodal o aspecto material da hipótese de incidência tributária, na seguinte forma: a) quando o aspecto material da hipótese de incidência é uma descrição de uma atuação do Estado (ou de uma consequência desta), mediata ou imediata, em relação ao sujeito passivo da obrigação tributária, diz-se que o tributo é vinculado, pelo que é governado pelo princípio da retributividade; b) não havendo a descrição desta atuação do Estado no aspecto material da hipótese de incidência, mas, sim, a de um fato qualquer que revele exteriorização da capacidade contributiva, o tributo é não-vinculado, regido, então, pelo princípio da capacidade contributiva.

Nesta esteira de raciocínio, ao se analisar as três espécies tributárias descritas no art. 145 da Magna Carta, sustenta-se que os impostos são tributos não-vinculados, enquanto as taxas e as contribuições de melhoria, tributos vinculados. Acrescente-se, ainda, que não haveriam outros tributos, pois se tivessem hipótese de incidência vinculada à atuação estatal seriam taxas ou contribuições de melhoria, a depender da atividade desempenhada, e, se não, seriam impostos³¹⁷.

Essa doutrina se baseava, claramente, nos ditames do Código tributário Nacional, em especial nos cânones abaixo:

Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

- I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;
- II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

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

Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988, as coisas mudaram de forma radical, notadamente com o especial tratamento conferido às contribuições. Pelo que se revela oportuna uma nova formulação de critérios classificatórios

³¹⁶ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 109-182

³¹⁷ *Ibidem*, p. 122

A título de prolegômenos, deve-se salientar que o estatuído no art. 4.º, II, e art. 5º do CTN não pode impor óbices à iniciativa proposta, pois são anteriores à atual Magna Carta e não foram recepcionados pela mesma.

Como adverte Paulo Pimenta, da comparação entre os arts. 145, II e III, 153, 155, 156 e 149, nota-se que a nossa Carta Política lançou mão de duas técnicas para a distribuição de competências tributárias, causal e finalística³¹⁸.

No tocante aos impostos, taxas e contribuições de melhoria, houve a indicação da materialidade possível da norma impositiva tributária, estabelecendo-se os meios e deixando em aberto os fins.

Em se tratando das contribuições, o critério material não foi mencionado, se limitando o Constituinte em delimitar a finalidade exação, cristalizando, desde logo, os fins e incumbindo o legislador de eleger os meios adequados à consecução daqueles.

Inferre-se, portanto, que um dos pontos que caracteriza as contribuições no hodierno ordenamento jurídico é a finalidade de sua criação, o que quer dizer que devem ser instrumentos de atuação nas áreas elencadas nos arts. 145 e 195 da CF/88.

Ademais, O Constituinte não apenas indicou a finalidade da contribuição, mas também delimitou os contornos das finalidades que podem justificar a sua criação, como, por exemplo, no caso das contribuições interventivas, em que se fixou as modalidades e os pressupostos da ingerência estatal, consoante disposto no art. 173 e 174.

Dito isto, destaca-se outro elemento característico das contribuições: a destinação necessária da arrecadação à finalidade para a qual a exação foi instituída.

Neste sentido, Luciano Amaro leciona:

Em verdade, se a destinação do tributo compõe a própria norma jurídica constitucional definidora de competência tributária, ela se torna um dado jurídico, que, por isso, tem relevância na definição do regime jurídico específico da exação, prestando-se, portanto, a distingui-la de outras.

³¹⁸ PIMENTA. Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit. p. 16-20

[...]

É circunstância de as contribuições terem destinação específica que as diferencia dos impostos, enquadrando-as, pois, como tributos afetados à execução de uma atividade estatal ou paraestatal específica[...]³¹⁹

No que é complementado pelo pensamento da Desembargadora Federal Diva Malerbi, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

[...] Nas contribuições sociais, ao contrário dos demais tributos, é relevante para caracterizar a exação não só a finalidade para a qual ela foi instituída, como também a afetação de sua receita ao custeio da atividade estatal que é pressuposto de sua criação³²⁰.

Neste ponto, quadra salientar que a CF/88 trouxe em seu bojo, ainda, a figura do empréstimo compulsório, que tem como característica exclusivamente sua a obrigatoriedade de restituição do produto arrecadado correlato a este instituto dentro de certo prazo.

De resto, com o advento da Emenda Constitucional nº 39/2002, veio à baila a CIP – Contribuição de Iluminação Pública, que se destina ao custeio do sistema correlato mantido pelo município

A competência tributária para a criação da CIP é exclusiva dos municípios e do Distrito Federal, consoante estatui o art. 149-A da Magna Carta.

A instituição é feita por lei ordinária, sem que exista lei complementar uniformizadora.

Embora a CF se refira, expressamente, à sujeição da CIP aos princípios da legalidade, irretroatividade, anterioridade e noventena, deve-se dizer que ela se submete a todos os demais, pois o Constituinte não elencou nenhuma exceção pertinente..

Ressalte-se que a CIP é um tributo vinculado a uma atuação estatal, consubstanciada na prestação do serviço de iluminação pública do município ou do Distrito Federal, e, aos mesmo tempo, de arrecadação vinculada, o que equivale

³¹⁹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 76 e 84

³²⁰ Voto-vista, Arg. Inconst. MAS nº 38.950-SP, Boletim AASP nº 1734

afirmar que o produto da sua arrecadação é vinculado ao custeio do referido serviço..

Do quanto cristalizado acima, fácil é apreender que, inexistindo serviço de iluminação pública, a Contribuição de Iluminação Pública não pode ser cobrada.

È lícito concluir, dessa forma, que, em face à nova ordem constitucional, devem ser levados em consideração, para se distinguir as espécies tributárias, os seguintes critérios: a) a vinculação a uma atividade estatal (art. 145, I, II, III); b) a finalidade que orienta a criação do tributo, justificando a sua existência; c) a destinação dessa receita (arts. 148, § único, 149, §1º, e 167, IV); d) a restituibilidade (art. 148).

Diante dos citados critérios vislumbram-se as seguintes espécies tributárias: I – impostos; II – taxas; III – contribuição de melhoria; IV – empréstimos compulsórios; V – contribuições parafiscais; e VI – Contribuição de Iluminação Pública.

3.4 NOTAS SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES EM ESPÉCIE

Neste tocante, será adotada a classificação das contribuições parafiscais acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, que as divide em: a) sociais, denominação que engloba as de seguridade social, outras de seguridade social, sociais gerais e do sistema “S”; b) especiais: das quais são subespécies as de intervenção no domínio econômico, e as profissionais ou corporativas³²¹.

A distinção é importante, pois, como se verá, há incidência de regimes jurídicos diversos.

Uma observação deve ser prontamente feita, as contribuições de intervenção no domínio econômico e as sociais não incidem sobre as receitas decorrentes de exportação, trata-se de imunidade prevista no §2º, I, do art. 149 da CF/88.

Contudo, as contribuições acima referidas incidirão sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços, a teor do art. 149, §2º, II, da CF/88.

³²¹ STF, RE 148.754-2, Rel Min. Carlos Velloso, DJ 28.08.1992

Feitas estas anotações, passaremos à análise do regramento específico de cada espécie.

3.4.1 Contribuições Sociais

3.4.1.1 Contribuições de seguridade social

Essa espécie é destinada à manutenção da seguridade social, o que engloba a atuação destinada à previdência, saúde e assistência social.

O art. 195 da CF/88 estatui o regime jurídico destas contribuições, por isso elas têm base constitucional dupla, e às vezes até tripla, como o PIS/PASEP, nos termos do art. 239, pois são previstas somente de forma geral no art. 149.

A CPMF (A contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira) possui tratamento diferenciado, pois a competência para a sua instituição se encontra, atualmente, no art. 90 do ADCT. Esta contribuição não está sujeita integralmente ao art. 195, mas deve respeito à anterioridade mitigada. Note-se que esta contribuição não se sujeita à imunidade do art. 153, §5º, da CF/88, podendo incidir sobre a movimentação financeira decorrente de operações com ouro, definido como ativo financeiro ou instrumento cambial sendo aplicáveis à ela todos os demais princípios tributários.

As bases de incidência previstas no art. 195 são as seguintes: I) contribuições do empregador, incidentes sobre: a) folha de salários e demais rendimentos do trabalho de pessoa física, com ou sem vínculo empregatício (RGPS); b) receita ou faturamento (COFINS e PIS/PASEP); c) o lucro (CSSL); II) contribuição previdenciária do trabalhador; III) contribuição sobre a receita de concursos de prognósticos; IV) do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a ele a lei equiparar.

Vale salientar que as contribuições de seguridade social não se sujeitam à anterioridade do exercício financeiro, prevista no art. 150, III, a, da CF, mas à denominada anterioridade mitigada, nos termos do art. 195, §6º, da Constituição.

As contribuições do empregador poderão ter alíquotas diferenciadas, em razão da atividade econômica, utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho (Art. 195, §9º, CF/88).

É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições de seguridade social destinadas exclusivamente ao Regime Geral da Previdência Social, nos termos do Art. 195, §11º, da Magna Carta.

A Emenda Constitucional n. 42/2003 estabeleceu a obrigatoriedade da lei prever a não cumulatividade das contribuições incidentes sobre a receita ou faturamento e das contribuições para o importador, o que já se encontra concretizado pelas leis 10.637/2002(PIS/PASEP); 10833/2003 (COFINS não cumulativa); e 10.865/2004 (PIS-PASEP importação e COFINS importação).

Já o art. 195, §13º, da Constituição determina que deverá ocorrer uma substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente sobre a folha de salários pela incidente sobre a receita ou faturamento, sendo que estas devem ser não cumulativas.

3.4.1.2 Outras de seguridade social

São as contribuições destinadas ao custeio do sistema de seguridade social, criadas com base na competência residual da União, com base no art. 195, §4º, da CF/88.

Vale a transcrição:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

Preconiza o art. 154, I, da CF:

Art. 154. A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

Logo, para ser criada uma nova contribuição previdenciária, deveria ser a mesma veiculada por lei complementar, ser não cumulativa e não ter fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Carta Política.

Todavia, o STF já firmou entendimento de que não se aplica às contribuições sociais novas a segunda parte do inciso I do art. 154, acima referido, ou seja, que elas não devam ter fato gerador ou base de cálculo próprios dos impostos discriminados na CF/88³²².

3.4.1.3 Outras contribuições sociais

Exemplos que encontramos dessa espécie são: a) contribuição do salário-educação (art. 212, §5º, CF); b) contribuições para os serviços sociais autônomos, denominado Sistema “S” (SESI, SESC, SENAC, etc) – que têm como sujeito ativo a União e são repassadas para entidades privadas.

O art. 240 da Magna Carta, expressamente, exclui essas contribuições do regime jurídico e da destinação estabelecidos no art. 195.

Importante consignar que o STF já decidiu que a contribuição para o SEBRAE – Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – não é uma contribuição social geral, mas de intervenção no domínio econômico, tendo como fundamento apenas o art. 149 da CF³²³.

Todas as contribuições sociais gerais estão sujeitas à anterioridade do exercício financeiro (art. 150, III, “b”) e à noventena (art. 150, III, “c”), bem como a todos os demais princípios tributários.

³²² STF, re 242.615, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.08.1999

³²³ STF, RE 396.266-3/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 07.05.2004

3.4.2 Contribuições Especiais

3.4.2.1 Contribuições de interesse de categorias profissionais e econômicas

Estão sujeitas a todos os princípios tributários, sem qualquer exceção, e são da competência exclusiva da União.

Os conceitos de categoria profissional e econômica pode ser extraídos dos incisos II, III e IV do art. 8º da Carta Suprema.

De resto, quadra salientar que a denominada contribuição sindical, que é tributo e decorre do art. 149 da CF, sendo compulsória a filiados ou não à organização sindical, não se confunde com a chamada contribuição confederativa, que não é tributo, sendo fixada em assembléia e não por lei, e somente é devida pelos filiados à organização sindical.

3.4.2.2 Contribuições de intervenção no domínio econômico - CIDE

Pode-se definir a contribuição de intervenção no domínio econômico como uma espécie das contribuições parafiscais que se caracteriza por ser instrumento de ingerência estatal em área inicialmente reservada à iniciativa privada.

A CF, em seu art. 149, nada esclarece sobre as suas possíveis hipóteses de incidência, salvo no caso da CIDE-combustíveis, cuja materialidade encontra-se estatuída no art. 177.

Regras gerais: a) são de competência exclusiva da União; b) estão sujeitas a todos os princípios tributários, com ressalva da CIDE-combustíveis, que tem exceção específica ao princípio da legalidade e da anterioridade, exclusivamente no caso de “restabelecimento” das alíquotas; c) existe imunidade das CIDE sobre receitas decorrentes da exportação (art. 149, §2º, I, CF/88); d) incidem sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços (art. 149, §2º, II, CF/88); e) podem ter alíquotas específicas ou “ad valorem” (art. 149, §2º, III, CF/88); f) a lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez (art. 149, §4º, CF/88); g) devem observar os princípios do art. 170 da CF/88.

Regras específicas da CIDE-combustíveis: a) acerca da base econômica, incidirá sobre as atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível (art. 177, §4º, CF/88); b) sua alíquota pode ser diferenciada por produto (art. 177, §4º, I, CF/88); c) é exceção parcial ao princípio da legalidade e da anterioridade do exercício financeiro (art. 177, §4º, CF/88).

Ainda em relação à CIDE-combustíveis, note-se que os recursos arrecadados serão destinados: I) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; II) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; III) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

Feita essa breve exposição, adentraremos no estudo específico do regime constitucional das Contribuições de intervenção no domínio econômico, procurando aplicar as conclusões anteriormente esposadas.

3.5 PERFIL CONSTITUCIONAL DAS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Com lastro nos estudos adredemente levados a feito, se verificou que as contribuições de intervenção no domínio econômico não somente se submetem ao regime tributário, por força do disposto no art. 149 da Magna Carta, como também possuem natureza de tributo, coadunando-se com o conceito trazido pelo art. 3º do CTN.

Por conseguinte, as normas impositivas dessa exação devem observar às previsões determinadas pelas normas gerais em matéria tributária, bem assim se submetem, via de regra, à legalidade estrita, à irretroatividade e à anterioridade³²⁴.

Ademais, sendo espécie do gênero contribuições, possuem como elementos essenciais não só a finalidade para a qual ela foi instituída, como também a afetação de sua receita ao custeio da atividade estatal que é pressuposto de sua criação.

³²⁴ GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições “uma figura *sui generis*”**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 182 e seguintes

A esses elementos se acresce o da referibilidade, consoante passar-se-á a expor.

Diversamente do que ocorre nos tributos cuja validação constitucional se verifica pela técnica causal, nos quais o sujeito passivo é, de pronto, aferível pela simples análise da materialidade constante da norma de competência; nos tributos validados finalisticamente, essa determinação apenas pode decorrer do exame da finalidade da imposição tributária.

Ressalte-se que as contribuições de intervenção no domínio econômico são validadas por essa última técnica, sendo que a validade somente se aperfeiçoa se a finalidade referida estiver relacionada a um determinado e específico grupo, sendo que os contribuintes devem compor o setor eleito para sofrer a ingerência estatal³²⁵.

Neste sentido é o magistério de Marco Aurélio Greco, que soma às considerações tecidas que a participação no grupo tem que ser efetiva, não podendo a lei instituidora da CIDE eleger como sujeito passivo pessoa desvinculada do setor no qual se dê a intervenção, ainda que o faça sob o manto da ficção jurídica, sob pena de inconstitucionalidade insanável³²⁶.

Consignados os elementos essenciais à caracterização da contribuição de que se trata, ressalte-se que, embora não tenha a Carta Política explicitado a materialidade das hipóteses de incidência da CIDE, à exceção da CIDE-combustíveis, que encontra previsão específica no art. 177; as mesmas não podem ser instituídas indiscriminadamente, competindo ao jurista buscar os limites postos naquele diploma legal.

Na seara tributária, a Constituição Federal constitui um sistema de limites ao poder tributário, através de um sistema de princípios e regras de competência, cujo escopo precípuo é delimitar o mais objetivamente possível a atividade estatal impositiva³²⁷.

³²⁵ ENDRES, Silvana Bussab. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. *In* GRECO, Marco Aurélio (Coordenador). **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figurar Afins**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 243

³²⁶ GRECO, Marco Aurélio. Ob. Cit, p. 242

³²⁷ PONTES, Helenilson Cunha. Notas sobre o Regime Jurídico-constitucional das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. *In* **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 118

Como corolário lógico, a interpretação do Sistema Tributário Nacional deve, obrigatoriamente, partir do fato de que os princípios e regras mencionados representam limitações objetivas ao exercício do poder impositivo estatal.

Destarte, inexistem, neste contexto, competências tributárias sem balizas passíveis de serem objetivamente aferidas pelo intérprete, ou seja, uma área onde o Poder Público fosse absoluto para decidir a forma, o modo e a intensidade da norma instituidora do tributo.

Pode-se extrair, da concepção da Magna Carta como um sistema de limites, que o sujeito passivo deve ser tomado como ponto central da interpretação das normas constitucionais, pois a razão última destas seria a proteção do interesse individual perante o interesse estatal.

Além das normas limitadoras da atividade tributária em geral, às quais a CIDE se submete, insta traçar-se um estudo sobre as fronteiras importadas diretamente à instituição da espécie de contribuições de que se trata.

Com o intuito meramente pedagógico, se adotará uma classificação bipartida das limitações constitucionais pertinentes às contribuições de intervenção no domínio econômico, em: a) limitações formais; b) limitações materiais.

As primeiras diriam respeito à necessidade de observância de lei complementar que estabeleça normas gerais em matéria tributária (art. 146, III, da CF); e aos princípios da legalidade tributária (art. 150, I, da CF), irretroatividade (art. 150, I, da CF) e anterioridade (art. 150, III, da CF).

Já como espécie dos segundos limites, ter-se-ia a necessidade de intervenção federal sobre o domínio econômico custeada por meio da indicada contribuição, respeitados os princípios e fins acolhidos pela ordem econômica constitucional.

3.5.1 Limitações Formais

3.5.1.1 Lei Complementar

O art. 149 da Magna Carta preconiza, expressamente, que a CIDE deverá se submeter ao disposto no art. 146, III. Quadra a transcrição:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

[...]

Grande parte da doutrina, com base neste dispositivo, sustenta a necessidade de que seja editada lei complementar para que se pudesse instituir a contribuição de intervenção no domínio econômico.

Neste sentido, se filiam à teoria tricotômica, cujas bases foram estabelecidas por Rubens Gomes de Sousa³²⁸, firmando entendimento de que à União, mediante lei complementar, competiria três funções: a) estabelecer normas gerais de direito tributário; b) dispor sobre conflitos de competência entre as entidades federadas; e, c) regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

A expressão “normas gerais”, para a concepção anotada, teria como sentido correto aquele que permitisse atingir plenamente a finalidade pretendida com sua inclusão no texto constitucional, ou seja, assegurar a atuação efetiva e uniforme dos preceitos da constituição em matéria tributária e estabelecer o conteúdo das leis tributárias a serem editadas por cada uma das entidades integrantes da federação.

Esta posição, aplicada ao dispositivo em comento, conduz à conclusão de que competiria ao legislador complementar, em qualquer caso, definir os tributos e suas

³²⁸ Souza, Rubens Gomes de, em Comentários ao Código Tributário Nacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.

espécies, bem assim suas respectivas materialidades, base de cálculo e os contribuintes.

Entretanto, duas noções devem ser consideradas em qualquer processo interpretativo para a efetividade do ordenamento jurídico: a) a de direito enquanto sistema; e b) de supremacia constitucional; estatuto onde encontram-se inseridos os princípios norteadores do ordenamento.

A idéia de sistema é indissociável da de conjunto composto por elementos, organizados sob a égide de princípios unificadores.

Considerando a ordem jurídica inaugurada pela Carta Política de 1988 neste viés, inobrigável se revela a adoção da competência da União para editar normas gerais em matéria tributária com base na teoria tricotômica, isto pelos argumentos abaixo aduzidos.

Outra corrente de pensamento defendida, principalmente, por Geraldo Ataliba, conhecida como dicotômica, afirmava que o entendimento acolhido pela teoria tricotômica acarretaria inobservância ao princípio federativo³²⁹.

Aplicando ao tema interpretação sistemática, sustentava que a União, mediante lei complementar, apenas poderia editar normas gerais em matéria tributária para dispor sobre conflitos de competência entre as entidades federadas e, regular as limitações constitucionais do poder de tributar, pois, ao revés, estar-se-ia permitindo a invasão da esfera de competência exclusiva pertencente a cada uma das entidades políticas, com a conseqüente quebra das autonomias estadual e municipal.

Desta feita, os temas referentes à relação jurídica tributária, sujeito ativo e passivo, dentre outros arrolados, configurariam matéria reservada à lei ordinária.

Ataliba consignou que o princípio federativo reconhece a existência de interesses gerais e regionais distintos, separados pelo sistema constitucional, pelo que se estatuiu esferas de competência discriminadas, de âmbito global ou regional,

³²⁹ ATALIBA, Geraldo, Normas gerais de direito financeiro e tributário e autonomia dos estados e municípios, **RDP** 10, p. 64.

tomando as pessoas políticas como titulares de direitos e obrigações diversos e exclusivos.

Em assim sendo, a Magna Carta caracterizar-se-ia como instrumento jurídico que consagra esses direitos e deveres recíprocos, bem como regula e dita as regras de convivência entre as pessoas federadas e a entidade central³³⁰.

Em lição uníssona, Souto Maior Borges sustenta que as normas gerais de direito tributário não podem ser concebidas como instrumento de normatização das atividades de uma entidade política por outra, haja vista que as matérias suscetíveis de regulação através de leis editadas pelas próprias entidades tributantes não poderiam ser disciplinadas através de normas gerais, sem que se verificasse atrito ou usurpação da competência tributária³³¹.

Souto Maior afirma que competiria a cada uma das entidades tributantes disciplinar suas atividades mediante lei complementar. Contudo, Geraldo Ataliba é claro ao afirmar ser a lei simplesmente federal (ordinária) o veículo adequado ao estabelecimento de normas gerais, pois encontra-se ela no mesmo plano das leis ordinárias estaduais e municipais.

Essa última interpretação do cânone em análise é a adotada por Paulo de Barros CARVALHO, revelando-se oportuna a transcrição:

Qual a compreensão que devemos ter do papel a ser cumprido pelas normas gerais de direito tributário, no novo sistema?
O primeiro passo é saber que são as tão faladas normas gerais de direito tributário. E a resposta vem depressa; são aquelas que dispõem sobre conflitos de competência entre as entidades tributantes e também as que regulam as limitações constitucionais ao poder de tributar. Pronto: o conteúdo está firmado. Quanto mais não seja, indica, denotativamente, campo material, fixando-lhe limites. E como fica a dicção constitucional, que despendeu tanto verbo para dizer algo bem mais amplo? Perde-se no âmago de rotunda formulação pleonástica, que nada acrescenta. Vejamos. Pode o legislador complementar, invocando a disposição do art. 146, III, a, definir um tributo e suas espécies? Sim, desde que seja para dispor sobre conflitos de competência. Ser-lhe-á possível mexer no fator gerador, na base de cálculo e nos contribuintes de determinado imposto? Novamente sim, no pressuposto de que o faça para dispor sobre conflitos. E quanto à obrigação, lançamento,

³³⁰ *Ibidem*, p. 60

³³¹ Borges, Souto Maior, Normas gerais de direito tributário, RDP 31, p. 259.

crédito, prescrição e decadência tributários? Igualmente, na condição de satisfazer àquela finalidade primordial.

Com tal interpretação, daremos sentido à expressão normas gerais de direito tributário, prestigiando a Federação, a autonomia dos Municípios e o princípio da isonomia das pessoas políticas de direito constitucional interno, além de não desprezar, pela coima de contraditórios, as palavras extravagantes do citado art. 146, III, a e b, que passam a engrossar o contingente das redundâncias tão comuns no desempenho da atividade legislativa³³²

Pelo esposado até o momento, fixe-se, de logo, que a posição adotada neste trabalho é a da doutrina dicotômica, que privilegia a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, e reconhece a sua supremacia constitucional, com o que se coaduna com nossas premissas anteriormente mencionadas.

Contudo, ainda que este não seja o pensamento acolhido pelo leitor, que talvez prefira se ater ao método interpretativo literal, não se pode vislumbrar procedência à tese de que a instituição das contribuições de intervenção no domínio econômico demande a veiculação de lei complementar.

Isto porque O art. 146, III, a, da CF, expressamente, outorga competência ao legislador complementar para determinar os fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, relativos aos impostos nela discriminados.

Daí que, utilizando-se do argumento a contrário, chega-se à conclusão de que todas as demais espécies tributárias não estariam submetidas ao dispositivo, inclusive a CIDE.

Instado a se manifestar sobre o tema, o Ministro Moreira Alves:

Note-se, ademais, que, com relação aos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes, o próprio artigo 146, III, só exige estejam previstos na lei complementar de normas gerais quando relativos aos impostos destinados na Constituição, o que não abrange as contribuições sociais, inclusive as destinadas ao financiamento da seguridade social, por não configurarem impostos³³³.

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Velloso no:

³³² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.

A norma matriz das contribuições sociais, bem assim das contribuições de intervenção e das contribuições corporativas, é o art. 149 da Constituição Federal. O art. 149 sujeita tais contribuições, todas elas, à lei complementar de normas gerais (art. 146, III). Isto, entretanto, não quer dizer, (...) que somente a lei complementar pode instituir tais contribuições. Elas se sujeitam, é certo, à lei complementar de normas gerais (art. 146, III).
Todavia, porque não são impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina os seus fatos geradores, base de cálculo e contribuintes (art. 146, III, a).

De qualquer forma, ratifica-se a linha interpretativa adotada nesta monografia, pela qual a CIDE pode ser criada por lei ordinária, pois somente pode ser condicionada a competência tributária à lei complementar prevista no art. 146, III, da CF, em três hipóteses: a) previsão expressa do texto constitucional neste sentido; b) possibilidade de verificação de conflito de competência; e c) regular as limitações constitucionais do poder de tributar.

3.5.1.2 Princípio da estrita reserva legal tributária.

A tributação é uma forma de apropriação da propriedade do contribuinte, motivo pelo qual, em um Estado de Direito, depende ela do consentimento dos cidadãos, para que possa existir legitimamente.

Neste “consentimento” ou “autorização” para tributar repousa o princípio da legalidade, mas ressalte-se que não basta apenas que um determinado tributo aprovado pelo Legislativo, sendo imprescindível que seja observado o poder de representação outorgado pelo povo ao legislador consignado na Magna Carta.

A regra geral do Princípio da Legalidade se localiza no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Pode-se definir lei como o comando geral e abstrato, respectivamente, porque os sujeitos da relação jurídica não se encontram individualizados e a hipótese de sua incidência se refere a um conceito de um fato não concreto, que, aprovado pelo Poder Legislativo, inova o ordenamento jurídico, disciplinando, em nível imediatamente infraconstitucional, relações entre particulares e entre estes e os entes públicos³³⁴.

Entretanto, a despeito de ser a lei um ato normativo, a Carta Suprema, em seu art. 59, ao tratar do processo legislativo, enumerou diversos atos normativos, sendo certo que a lei não é o único ato normativo primário, sendo que a expressão “lei” utilizada no seu art. 5º tem o sentido de gênero que abrange todos os atos normativos primários³³⁵.

José Afonso da Silva lembra que não se deve confundir o Princípio da Legalidade com o da Reserva Legal, por vez que o primeiro diz respeito à submissão e a observância à lei, ou à atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador;

³³⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 100.

³³⁵ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. v. 1. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 579

enquanto que o outro consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei em sentido³³⁶.

Logo, o Princípio da Legalidade é muito mais genérico que o da Reserva Legal, em razão deste último somente incidir em determinados campos estabelecidos pela Constituição.

Da análise do texto constitucional, pode-se divisar duas espécies de reserva legal: a) absoluta, quando se faz necessária a edição de lei formal para a sua regulamentação, entendida como ato elaborado consoante as regras constitucionais de processo legislativo e emanado pelo Poder Legiferante; e b) relativa, hipótese na qual, em que pese se exigir edição de lei em sentido formal, à mesma cabe apenas estabelecer parâmetros de atuação do Poder Executivo, podendo este complementá-la por ato infralegal, que deverá estar adstrito ao preconizado na lei em sentido formal.

Saliente-se que, em um Estado Democrático de Direito, o Princípio da Legalidade deve sempre se fundar no Princípio da Legitimidade, isto é, não pode ser respeitada tão-somente a exigência de que a atuação estatal seja baseada na lei em sentido formal, pressuposto aí já que seja elaborada por legítimos representantes do povo, mas também que o conteúdo desta deve estar de acordo com os princípios e fundamentos da ordem constitucional.

Adentrando-se, especificamente, na seara tributária, diga-se que o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal prevê ser vedado aos entes políticos instituir ou majorar tributos senão por meio de lei.

Como se pode notar, em nosso ordenamento jurídico, há a estrita reserva legal tributária, sendo que esta não se identifica com a simples autorização do Legislativo para o Estado cobrar um tributo.

O princípio da reserva legal tributária deve ser concebido de forma a engendrar dois aspectos distintos: a) o formal, no sentido de que toda regra tributária precisa se inserir no ordenamento jurídico de acordo com as regras de processo legislativo,

³³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 425

bem como ser formulada por órgão legiferante; e b) o material, o que equivale consignar que devem ser estabelecidos, abstratamente, todos os aspectos relevantes para que, ocorrido o fato gerador, se possa determinar quem vai pagar, quanto se vai pagar, a quem se vai pagar e por qual razão se vai pagar³³⁷.

Essa reserva legal material também é denominada como tipicidade, sendo que, em face aos ditames constitucionais, não há que se reconhecer tributação válida que oblitere a estrita legalidade e a tipicidade fechada.

De modo que é inconstitucional o tributo que não seja criado por lei, bem assim quando esta, via de regra, não trazer em seu corpo todos os elementos essenciais à figura, incluída a medida e o alcance para que o ente tributante baseie a sua pretensão arrecadatória em concreto³³⁸.

Por esse motivo, o Código Tributário Nacional, regulando a referida limitação ao poder de tributar, preconiza:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

Nota-se que pretendeu o Constituinte, ao estatuir a tipicidade fechada em matéria de imposição tributária, excluir os elementos da obrigação pertinente da possibilidade

³³⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69

³³⁸ MALERBI, Diva. **Direitos Fundamentais do Contribuinte**. São Paulo: RT, 2000, p. 165

de conformação por atos normativos emanados da administração, no uso de seu poder discricionário, bem assim subtrair aos juízes qualquer papel ativo em relação aos critérios componentes do tributo.

Todavia, sem prejuízo do fixado acima, a própria Magna Carta erige algumas exceções à regra da reserva de lei absoluta.

Particularmente à contribuição de intervenção no domínio econômico, quando incidente sobre as atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível, é facultado ao Poder Executivo reduzir e restituir a alíquota até o percentual previsto na lei, por meio de decreto (art. 177, § 4º, I, “b”, CF).

A razão da flexibilidade indigitada reside no caráter extrafiscal do tributo, ou seja, sua função principal não é arrecadar fundos para o Estado, e sim estimular ou desestimular certos comportamentos, pelo que, em face à grande mobilidade social e econômica, se faz necessário possibilitar a agilidade de atuação do agente público, não sendo concebível que se tivesse que aguardar o processo legislativo, sob pena de frustrar-se a consecução do objetivo de sua instituição.

Por fim, no tocante à possibilidade de criação da CIDE por meio de medida provisória, o regramento dado pela Emenda Constitucional n. 33/2001, pôs fim à celeuma que até então tinha se instaurado na doutrina e jurisprudência.

Depreende-se, hialinamente, que não se incluiu o direito tributário entre as matérias vedadas à veiculação por medida provisória, elencadas no §1º do art. 62 da CF/88, pelo que se conclui pela possibilidade de fazê-lo.

Entretanto, saliente-se que há limites para a regulação da matéria pela indigitada via, notadamente, quando se exigir edição de lei complementar, a teor do art. 61, III, da CF/88, uma vez que a medida provisória tem força de lei ordinária.

Note-se, ainda, que o §2º do art. 62 da Constituição Federal estatui que:

Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só

produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

A questão agra é saber se o dispositivo se aplica à permissão para instituir ou majorar tributos em geral ou apenas impostos, em observância à literalidade do texto.

Já foi salientado que o ordenamento constitucional deve ser visto como um sistema normativo, sendo imperativa a aplicação, portanto, do método interpretativo correlato.

Com base no consignado, pode-se aferir que a segunda hipótese não leva em conta o fato de não ser vedada, no §1º do art. 62 da CF/88, a criação e a modificação da alíquota ou base de cálculo da generalidade dos tributos, pelo que deve ser, sumariamente, rechaçada.

Entende-se, nesta pesquisa, que o termo “impostos”, na análise do cânone em comento, deve ser tida como “tributos”, pelo que se evidencia que o Constituinte Derivado ratificou a posição do STF, admitindo a instituição e majoração de exações dessa natureza por meio de medida provisória, excluídas as que demandem lei complementar.

3.5.1.3 Princípio da anterioridade.

O princípio em comento é especificamente tributário, inexistindo em qualquer outro ramo do direito, já que se irradia tão só no campo da tributação das pessoas políticas.

Sua previsão se dá, expressamente, no art. 150, III, “b”, da Constituição Federal:

Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios...

III – cobrar tributos:

[...]

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Para uma correta compreensão do cânone transcrito, há que se salientar que exercício financeiro, no Brasil, se identifica com o ano civil, ou seja, começa no dia 1º de janeiro e se prolonga até o dia 31 de dezembro³³⁹.

Convém assinalar que o princípio da anterioridade não deve ser confundido com o princípio da anualidade, que representava, sob a égide da Constituição de 1946, vedação de que nenhum tributo podia ser cobrado, em cada exercício, sem prévia autorização orçamentária anual.

Diversamente, o princípio estudado exige apenas que não se exija tributo no mesmo ano da publicação lei que o haja veiculado.

O princípio da anterioridade no direito tributário, também conhecido como princípio da "não-surpresa tributária", homenageia a segurança jurídica, colimando evitar que os contribuintes sejam surpreendidos com novas cobranças, sem terem tido tempo para poderem programar-se, pois se assim não fosse estes encontrariam dificuldades para dar continuidade às suas atividades regulares³⁴⁰.

Dito de outra forma, o princípio em comento privilegia a previsibilidade do encargo tributário, dando-lhe lapso temporal necessário para que, realizando planejamento, promova a adequação de seu orçamento.

Entretanto, alguns tributos escapam à aplicação do princípio da anterioridade, são aqueles que, por atenderem a certos objetivos extrafiscais, como já salientado, necessitam de maior flexibilidade e demandam rápidas alterações.

Neste sentido, a Emenda Constitucional n. 33/2001 previu, de forma expressa, que a alíquota da contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível pode ser reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se sujeitando à anterioridade do exercício financeiro. Note-se que a

³³⁹ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 168

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 170

exceção é específica e não abrange a noventena (art. 150, III, c, da CF/88), nem qualquer outro aumento ou criação de novas hipóteses de incidência.

Neste ponto, vale o retorno ao estudo da Emenda Constitucional n. 32/2001, que trouxe à baila o §2º do art. 62, estatuinto que a medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, leia-se tributos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Evidencia-se que a citada disposição se refere à aplicação do princípio da anterioridade, no caso específico de instituição e majoração de tributos por meio de medida provisória, exigindo que haja conversão em lei antes do início do exercício financeiro em que ocorrerá a exigência tributária.

Desta feita, os tributos em geral, aí inseridas as contribuições de intervenção no domínio econômico, ressalvada a CIDE-combustíveis, que não se submete ao aventado princípio (art. 177, §4º, CF/88), não podem ser cobrados simplesmente com base na medida provisória, devendo-se haver conversão em lei no exercício anterior ao de sua exigência.

3.5.1.4 Princípio da irretroatividade.

Corolário lógico do princípio da segurança jurídica, entendida principalmente em sua faceta de previsibilidade do direito, é o princípio da irretroatividade, que impõe que o legislador edite normas que se voltem para o futuro.

Reconhecendo a importância do asserido, a Lei de Introdução ao Código Civil dispõe, em seu art. 6º, que a lei em vigor terá efeito imediato e geral.

A previsão constitucional genérica da anterioridade encontra-se no art. 5º, XXXVI:

A lei não prejudicará o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Especificamente nos domínios do direito tributário, a Magna Carta erigiu o princípio e comento de forma mais objetiva, vedando aos entes políticos a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, nos termos do art. 150, III, “a”.

Desta feita, dá-se a aplicação da lei já vigente no momento em que se verificar o fato gerados. Note-se que, neste caso, o que importa não é a mera publicação da lei, como ocorre com o princípio da anterioridade, mas que se verifique a sua vigência.

No mesmo sentido, o Código Tributário Nacional preconiza que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada, consoante o teor do art. 144.

Contudo, ressalte-se que o parágrafo primeiro do mencionado cânone prevê exceção à regra, dizendo que se aplica ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha: a) instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização; b) ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou c) outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

Note-se que deixamos de mencionar como norma exceptiva a constante do parágrafo segundo do multicitado artigo, sob o entendimento de que, nos tributos lançados por período certo de tempo, quando a lei fixa expressamente a data de ocorrência do fato gerador, ao considerar-se a lei vigente nesta época no lançamento, estar-se-á, em verdade, aplicando-se o previsto no “caput”.

Toma-se, por oportuno, indigitar que o CTN estatui as situações em que há exceções ao postulado da irretroatividade, aplicando-se a fato ou ato pretérito, conforme seu art. 106: a) quando a lei for expressamente interpretativa, excetuada a hipótese de aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; e b) no caso de lei mais benigna quanto a infrações, deixando de definir determinada conduta como infração, desde que não tenha sido fraudulenta e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo, ou cominando penalidade menos severa que a anteriormente prevista.

Tratando da possibilidade de retroação de lei interpretativa à luz do citado comando, o Supremo Tribunal Federal já fixou entendimento de que o princípio da irretroatividade somente condiciona a atividade jurídica do estado nas hipóteses expressamente previstas pela constituição, em ordem a inibir a ação do poder público eventualmente configuradora de restrição gravosa: “(a) ao “status libertatis” da pessoa (CF, art. 5. XL), (b) ao “status subjectionais” do contribuinte em matéria tributaria (CF, art. 150, III, “a”) e (c) a “segurança” jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5., XXXVI)”³⁴¹.

Em outras palavras, desde que a retroação normativa não gere os referidos efeitos, deve a mesma ser considerada lícita.

Por fim, consigne-se que não há no ordenamento brasileiro exceção ao princípio da irretroatividade na forma exposta nas linhas anteriores, sendo inteiramente aplicável às contribuições de intervenção no domínio econômico.

³⁴¹ ADIn 605-DF, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 145/463, DJ 05-03-1993

3.5.2 Limitações Materiais

Considerando-se, como asserido anteriormente, a constituição como sistema de limites, cumpre perquirirem-se os limites materiais ao reconhecimento da competência tributária para a instituição das contribuições de intervenção no domínio econômico.

Já foi consignado que a validação das mencionadas contribuições se dá pelo critério finalístico, já que a Carta Política não menciona, à exceção da CIDE-combustíveis, a materialidade possível de sua hipótese de incidência, apontando apenas os fins objetivados.

Todavia, levando-se a feito uma interpretação sistemática, podemos deduzir os indigitados critérios com base nas noções de finalidade e de causa (motivo)³⁴².

3.5.2.1 Finalidade

Ao tratarmos da intervenção estatal sobre o domínio econômico (indireta), já se fixou que a Magna Carta não limita o exercício desta função regulatória do Estado à adoção de medidas de caráter positivo, podendo fazê-la através de ação negativa, por indução, como por meio da imposição de um ônus tributário decorrente de uma CIDE.

A atuação do legislador infraconstitucional na escolha do mecanismo interventivo não foi limitada pelo Constituinte, pelo que permitiu-se, segundo o juízo de conveniência legislativa e a política econômica adotada pelo Estado, a eleição do meio mais eficaz para o alcance das finalidades que impulsionam a intervenção Estado.

Entretanto, qualquer que seja a medida adotada, pelo Estado, de políticas econômicas e medidas administrativas ou legislativas no âmbito econômico deverá, obrigatoriamente, levar em conta os fundamentos e os princípios norteadores da ordem econômica.

³⁴² PONTES, Helenilson Cunha. Ob. Cit. p. 134

Apesar de já se ter salientado em tópico específico, vale rememorar que, dentre os mais importantes postulados, podemos indicar: a) dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 170); b) valor social do trabalho humano (arts. 1º, IV, e 170); c) valor social da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, IV: livre concorrência)³⁴³; d) sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); e) desenvolvimento nacional (art. 3º, II); f) erradicação da pobreza e da marginalização e da redução de desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, IV, e 170); g) liberdade de associação profissional e sindical (art. 8º); h) garantia do direito de greve (art. 9º); i) justiça social (art. 1º, III, e art. 170); j) soberania econômica nacional (art. 170); l) propriedade privada (arts. 5º, XXII, e art. 170, II); m) função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e art. 170, III); n) defesa do consumidor (arts. 5º, XXXII, 24, VIII, 150, §5º, 175, II, 170, V, c/c art. 48 do ADCT); o) defesa do meio-ambiente (arts. 5º, LXXIII, 23, VI e VII, 24, VI e VIII, 129, III, 170, VI, 174, §30., 200, VIII, 216, V, e 225, §5º); p) busca do pleno emprego (art. 170, VIII); q) proteção a empresas de pequeno porte constituídas sob a lei brasileira, com sede e administração no país (art. 170, IX); r) integração do mercado interno ao patrimônio nacional (art. 219).

Colocando-se de outra forma, a União não é livre para selecionar qualquer objetivo justificador de sua atuação sobre o domínio econômico. Corolário lógico é que quando escolher como meio de ingerência nesta seara a instituição da contribuição em estudo, somente se verificará a validade do tributo quando a finalidade colimada coadunar-se com os referidos princípios norteadores da ordem econômica.

Saliente-se que, sempre que se invocam objetivos e finalidades, abre-se discussão que envolve avaliação de prioridades, valores socialmente aceitáveis, dentre outras perspectivas valorativas de natureza política, o que extrapola a análise puramente técnica da maior parte das discussões jurídicas.

Em face ao exposto, alguns juristas argüem que o exame da matéria, quanto aos elementos substanciais, não seria passível de exame pelo Poder Judiciário, que deveria se limitar, ao fazê-lo, em observar os aspectos formais da disciplina.

³⁴³ Este princípio pode ser subdividido em quatro outros: i) liberdade econômica e a iniciativa econômica (arts. 5º, II, IV, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XX, e 206, II); ii) iniciativa das cooperativas (art. 5º, XVIII, e 174, §§3º e 4º); iii) iniciativa autogestionária e pública (arts. 173, 177 e 192, II); livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, §4º).

Entretanto, a assertiva supra fulcra-se em ponto de partida equivocado, pois confunde duas situações diversas, conforma depreender-se-á do esboço abaixo³⁴⁴.

Existe uma realidade que diz respeito à escolha dos preceitos e comandos a serem seguidos, para que os objetivos sejam atingidos, o que envolve indubitável carga política, passando por considerações de conveniência e oportunidade, cabendo ao legislador escolher o meio em direção ao objetivo.

Porém, um outro plano é o da verificação de observância a uma determinação constitucional, que passa pela determinação da finalidade, e, desta forma, envolve um juízo próprio do Poder Judiciário.

A aferição dos requisitos de validade constitucional de determinado instituto jurídico, claramente, se situa dentro da competência do citado órgão, sendo que permanece com o legislativo a prerrogativa de deliberação quanto ao conteúdo e feitos parciais resultantes da norma editada.

Revelada a importância da adequação entre meio e fim, tendo-se em vista a validação finalística das contribuições de intervenção no domínio econômico, observar-se-á a importância do postulado da proporcionalidade, que será analisado no capítulo quinto, como instrumento para se verificar a sua compatibilidade com o fundamento constitucional no caso concreto.

3.5.2.2 Causa

Mas apenas a finalidade não serve ao propósito que se empreende neste trabalho, sendo necessário elencar ao seu lado, como requisito material de validade, a causa ou motivo da contribuição de intervenção no domínio econômico.

Na lição de Helenilson Cunha Pontes, a Carta Magna condicionou a criação da CIDE ao princípio da necessidade do mercado, no sentido de que deve ser criada para implementar e melhorar as condições de funcionamento deste, maximizando os

³⁴⁴ GRECO, Marco Aurélio. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins. In GRECO, Marco Aurélio (coordenador). **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 19

objetivos estatuidos no art. 170 da CF, por intermédio da atuação indireta e indutiva da União³⁴⁵.

Destarte, se revela imprescindível a verificação de um motivo, caracterizado por uma distorção existente na ordem econômica (mundo do ser), aferida com base nos parâmetros constitucionais referidos, e não segundo avaliação discricionária da administração, para que haja a legitimidade de ingerência estatal.

Note-se que a regra é a da livre iniciativa econômica privada, sendo que esta pode ser restringida, apenas, para a realização de outro princípio da ordem econômica que se encontra prejudicado na situação concreta, colocado em risco o bom funcionamento do mercado nacional, que é tido como integrante do patrimônio nacional (art. 219 da CF).

Se Junta ao princípio da necessidade do mercado, ainda, a imperatividade de e que a atuação interventiva do Estado se dê por meio de regulação onerosa através da contribuição em comento.

Quando a ingerência estatal na ordem econômica puder ser levada a feito com outra medida menos gravosa que a tributária, não haverá pretexto para a instituição da CIDE, pois em homenagem ao postulado da proporcionalidade, se deve eleger o meio menos lesivo ao interesse individual.

Discorrer-se-á sobre a proporcionalidade no capítulo pertinente, por enquanto, vamos cristalizar apenas que a constatação do aspecto necessidade, no tocante à CIDE, comporta dois enfoques, externo e interno.

Em uma primeira perspectiva externa, inquire-se sobre a necessidade de recursos para atender aos objetivos objetivados com a intervenção, pois se a atuação estatal prescindir de financiamento, não se pode falar em criação de ônus tributário.

Noutra perspectiva externa, investiga-se se finalidade colimada pela CIDE já não é atendida por outro tributo, que tem igual objetivo.

³⁴⁵ PONTES, Helenilson Cunha. Ob. Cit. p. 142

Já do ponto de vista interno, impõe-se a aferição da necessidade da contribuição interventiva em relação direta com sua hipótese de incidência, no sentido de que esta deve refletir a imprescindível exação tributária exigida pela finalidade perseguida.

Advirta-se que o juízo sobre a constitucionalidade da CIDE, sob o aspecto da necessidade, não se identifica com a simples ponderação sobre a intervenção estatal sobre o domínio econômico.

Dito de outra forma, pode haver oportunidade para a ingerência estatal na ordem econômica, mas faltar legitimidade à União para fazê-lo por meio de instituição de tributo.

Pelo esposado, é lícito concluir que a técnica de validação finalística acolhida pelo art. 149 da Carta Suprema, supõe a presença de um motivo para a criação da contribuição de intervenção no domínio econômico.

4. DISTINÇÃO: PRINCÍPIOS E REGRAS

O direito rege toda a vida social dos indivíduos, ou seja, a conduta intersubjetiva dos seres humanos, por meio de normas jurídicas, visando possibilitar a convivência destes em comunidade.

Entretanto, as normas jurídicas não se apresentam apenas de uma forma, em verdade, se subdividem em regras e princípios.

Como já consignado no capítulo primeiro, os princípios deixaram de ser vistos como uma manifestação puramente axiológica, exortação moral, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata, visão nitidamente positivista, para passarem a figurar no centro do ordenamento jurídico, acolhidos pela moderna dogmática com o *status* de norma jurídica.

Se buscarmos o sentido etimológico da palavra princípio, este, por vir do termo latino *principium*, enuncia a idéia de começo, de origem, conduzindo-nos ao pensamento de que o princípio deve ser o vetor originário de adequação, interpretação e concretização de um sistema jurídico.

Neste sentido Celso Antonio Bandeira de Mello (1996, p.545) expôs:

Princípio – como já averbamos alhures- é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (...).

Estudando detalhadamente estes dois institutos, o ilustre mestre português GOMES CANOTILHO discorre sobre diversas fórmulas que têm sido elaboradas como critério de distinção para regras e princípios:

Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.

a)Grau de abstração:os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado;de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

b)Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto:os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras(do legislador?do juiz?),enquanto as regras são suscetíveis de aplicação directa.

c)Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito:os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes(ex:princípios constitucionais)ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico(ex:princípio do Estado de Direito).

d)Proximidade da idéia de direito:os princípios são <standards> juridicamente vinculantes radicados nas exigências de <justiça>(Dworkin)ou na idéia de direito(Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e)Natureza normogenética: os princípios são fundamentais de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante³⁴⁶.

No início da aceitação dos princípios como espécie normativa, a distinção entre eles e as regras fundava-se, notadamente, no critério da generalidade, da seguinte

³⁴⁶ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1087

forma: enquanto as regras possuiriam relato mais objetivo, mencionando de maneira mais concreta as situações específicas às quais se dirigem; os princípios teriam maior teor de abstração, sendo, por conseguinte, muito mais gerais em relação aos casos regulados³⁴⁷.

A citada distinção pode ser denominada de quantitativa, pois as espécies não seriam diversas em sua ontologia, divergindo apenas em grau.

Note-se que, mesmo nesta doutrina embrionária, já se considerava ambas as categorias como de mesma hierarquia quando albergadas no mesmo corpo normativo, normalmente a Constituição, à vista do princípio da unidade da mesma, o que não equivale dizer que princípios e regras desempenham funções distintas dentro do ordenamento.

Entretanto, com o desenvolvimento do debate, passou-se a adotar uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio.

Valendo ressaltar que a definição da questão recebeu marcante contribuição da tradição anglo-saxônica, pelo que se verificou mudança do modelo, revelando-se uma distinção qualitativa, em especial pelo pensamento de Ronald Dworkin³⁴⁸ e aos desenvolvimentos do mesmo empreendido por Robert Alexy³⁴⁹.

³⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto Barroso; BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. Cit. p. 108

³⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

4.1 O PENSAMENTO DE DWORKIN E ALEXY

Pode-se indicar linhas mestras do trabalho de ambos os autores da forma comparativa abaixo³⁵⁰.

Dworkin baseia sua distinção entre estes e as regras reside no seguinte:

a) as regras são aplicadas do modo “tudo ou nada” (“*all-or-nothing*”), no sentido de que se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita ou ela não é considerada válida. Como consequência, na hipótese de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida;

b) já os princípios não determinam, vinculativamente, a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso. Ocorrendo colisão entre os princípios, o com peso relativo maior sobrepõe-se ao outro, sem que este perca sua validade.

Pelo que é lícito concluir que o pensamento elaborado por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios e não em comparativos.

Alexy, ao desenvolver as considerações de Dworkin, sustentou que os princípios jurídicos caracterizam-se como uma espécie de norma que estabelece deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.

Para ele, no caso de colisão entre os princípios, a solução é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, pela qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência, não se resolvendo com a determinação imediata de uma prevalência de um princípio sobre outro.

³⁵⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção Entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. I, 1999, p. 8-11

Como decorrência, os princípios possuem tão somente uma dimensão de peso, e não determinam as conseqüências normativas de forma direta, ao contrário das regras. Apenas a aplicação dos princípios diante dos casos efetivamente submetidos a julgamento é que os concretiza por meio de regras de colisão, o que equivale dizer que os mesmos acabem por ser aplicados também ao modo “tudo ou nada”.

Nesta concepção, o traço distintivo entre os princípios e regras é a tensão e o modo como ela é resolvida, uma vez que no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica, já no conflito entre princípios a discussão se situa no interior desta mesma ordem.

Assim, para Alexy, a distinção entre as citadas espécies normativas não pode ser baseada no modo “tudo ou nada” de aplicação proposto por Dworkin, devendo resumir-se, sobretudo, a dois fatores:

Primeiro na diferença quanto à colisão, pois os princípios colidentes tão só têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia;

A segunda seria a diferença quanto à obrigação que instituem, haja vista que as regras instituem obrigações absolutas, salvo se declaradas inválidas, enquanto os princípios instituem obrigações *com* cláusula de reserva, pois podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.

Com base nestas lições, Canotilho elenca as diferenças entre regras e princípios consignando que:

Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à < lógica do tudo ou nada >), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios

eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. (...) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas <exigências> ou <standards> que, em < primeira linha > (prima facie) devem ser realizados; as regras contêm <fixações normativas> definitivas, sendo insuscetível a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas)³⁵¹.

4.2 A CRÍTICA AO PENSAMENTO DE DWORKIN E ALEX Y

A despeito da grande importância dos jusfilósofos citados no item anterior, tomam-se por oportunas as críticas lançadas por Humberto Ávila³⁵², que guiarão a proposta de determinação dos elementos caracterizadores das regras e princípios adotados neste trabalho.

Inicialmente, quadra mencionar que se revela ilusória a distinção entre princípios e regras baseada no suposto método “tudo ou nada” de aplicação das regras, haja vista que também estas últimas impescindem, para que sejam implementadas as conseqüências imputas à sua hipótese, de um processo prévio de interpretação que demonstre quais as conseqüências que serão implementadas.

Logo, cai por terra a idéia de implemento automático das conseqüências previstas nas regras, denominado critério do “modo final de aplicação”, pois demandam a análise do caso concreto já no processo aplicativo.

Há regras cujo conteúdo da hipótese se aparenta delimitado objetivamente, que, se adotadas as premissas dos autores criticados, levaria a impor, de modo absoluto, a implementação da conseqüência, quando verificada a ocorrência do fato jurídico correlato. Entretanto, isso não impede que as mesmas sejam objeto de ponderação, e que razões contrárias venham a sobrepor-se em determinados casos.

³⁵¹ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Ob. Cit. P. 1087-1088

³⁵² ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios “da definição à aplicação dos princípios jurídicos”. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 40-64

Destarte, tanto as regras quanto os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam, sendo que a diferença não seria estrutural, mas de grau de abstração, dependente de prévia interpretação.

Nos princípios, o grau de abstração seria maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente à uma situação específica; enquanto que nas regras, as conseqüências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser confirmadas por meio do ato de aplicação.

Todavia, esse critério distintivo entre princípios e regras perde parte de sua importância quando se constata duas conclusões: a) a aplicação das regras também depende da conjunta interpretação dos princípios que a elas digam respeito, não se verificando uma aplicação automática; e b) que os princípios, de modo geral, pedem a complementação de regras para serem aplicados.

No tocante á assertiva de que os princípios, ao contrário das regras, não possuem hipóteses e conseqüências normativas, relacionada ao “critério hipotético-condicional”, vale salientar que também estes têm uma conseqüência normativa, qual seja, o fim.

Ademais, de forma similar, revela-se infirmada a afirmação de que um dos elementos distintivos entre princípios e regras derivaria de ser a hipótese de incidência do princípio aberta, pois esta conclusão deriva de um uma questão de interpretação.

A depender da interpretação procedida, pode-se transformar uma mesma disposição em princípio ou em regra.

Quanto à dimensão de peso que seria característica dos princípios, se revelando como um atributo empírico, diga-se que não são estes que possuem a possuem, mas as razões e aos fins aos quais fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador com base num juízo valorativo.

Saliente-se que os princípios jurídicos não se identificam com valores, uma vez que estes não determinam o que deve ser, mas o que é melhor. Fixada esta premissa,

no caso de uma colisão entre valores, a solução não determina o que é devido, apenas indica o que é melhor; possuindo apenas um caráter axiológico.

Insta, agora, se proceder a uma análise mais detida da diferença entre o conflito entre princípios e o verificado entre regras.

Ressalte-se que a solução de um conflito entre princípios se dá atribuindo prioridade a um deles, sem que o outro seja considerado inválido, o que é verdade.

Entretanto, atente-se que isto apenas se verifica na hipótese de os princípios estabelecerem fins divergentes; sendo que, quando num mesmo caso apontam para o mesmo fim, mas com a implementação de meios diversos, soluciona-se o impasse declarando a prioridade de um princípio sobre o outro, conseqüentemente deixando de aplicar um deles ao caso concreto.

Depreende-se, então, que a solução é idêntica à dada para o conflito entre regras com determinação de uma exceção, em que se resolve o conflito sem que quaisquer das normas sejam invalidadas.

Além disso, também as regras se submetem a um processo de ponderação, enquanto sopesamento de razões e contra-razões que culminam com a decisão de interpretação.

No atinente à definição dos princípios como deveres de otimização, uma vez que o seu conteúdo deveria ser Aplicado na máxima medida, professada por Alexy, cabem algumas considerações.

De logo, frise-se que os princípios não se relacionam de uma só maneira, haja vista que os estipulam fins a serem perseguidos, sem determinar, antecipadamente, quais os meios a serem escolhidos.

Desta feita, nem sempre a aplicação dos princípios se dará na forma defendida por Alexy, pois podem ocorrer os seguintes tipos de colisão entre princípios: a) que a realização do fim instituído por um princípio sempre leve à realização do fim estipulado pelo outro; b) que a realização do fim instituído por um exclua a realização do fim estipulado pelo outro; c) que realização do fim instituído por um só

conduza à realização de parte do fim estipulado pelo outro; ou d) que a realização do fim instituído por um não interfira na realização do fim estipulado pelo outro.

No primeiro caso, não há o dever de realização “na máxima medida”, mas o dever de realização apenas necessária à implementação do fim instituído pelo outro princípio.

Na segunda hipótese, a colisão só pode ser solucionada com a rejeição de um deles, sendo similar ao caso de colisão entre regras.

Na terceira situação, ocorrem limitações e complementação recíprocas de sentido na parte objeto de imbricamento.

Na derradeira hipótese, não há colisão entre os princípios envolvidos, pelo que em nada auxilia ao estudo empreendido.

Pelo exposto, revelada está que a diferença não se situa no fato de que as regras devem ser aplicadas “no todo” e os princípios só na “medida máxima”, já que ambas as espécies normativas devem ser aplicadas de modo que o seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente.

Em síntese, na esteira do pensamento de Ávila, os possíveis critérios de dissociação entre as espécies normativas seriam: a) critério da natureza do comportamento prescrito; b) critérios da natureza da justificação exigida; e c) critério da medida de contribuição para a decisão³⁵³.

Pelo primeiro (natureza do comportamento prescrito), as regras seriam imediatamente descritivas, já que estabelecem descritivamente a conduta devida, sem menção ao fim perseguido, e os princípios se revelariam como normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem apenas um estado das coisas a ser alcançado, em face do qual deve o aplicador verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou adotado.

³⁵³ ÁVILA, Humberto. Ob. Cit. P. 71-78

Os princípios são normas que preconizam o que deve ser, seu conteúdo diz respeito a um estado ideal das coisas; e as regras estatuem o que se deve fazer, seu conteúdo está ligado diretamente às ações.

Ressalte-se que ambas as normas podem ser analisadas tanto do ponto de vista do comportamento quando do fim, motivo pelo qual o critério não é absoluto neste sentido, mas centrado na proximidade de sua relação, se mediata ou imediata, com os fins a serem atingidos e as condutas a serem seguidas.

O segundo critério (natureza da justificação exigida) reconhece, que as regras demandam uma avaliação da correspondência entre o conceito do fato e da norma, bem assim da finalidade que lhe dá suporte; enquanto que os princípios, em sua aplicação, exigem uma análise de correlação entre o estado das coisas objetivado e os efeitos oriundos da conduta havida como necessária.

Logo, a distinção não estaria no modo de aplicação, se “tudo ou nada” ou “parcialmente”, uma vez que este somente pode ser confirmado no final, mas na forma de justificação imprescindível à sua aplicação, o que se coaduna com a aferição preliminar.

Pelo derradeiro critério (contribuição para a decisão), os princípios possuem uma pretensão de complementaridade e parcialidade, tendo-se em conta que apenas contribuem ao lado de outros motivos para a solução da lide, ao passo que as regras são dotadas de aspirações preliminarmente decisivas e abarcantes, por vez que pretendem engendrar todos os aspectos relevantes para a decisão.

Note-se que as normas são apenas preliminarmente decisivas, pois suas condições de aplicação podem ser satisfeitas, subsunção do conceito do fato ao da norma, sem que se dê sua efetiva implementação no caso concreto, haja vista a consideração de razões excepcionais que superem a própria razão que sustenta a aplicação normal da mesma.

Com base nestas premissas, Humberto Ávila assim fixa os seus conceitos:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige avaliação da correspondência, sempre

centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção³⁵⁴.

4.3 OUTRAS PERSPECTIVAS DE DISTINÇÃO

Outro ponto de diferenciação pode ser tido pelo fato da positivação dos princípios, dotando-os da necessária vinculatividade, imperatividade e aplicabilidade, se verificar de duas formas. Na primeira, o texto normativo expressa-os claramente, tornando o princípio em norma plenamente exigível e concretizável, desde já vinculando a conduta do agente público e do cidadão. Na segunda, o princípio é apreendido no ordenamento jurídico-constitucional, pela doutrina e jurisprudência, somente encontrando concretização viável quando indicado e imposto pela decisão judicial. No último caso, diz-se que o princípio constitucional encontra-se implícito no ordenamento jurídico-constitucional.

Eros Roberto Grau esclarece que os princípios implícitos não constituem criação jurisprudencial nem preexistem externamente ao ordenamento jurídico - ou à Constituição, e, por conseguinte:

A autoridade judicial, ao tomá-los de modo decisivo para a definição de determinada situação normativa, simplesmente comprova a sua existência no bojo do ordenamento jurídico, do Direito que aplica, declarando-os³⁵⁵.

Prossegue o referido doutrinador³⁵⁶, as regras jurídicas são concretizadas na sua inteireza, não comportando uma aplicação parcial de seus preceitos. Já os princípios jurídicos, "mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automaticamente e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam". Todavia, a inteireza da aplicação de um princípio pode ser comprometida por um princípio de grau hierárquico maior.

³⁵⁴ ÁVILA, Humberto. Ob. Cit. P. 78-79

³⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit, p. 129

³⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit, p. 107-111

Os princípios possuem uma dimensão e um peso maior do que as regras jurídicas. O que definirá o conflito entre os princípios é o peso relativo de cada um deles dentro do ordenamento jurídico.

Inexiste uma regra jurídica mais importante do que a outra. Havendo conflito entre elas, o peso maior de uma invalidará a outra no ordenamento jurídico.

Na esteira das lições de Ivo Dantas³⁵⁷, podemos cristalizar que os princípios constituem uma categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade, estabelecendo a dedutibilidade destes do conteúdo do sistema jurídico como critério diferenciador, quando confrontados com as regras jurídicas. As regras jurídicas seriam sempre claras e expressas.

Os princípios têm força de norma jurídica e são normas jurídicas. São normas hierarquicamente privilegiadas, onde os valores acolhidos pelo direito positivo encontram-se densificados e imperativamente determinados, objetivando o seu conteúdo e tornando-o concretizável juridicamente.

Guerra Filho propõe os seguintes critérios para a distinção entre princípio e regra constitucional:

- a) o grau de abstração, pois os princípios se apresentam necessariamente uma formação mais abstrata e geral;
- b) o grau de determinabilidade de aplicação, consequência do anterior, já que os princípios demandam subprincípios e regras para tornar mais viável a concretização de sua prescrição normativa, enquanto que as regras "se deixam aplicar diretamente com facilidade";
- c) o conteúdo de informação, porque as regras estão ligadas a situações fáticas mais restritas, e, os princípios, a valores, permitindo uma maior ampliação do seu conteúdo informativo;
- d) e, por fim, a sua separação "onto-lógica" radical.

A distinção entre princípios e regras pela separação "onto-lógica" radical existe para "ambos os tipos de normas, quando se tem, por exemplo, a possibilidade de princípios, em virtude de sua natureza,

³⁵⁷ DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1995, p. 59

existirem implicitamente no sistema normativo, algo impensável para regras, ou ainda, a circunstância de regras contraditórias gerarem antinomia normativa, a ser desfeita com o afastamento de uma delas, ao passo que é da própria natureza dos princípios, (...) se apresentarem na natureza como contrapostos uns aos outros³⁵⁸.

4.4 CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO ADOTADA

À luz das considerações tecidas pelos autores mencionados acima, cumpre se determinar a concepção de princípio adotada nesta monografia.

Inicialmente, o esboço procedido nos itens anteriores serve para demonstrar a insuficiência do processo subsuntivo como único processo necessário para a aplicação normativa.

Pelo que se sobressaem as considerações levadas a efeito no capítulo primeiro, que conduzem à necessidade de um novo arcabouço hermenêutico, revelando-se a importância de uma interpretação construtiva, na qual ao intérprete é incumbida uma função ativa.

Inobrigável se apresenta um modelo teórico que não possibilite a consideração de outras normas além das regras, sob pena de atingir-se uma objetividade à custa da aplicação adequada do direito, obliterando-se os fins do próprio ordenamento.

O direito, enquanto objeto cultural deve ser compreendido para sua aplicação, extraindo-se o seu sentido, e enfatizando-se os seus valores.

Diante disso, tomam-se os princípios como normas que estabelecem diretamente fins, se relacionando mais diretamente com os valores acolhidos pelo sistema jurídico, podendo ser deduzidos implicitamente do ordenamento, para cuja concretização estabelecem com grau mínimo o comportamento devido, dependendo mais intensamente da sua relação com outras normas e de um maior esforço interpretativo para a determinação da conduta a ser seguida, contribuindo de forma parcial e complementar para a decisão;

³⁵⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Interpretação especificamente Constitucional*. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Fortaleza: 8(10), 1991, p. 107

Ao contrário, as regras são normas expressas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido, possuindo, portanto, uma relação menos dependente de outras normas e da atividade interpretativa para a determinação da conduta devida, em que pese não poder se falar em aplicação automática, sendo caracterizadas pela pretensão preliminar de decidibilidade e abrangência.

5 PROPORCIONALIDADE

A postura firmada nesta monografia não pretende retirar por completo a fórmula da subsunção, pela qual, construída a relação teórica entre o conceito do fato e o constante da hipótese de incidência da norma, verifica-se a sua incidência.

Entretanto, mostra-se o aventado método insuficiente para abranger toda a dinâmica do direito, em face à incorporação dos conceitos à idéia de norma vinculante.

Já foi consignado que os princípios, se limitando a apontar diretamente direções para a decisão, relacionados aos diversos valores albergados pela Magna Carta, que se revelam contraditórios, demandam uma relação concorrencial ou conflitual para a sua aplicação.

De mesma forma, a aplicação das regras também exige ponderação das razões envolvidas na sua aplicação, como salientado anteriormente.

Neste sentido, é necessário não apenas um processo subsuntivo, mas um raciocínio de estrutura mais complexa, levando em consideração cada um dos elementos relevantes, para que, somente após, se possa produzir a norma concreta que regerá o caso.

Iniciar-se-á, então, para os fins deste trabalho, o estudo do postulado da proporcionalidade, com vistas a embasar a aferição da legitimidade da instituição da contribuição de intervenção no domínio econômico.

5.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A busca da justiça é inerente ao ser humano, sendo que, já na era clássica, Aristóteles adotava a noção de “meio termo” e de “justa medida” como ligada à idéia de justiça material³⁵⁹.

Todavia, a origem e o desenvolvimento da proporcionalidade, como construção jurídica, encontra-se estritamente ligado à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificada a partir do surgimento do Estado de Direito na Europa³⁶⁰.

O nascedouro do referido postulado, enquanto limite ao poder arbitrário do Estado, se reporta ao surgimento na Inglaterra das teorias jusnaturalistas propugnando ter o homem direitos imanescentes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado, e, por conseguinte, conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los.

Pode-se apontar como marco histórico para o surgimento desse tipo de formação política (Estado de Direito), a Magna Carta inglesa, de 1215, na qual aparece com toda a clareza manifestada a idéia supracitada, quando esclarece: "O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito"³⁶¹.

Pelo que se pode concluir que essa espécie de contrato entre a Coroa e os senhores feudais é a origem do *Bill of Rights*, de 1689 onde então adquirem força de lei os direitos frente ao Monarca, estendidos aos súditos em seu conjunto.

Sob a influência dos ideais da burguesia, os direitos humanos fundamentais foram reconhecidos pela *Declaration of Rights* americana, de 1776, e pela *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* francesa, de 1789.

Com o nascimento da filosofia Iluminista do século XVIII, resgata-se a idéia de “justa medida” como meio de efetivação da justiça material, devendo a proporcionalidade ser observada notadamente nas decisões que recaem sobre o exercício da liberdade individual.

³⁵⁹ PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 43

³⁶⁰ CRETTON, Ricardo Aziz. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 57

³⁶¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 75

Discorrendo acerca da proporcionalidade no Século XVIII, assim alude Raquel Denize Stumm:

é considerado uma medida com valor suprapositivo ao Estado de Direito e visa garantir a esfera de liberdade individual das ingerências administrativas. O critério da proporcionalidade compreende, nessa época, a área administrativa e penal. Nesse sentido, é detentor de raízes iluministas, sendo mencionado por Montesquieu e por Beccaria, ambos tratavam sobre a proporcionalidade das penas em relação aos delitos³⁶².

O postulado da proporcionalidade, alavancado pelos ideais de liberdade burgueses, rapidamente passa a ser observado em outros setores da atividade estatal, além da de aplicação sancionatória, sendo o campo do poder de polícia o que houve a manifestação mais expressa.

Recorre-se à lição de J. J. Gomes Canotilho:

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do estado o considera, já no século XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no século XIX, no direito administrativo como princípio geral de direito de polícia. [...] Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso, foi erigido à dignidade de princípio constitucional[...]³⁶³

Conforme leciona Guerra Filho, foi Suarez, em 1791, em conferência proferida diante do Rei da Prússia, Friederich Wilhelm, quem propôs como princípio fundamental do Direito Público que o Estado só esteja autorizado a limitar a liberdade dos indivíduos na medida em que for necessário, para que se mantenha a liberdade e segurança de todos, e daí deduzia o princípio fundamental do Direito de Polícia. Em 1802, Von Berg emprega o termo "*verhältnismässig*" (proporcional), ao tratar da possibilidade de limitação da liberdade em virtude da atividade policial, referindo-o à indenização da vítima pelo prejuízo sofrido; salienta, em seguida, o mesmo autor que foi Wolzendorff que, com apoio em Otto Mayer, denomina de "*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*", princípio da proporcionalidade, a proposição de validade geral que veda à força policial ir além do que for necessário e exigível para a consecução

³⁶² STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 75

³⁶³ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 259-260

de sua finalidade. Em 1913, Walter Jellinek relacionou a proporcionalidade com o problema central do Direito Administrativo que é a discricionariedade. É a partir do trabalho desenvolvido por Walter Jellinek que se abre à possibilidade de aplicar-se o princípio da proporcionalidade nas mais diversas searas do direito. Essa transposição do princípio da proporcionalidade do campo do direito administrativo para o plano constitucional se deve em grande parte ao posicionamento assumido pelo Tribunal Constitucional, na Alemanha Ocidental³⁶⁴.

O reconhecimento da proporcionalidade como princípio constitucional se deve à doutrina e à farta jurisprudência do Tribunal Constitucional no pós-2ª Guerra Mundial, que procurou fixar limites a normas restritivas na máxima efetividade dos direitos fundamentais, como forma de evitar repetição dos abusos cometidos no império do nazismo.

Stumm menciona como marco da definição da concepção básica do postulado em exame o denominado caso das farmácias (“Apothekenurteil”), julgado em junho de 1958, cristalizando:

O tribunal Constitucional Federal tinha que decidir se a restrição imposta pela lei bávara ao regulamentar as condições para a abertura de uma nova farmácia não vinha de encontro ao direito fundamental de liberdade de escolha na profissão (art. 20, parágrafo 1, 1º período, da Lei Fundamental). O cerne da questão girava em torno da liberdade individual e da proteção aos interesses da comunidade. O Tribunal constitucional Federal reconheceu, afinal, o excesso da lei restritiva, resolvendo esse problema pelo método de ponderação entre o direito constitucional fundamental à livre escolha e o interesse da comunidade. O procedimento do tribunal seguiu o princípio da restrição menor possível³⁶⁵.

Imperativo destacar, ainda, que o reconhecimento do princípio da proporcionalidade como princípio constitucional se deve, ainda, à decisão proferida em 1971 sobre armazenagem de petróleo, em que o Tribunal Constitucional Alemão conceituou nos seguintes termos o princípio:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio,

³⁶⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ob. Cit., p. 76-81

³⁶⁵ STUMM, Raquel Denize. Ob. Cit. p. 86

igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental³⁶⁶.

O desenvolvimento da proporcionalidade na jurisprudência alemã ocasionou a proliferação de estudos em toda a Europa sobre o tema, possibilitando que outros países construíssem uma doutrina e jurisprudência acerca do mesmo.

No Brasil, a despeito da importância do citado postulado, ainda não mereceu o acesso devido ao Direito Constitucional, em grande parte por conta da tradição latina e a orientação positivista que vem de referir. Entretanto, como visto, diante da nova hermenêutica, que exige uma interpretação construtiva do direito, o princípio vem ao encontro dos reclamos da sociedade brasileira.

5.2 FUNDAMENTO

No mundo pós-moderno, verifica-se uma tendência da relativização do positivismo, com base primordialmente na distinção entre regras e princípios, tornando a conciliação e convivência harmônica destes últimos um dos temas mais importantes do hodierno Estado Democrático de Direito.

Este, fundado no pluralismo social, se depara com uma série de valores conflituosos, que possuem implicações recíprocas, de forma que a atuação estatal para a satisfação de determinado interesse acaba por acarretar efeitos em outro segmento.

Em certos casos, os benefícios advindos da atuação estatal gera efeitos muito deletérios sobre outros interesses reconhecidos pelo ordenamento, sendo imprescindível, então, para a própria concreção ótima dos direitos e garantias individuais, o sopesamento dos valores em questão.

Revela-se, por conseguinte, imperativo indagar-se acerca das vantagens e desvantagens de determinada medida do Estado, dando sempre maior relevo aos interesses do indivíduo e à dignidade da pessoa humana.

Dito isto, quadra cristalizar que a proporcionalidade desponta como um limite à atuação estatal, bem como ao repúdio do utilitarismo, sendo permeado pela

³⁶⁶ CRETTON, Ricardo Aziz. Ob. Cit. p. 65

afirmação dos princípios diretores e fundamentais do estado de Direito, em especial da supremacia das normas constitucionais.

O postulado em questão, além de representar a afirmação do Estado Constitucional, constitui um fundamental instrumento no controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos.

Neste sentido, Paulo Bonavides afirma que:

enquanto princípio constitucional, somente se compreende seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no Direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para respeito aos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica³⁶⁷.

Note-se que a proporcionalidade se caracteriza por uma dimensão concretizadora da supremacia constitucional, do verdadeiro interesse público, sobre o interesse secundário, que pertence ao do próprio Estado, enquanto sujeito de direito³⁶⁸.

Depreende-se, portanto, que o indigitado acima é corolário de uma ordem jurídica na qual a Constituição Federal assume o ápice do sistema normativo. Essa supremacia da Constituição constitui o ponto de partida para a compreensão do postulado em tela.

Não deve a proporcionalidade permanecer obscurecida pela antiga tradição hermenêutica, pois o referido postulado protege o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais, verdadeiros *standarts* da democracia.

Note-se que de nada vale estatuir princípios de índole constitucional se, no caso concreto, os mesmos não são considerados para a busca da decisão adequada, tomando-se a Magna Carta como letra morta.

Vislumbra-se, hialinamente, que a supremacia da Constituição Federal constitui o ponto de partida para a compreensão do postulado da proporcionalidade, haja vista

³⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Malheiros, 1993, p. 362

³⁶⁸ PONTES, Helenilson Cunha. Ob. Cit. p. 50-53

que esta deriva do reconhecimento da supremacia hierárquico-normativa da Constituição, rechaçando-se o legalismo formal, caracterizador do Estado de Direito Formal, através da procura da concretização máxima dos diversos valores consagrados pelo Constituinte.

Ressalte-se que, em que pese o postulado da proporcionalidade não estar expressamente previsto no texto magno, a adoção do próprio Estado Democrático de Direito, com objetivos que na prática se conflitam, impõe a adoção de uma estrutura reguladora dos conflitos na aplicação dos princípios e regras³⁶⁹.

É lícita, com base nas asserções expostas, a conclusão de que houve uma evolução da noção do Estado de Direito “kelsiano”, pois na visão pós-moderna já não exige o império de qualquer lei, mas da lei que é produzida em conformidade com a Constituição, entendida esta como o núcleo legitimante da organização do Estado Contemporâneo.

Neste sentido, entende Pontes:

Os valores básicos de uma sociedade são veiculados constitucionalmente mediante a consagração de princípios jurídicos (normas de textura aberta dotadas de idoneidade normativa irradiante) expressos e implícitos (normas sem formulação ou enunciado lingüístico expresso, mas decorrentes da própria essência da constituição e/ou dos princípios por ela consagrados). Centrada no Estado de Direito, a proporcionalidade constitui precisamente um princípio jurídico fundamental, como norma historicamente objetivada e progressivamente introduzida na consciência jurídica, que encontra uma recepção expressa ou implícita no Texto Constitucional³⁷⁰.

Destarte, o próprio caráter principiológico e aberto das normas constitucionais, por si só, implica, o reconhecimento da proporcionalidade como derivado da própria essência daquela.

Desnecessária, portanto, a formulação do citado postulado em termos expressos, tratando-se, de norma constitucional não escrita, decorrente da natureza da Magna Carta, mas que nem por isso apresenta menor valia ou aplicabilidade que qualquer outro dispositivo da Carta Constitucional Brasileira.

³⁶⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ob. Cit., p. 84

³⁷⁰ PONTES, Helenilson Cunha. Ob. Cit. p. 53

De resto, quadra ressaltar que a proporcionalidade se constitui em um instrumento insubstituível para a concretização de todo o rol de direitos e garantias constitucionais, bem como do princípio geral de vedação ao arbítrio estatal.

5.3 NATUREZA

A distinção entre regras e princípios já foi consignada no decorrer deste trabalho, mas insta cristalizar que há institutos denominados metanormas, que constituem métodos controláveis intersubjetivamente e não dependentes da atribuição de peso a um deles³⁷¹.

Dito de outra forma, os postulados normativos são deveres que se situam em um segundo grau normativo, e estatuem a estrutura de aplicação de outras normas jurídicas.

Note-se que o funcionamento dos referidos postulados é muito diferente do atinente às regras e aos princípios.

Em relação aos princípios, se distinguem, pois não impõem a promoção de um estado de coisas, se limitando a estruturar a aplicação do dever de promover um fim, bem assim não prescrevem indiretamente condutas, mas apenas modos de raciocínio e de argumentação relativamente às normas que o fazem.

Por outro lado, se diferenciam das regras, uma vez que os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que tenham esta prescrição como característica.

Logo, não se mostra conveniente ignorar a confusão designativa que vem se instaurando na doutrina, em homenagem ao rigor científico que deve orientar o estudo do jurista.

Em assim sendo, a despeito de parte dos autores classificarem a proporcionalidade como regra, e outros, ainda, como princípio, reconhece-se, neste trabalho, seguindo a lição de Humberto Ávila, que o modo de atuação da proporcionalidade difere da

³⁷¹ Ávila, Humberto. Ob. Cit. p. 121-124

atuação das regras ou dos princípios, pelo que é mais consentâneo classificá-la como um postulado normativo.

5.4 CONCEPÇÃO DE PROPORCIONALIDADE ADOTADA

Na esteira da concepção apresentada por Pontes, a proporcionalidade apresenta duas dimensões, complementares entre si: uma de vedação geral do arbítrio estatal; e outra de concretização prática dos diferentes direitos, interesses e garantias constitucionais³⁷².

Como cláusula geral anti-arbítrio, o postulado exerce, em relação ao Estado, uma função negativa ou de proteção, constituindo verdadeira norma de bloqueio³⁷³, isto é, comando jurídico no qual se sobressai a função de proteção do indivíduo contra medidas estatais arbitrárias.

Já no sentido de concretização prática da Constituição, a proporcionalidade se consubstancia em um instrumento de realização ótima das prestações constitucionais que se apresentam contraditórias em abstrato. Assim concebido, o postulado desempenha notável função positiva de afirmação de normatividade dos comandos constitucionais.

Destarte, o princípio da proporcionalidade possui uma função negativa, equivalendo a uma proibição do excesso, verdadeiro limite da atuação estatal, bem como uma função positiva, caracterizada pela concordância prática dos diversos princípios jurídicos, visando a concreção ótima dos valores acolhidos pelo sistema.

5.4.1 Proporcionalidade: Proibição do Excesso

Tércio Sampaio Ferraz Júnior³⁷⁴ em sua classificação para as funções eficaciais que podem assumir as normas jurídicas, sustenta que no plano de realização normativa as normas jurídicas assumem, em diferentes intensidades, três funções, a saber, uma função de bloqueio, em que o objetivo da norma é impedir ou cercear a

³⁷² *Ibidem*, p. 57

³⁷³ termo usado de acordo com classificação de Tércio Sampaio. Ver FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio **Teoria da Norma Jurídica: Ensaio da Programática da Comunicação Normativa**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999, p. 12-13

³⁷⁴ PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000. pág. 58

ocorrência de comportamentos contrários ao seu preceito; uma função de resguardo, através da qual a norma objetiva da norma objetiva assegurar a concretização de uma conduta desejada; uma função de programa, um objetivo, um fim a ser concretizado.

Como proibição de excesso, revela-se indisfarçável a função de bloqueio, enquanto mandamento geral de vedação ao arbítrio estatal, cujo escopo é precisamente de impedir, bloquear as ações estatais manifestamente arbitrarias³⁷⁵.

5.4.2 Proporcionalidade: Concordância Prática

Importante também ressaltar que a Constituição, conquanto seja um elemento sistêmico harmônico, não traduz uma completude plena de seus dispositivos no ordenamento, posto que é se apresenta como um sistema aberto de regras e princípios, denotando, assim, a impossibilidade de compreender-se o sistema constitucional de forma fechada, completa.

As lacunas existem, os aspectos valorativos, a realidade conjuntural, a todo momento impõem um redimensionamento dinâmico de seus valores, não se podendo tratá-los de forma estática, o que, sem dúvida, torna a Constituição em um sistema aberto de normas e princípios.

Corroborando nosso entendimento, Canotilho já dispunha neste sentido, ao tratar do sistema constitucional português, que em nada difere do nosso para a análise que estamos procedendo:

[...]O sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Este ponto de partida carece de decodificação(1)é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas;(2)é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica(Caliess), traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça;(3)é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes à valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas;(4)é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto

³⁷⁵ Idem, p. 58

podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras³⁷⁶.

O sistema jurídico constitucional configura-se aberto justamente porque necessita, para sua aplicabilidade, de se inter-relacionar com a realidade fática, estando propenso às mudanças históricas e valorativas, pois não é a constituição um fim em si mesmo, fechada às estruturas de interpretação dialógicas, como ressaltou o mestre português.

Neste sentido, a proporcionalidade constitui o instrumento para se estabelecer os limites de cada bem jurídico constitucionalmente tutelado diante do caso concreto. O princípio da proporcionalidade permite a ponderação e a harmonização dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados, diante das peculiaridades fáticas e jurídicas de cada problema jurídico prático a ser regulado³⁷⁷.

O princípio da proporcionalidade exige, pois, que a atuação estatal vise à realização ótima de todos os interesses protegidos pelo sistema jurídico, impondo a concordância prática dos valores envolvidos no caso concreto, evitando que se privilegie um em detrimento total do outro, que restaria sufocado.

Os princípios constitucionais possuem o mesmo *status* normativo, logo, o peso específico de cada um e as limitações que um pode impor ao âmbito de eficácia do outro somente podem ser verificados diante dos problemas concretos envolvidos na regulação.

Dentro da mencionada classificação das normas jurídicas em face da sua carga eficaz, proposta por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, pode-se afirmar que como exigência de concretização prática entre os diferentes bens constitucionalmente assegurados, o postulado da proporcionalidade se reveste da função de resguardo.

³⁷⁶ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p.p.71 e ss. *Apud* CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*.3ªEd.Lisboa:Almedina,1999, p. 1085.

³⁷⁷ PONTES, Helenilson Cunha. *Ob. Cit.* p. 60-61

5.5 ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A doutrina constitucional alemã, em uma visão estrutural e funcional, consagrou a existência de três elementos parciais que compõem o princípio da proporcionalidade, sendo de enorme relevância enquanto níveis de averiguação de vícios substanciais da lei ou do ato administrativo, servindo como parâmetros impositivos de limites à ação do legislador ou do administrador, bem como de máximas diretivas às decisões judiciais sobre conflitos entre princípios constitucionais, a parte mais relevante para o presente estudo.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho ao discorrer sobre o que denomina de requisitos de aplicabilidade do princípio de que se trata, assevera que:

Os requisitos são extrínsecos – judicialidade (requisito subjetivo) e a motivação (requisito formal) – e requisitos intrínsecos – constituídos por subprincípios da idoneidade, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A idoneidade constitui-se no exame de a medida constritiva ter ou não relação de causalidade ao fim pretendido, ou seja, ser idônea, apta, para atingir aquele fim. A necessidade, também compreendida como intervenção mínima, é a adequação do grau de eficácia das medidas. E, por último, a proporcionalidade em sentido estrito é o exame do confronto direto entre os interesses individuais e estatais, a fim de se estabelecer se é razoável exigir-se o sacrifício do interesse individual em nome do interesse coletivo³⁷⁸ „.

Na mesma esteira de raciocínio, Guerra Filho, por sua vez, aduz que:

O princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro ou outros, na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três princípios parciais: princípios da proporcionalidade em sentido estrito ou máxima do sopesamento, princípio da adequação e princípio da exigibilidade ou máxima do meio mais suave³⁷⁹.

O primeiro seria aquele que determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, buscando-se a que seja juridicamente a melhor possível.

³⁷⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da constituição**. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 73-74

³⁷⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ob. Cit., p. 66-67

A adequação; por sua vez, determina que, dentro do faticamente plausível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se assim, adequado.

Além disso, esse meio deve se mostrar necessário, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais.

Em entendimento uníssono, João Caupers elucida que o conceito jurídico-administrativo de proporcionalidade decompõe-se em três níveis de apreciação:

- a) A exigibilidade do comportamento administrativo, tendo este de constituir condição indispensável da prossecução do interesse público;
- b) A adequação do comportamento administrativo à prossecução do interesse público visado;
- c) A proporcionalidade em sentido estrito ou relação custos-benefícios, isto é, a existência de uma proporção entre as vantagens decorrentes da prossecução do interesse público e os sacrifícios inerentes dos interesses privados³⁸⁰.

Robert Alexy, também, distingue a proporcionalidade estrito senso, a necessidade e a adequação, segundo as possibilidades e circunstâncias fáticas (tatsächlichen Möglichkeiten) ou jurídicas (rechtlichen Möglichkeiten) envolvidas no processo de aplicação dos diferentes princípios constitucionais. Segundo esse autor, a proporcionalidade em sentido estrito decorre das possibilidades jurídicas de aplicação dos princípios, enquanto a necessidade e adequação, por outro lado, são averiguadas diante das possibilidades fáticas dos princípios, entendidos, sempre, como mandamentos de otimização³⁸¹.

Quadra ressaltar que Robert Alexy nega o caráter de princípios aos três aspectos da proporcionalidade, pois a adequação, a necessidade e a proporcionalidade estrito senso não se relacionam segundo uma regra de precedência, por força da qual um deva ser eleito em detrimento de outro, como acontece com a aplicação dos princípios jurídicos. Segundo aquele autor, como os aspectos do princípio da proporcionalidade não se concretizam mediante uma relação de sopesamento (Abwägung), na qual o peso normativo de um comando deve ser balanceado diante de outro, tais aspectos não configuram princípios jurídicos, mas regras jurídicas.

³⁸⁰

³⁸¹ PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário** São Paulo: Dialética, 2000. p. 64

Logo os aspectos do princípio da proporcionalidade são meramente atendidos ou não (segundo uma lógica de all or nothing).

No que pese entendermos que Alexy, acertadamente, evidencia que a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não podem ser considerados como princípios autônomos, melhor seria se os tivesse classificado como meros aspectos ou dimensões da proporcionalidade³⁸², e não regras jurídicas autônomas, uma vez que têm a sua eficácia atreladas ao preenchimento dos demais requisitos, além do fato de se revelarem por demais abstratos.

Antes de se adentrar no estudo dos aspectos da proporcionalidade, oportunas se revelam duas advertências.

A primeira é no sentido de que, como esposado quando se delimitou a natureza da proporcionalidade, não acreditamos que sejam a mesma e seus aspectos princípios, dentre outros motivos porque não são passíveis de sopesamento, não se referem diretamente a fins e possuem referência imediata à conduta a ser seguida pelo intérprete.

Acolher-se-á, neste trabalho, que o postulado em exame se decompõe em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, pois, consoante comprovado acima, esta é a posição unânime da doutrina constitucional moderna.

5.5.1 Adequação

O aspecto da conformidade ou adequação de meios impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Conseqüentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o ato do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adoção. Trata-se de controlar a relação de adequação medida-fim.

Nesta tarefa, duas conjecturas podem se dar.

³⁸² *Ibidem*, p. 65

Note-se que uma medida estatal pode se aferir inadequada ao fim objetivado desde a sua existência jurídica (por exemplo, promulgação de uma lei) ou fática (concretização de medidas administrativas), situação na qual basta verificar a falha na “prognose” consubstanciada na inaptidão, de pronto, da medida em relação à efetivação do fim por objetivado.

Na aventada hipótese, o fator tempo não é relevante para a análise da adequação da medida, haja vista que o decurso do tempo não a tornará adequada. Tais situações ocorrem normalmente nas medidas estatais de baixa abstração e generalidade, cujos efeitos concretos são facilmente percebidos.

Ao passo que o fator tempo é extremamente importante quando o fim objetivado com a medida é de longo alcance, ou seja, quando o eventual sucesso da medida somente será verificado no futuro.

Neste caso, não se pode depreender a inadequação, de início, em face à presunção de validade das escolhas realizadas pelo agente estatal no exercício de competência outorgada pelo ordenamento.

Contudo, a medida deve manifestar, pelo menos, a possibilidade potencial de produzir o efeito desejado, ainda que isso somente venha a ocorrer no futuro. De todo modo, tal medida pode vir a ser reconhecida como inadequada no futuro quando constatado que a mesma não gerou os efeitos colimados.

Podemos cristalizar, por conseguinte, que a adequação constitui, portanto, um juízo de conformidade causal entre a medida estatal tomada e a finalidade perseguida com a mesma.

Por fim, vale consignar que a inadequação pode se verificar de forma absoluta ou relativa. Na primeira hipótese, ainda que desconsiderada a realidade à medida estatal subjacente, manifesta-se a mesma, desde logo, inadequada à busca do fim que a justifica; no segundo caso, uma medida estatal pode manifestar uma

incompatibilidade real quando, observadas as condições fáticas, concluindo-se pela sua inaptidão para produzir os resultados almejados³⁸³.

5.5.2 Necessidade

O aspecto da exigibilidade ou da necessidade coloca a idéia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não seria possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão. Não se questiona, na maior parte dos casos, a adoção da medida (necessidade absoluta), mas sim a necessidade relativa, ou seja, se o legislador poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos.

O grau de necessidade de uma medida estatal é aferido segundo a intensidade e a indispensabilidade da limitação que a mesma representa aos interesses constitucionalmente protegidos³⁸⁴.

Note-se que o Poder Judiciário não deverá formular um juízo acerca da conveniência administrativa ou legislativa de se tomar a medida, mas sobre a estrita necessidade da lesão ou limitação por ela gerada a bens jurídicos constitucionalmente tutelados, sobretudo quando existem outros meios igualmente aptos ao alcance do resultado desejado e que acusam menor ou nenhuma lesão àqueles bens jurídicos³⁸⁵.

5.5.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito

Pelo aspecto da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito se pretende alcançar parâmetros para a resolução dos conflitos entre princípios constitucionais, nos casos em que o Poder Judiciário é chamado a decidir pela prevalência de um princípio em detrimento de outro ou outros, reconhecidamente válidos pelo ordenamento constitucional.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito entende os princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas, enquanto que nas máximas da adequação e da necessidade recorre-se às possibilidades fáticas.

³⁸³ *Ibidem*, p. 66-67

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 68

³⁸⁵ Neste sentido Pontes, Op. Cit. P. 68

Segundo Robert Alexy o fundamento ao princípio da ponderação reside nos princípios de direito fundamental, sem que se exclua, contudo, outras fundamentações como os princípios do Estado de Direito, a prática jurisprudencial e o conceito de justiça³⁸⁶.

Em verdade, deve ser avaliado, no caso concreto, qual dos princípios em colisão tem maior peso; segundo as circunstâncias e condições da situação, qual dos direitos deve ser efetivado, em uma relação de precedência condicionada. Fica conferido ao Judiciário o dever de examinar a situação concreta e decidir se o direito efetivado não afrontou um direito que deveria prevalecer naquele caso, precedendo ao direito respaldado.

É dever do juiz, analisando as circunstâncias, ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a restrição efetuada, se razoáveis ou desproporcionados.

Insta trazer à sirga a lição de Pontes:

A relação entre o meio adotado e o fim com ele perseguido revela-se proporcional quando a vantagem representada pelo alcance desse fim supera o prejuízo decorrente da limitação concretamente imposta a outros interesses igualmente protegidos prima facie. Daí porque o sacrifício imposto por uma intervenção estatal a uma parcela de liberdade constitucionalmente protegida não deve estar fora de proporção (ausser Verhältnis) com o efeito (positivo ou negativo) que se pretende promover com tal intervenção.

A proporcionalidade em sentido estrito representa a idéia nuclear do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, porquanto consubstancia a concreta apreciação dos interesses em jogo, isto é, revela a necessidade de formulação de um juízo de sopesamento (Abwägung) entre o meio adotado pela autoridade (e o interesse público que o justifica) e a limitação sofrida pelo indivíduo em parcela da sua esfera juridicamente protegida.

Enquanto nos aspectos adequação (Geeignetheit) e necessidade (Erforderlichkeit), o juízo do intérprete-aplicador do Direito é formulado diante de um objetivo fixo (perseguido pela medida sindicada) e de meios variáveis, na proporcionalidade em sentido estrito os dois elementos (meio e fim) são igualmente variáveis, isto é, neste aspecto também o fim de interesse público perseguido pela medida estatal sofre variações decorrentes do sopesamento do

³⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 112-115

mesmo com os outros interesses protegidos *prima facie* pela ordem jurídica³⁸⁷.

Quadra salientar que o princípio da proporcionalidade encarna o sopesamento entre normas jurídicas válidas (princípios), e não entre simples valores, na busca da melhor solução correta, e não da única, não sendo permitido ao intérprete aplicador lançar mão de valores não positivados no sistema jurídico.

Em síntese, a proporcionalidade em sentido estrito exige que a vantagem trazida por uma limitação imposta a um bem juridicamente tutelado, em decorrência da busca de uma finalidade de interesse público (também reconhecido no sistema), seja maior do que o prejuízo decorrente desta limitação.

5.6 APLICABILIDADE DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO

A aplicação da proporcionalidade no Direito Tributário depende da finalidade das normas a serem aplicadas, se de caráter fiscal, cujo escopo é carrear recursos dos particulares para os cofres do Estado, ou extrafiscal, que visa a conformar a ordem econômica (mundo do ser), hipótese na qual se revelam mais diretamente como limitativas dos direitos e garantias individuais dos contribuintes, ou ainda, de relativas às obrigações acessórias, nas quais a prestação não é marcada pelo cunho pecuniário³⁸⁸.

Em se tratando de normas jurídicas tributárias, desvinculadas de uma atuação estatal e estritamente fiscais, que venham a afrontar bens jurídicos protegidos pelo direito de propriedade, a aplicação do postulado da em estudo limitar-se-á, pela inexistência do fim para estruturar a relação jurídica, à proibição de excesso.

Neste sentido, o que a proibição de confisco e a observância do limite para uma existência digna significam é, apenas, o dever de preservar o núcleo dos direitos e garantias do contribuinte, notadamente, os correlatos à propriedade e dignidade humana.

Nesses casos, respeitado o princípio da legalidade estrita para a instituição do tributo ou da multa, e verificada a situação de fato necessária e suficiente à sua

³⁸⁷ PONTES, Helenilson Cunha. Ob. Cit, p. 70

³⁸⁸ Ávila, Op. Cit, p. 31-32

incidência, não incumbe ao Poder Judiciário analisar se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado desejado (exame da adequação) ou se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir o fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos (exame da necessidade), mas unicamente se houve restrição excessiva dos direitos envolvidos (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Neste ponto vale o magistério de Humbeto Ávila:

O fim, das normas que instituem tributos, não serve como estruturador da relação, a tal ponto que o caráter trifásico do dever de proporcionalidade possa ser realizado. Como lembra VOGEL, a utilização do fim “*custear despesas públicas*” como estruturador da relação jurídica surgida com a instituição legal de um tributo levaria tão-só à cobrança cada vez maior de tributos. Para que o fim seja estruturador de uma relação jurídica, ele deve ser concretamente verificável na realidade dos fatos, e não unicamente no mundo do Direito. Isso, porém, não ocorre no caso de normas que instituem impostos, já que elas têm a finalidade de arrecadação, sem que exista um fim concreto capaz de estruturar a relação jurídica delas decorrente. Não se aplica, portanto, o princípio da proporcionalidade (na sua estrutura meio-fim). Aqui o decisivo é o princípio da igualdade como medida para a divisão dos encargos, depois que estiverem resolvidas as questões relativas a realização mínima dos direitos fundamentais envolvidos (o dever de respeito à existência mínima no caso do direito à vida e da inviolabilidade da dignidade humana, a proibição de confisco no caso do direito de propriedade e de livre exercício de atividade econômica)³⁸⁹.

Importante anotar, todavia, que no caso de normas jurídicas tributárias que tenham uma finalidade extrafiscal, ou que sejam vinculadas a uma atuação estatal ou, ainda, que estabeleçam obrigações acessórias, a obediência ao dever de proporcionalidade admite seu caráter trifásico.

Isto porque há uma finalidade objetivamente determinável e estruturante da relação jurídica, em função da qual a relação meio-fim adquire consistência³⁹⁰.

No caso, por exemplo, da instituição de taxas tem-se por finalidade custear as despesas decorrentes de atividade pública, de tal modo que devam ser adequadas (corresponder ao fato gerador — serviço público prestado ou o exercício efetivo do

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 33

³⁹⁰ *Ibidem*.

poder de polícia —, e não ao patrimônio ou à renda do sujeito passivo)³⁹¹, e que não devam ficar sem relação de proporcionalidade relativamente à sua finalidade.

O importante é que o fim, nessas normas que possuem eficácia formativa do comportamento (criadora de obrigações que afetam os direitos de liberdade) e não uma eficácia meramente impositiva (criadora de encargo tributário desvinculado), serve como estruturador da relação, a tal ponto que o caráter trifásico do dever de proporcionalidade pode ser utilizado.

A seguir, se investigará a aplicação do multicitado postulado ao campo específico deste trabalho.

³⁹¹ Recurso Extraordinário nº 100.201-SP, Segunda Turma, Relator: Ministro Carlos Madeira, 29.10.85, in: Revista de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nº 116/647-651. Também Recurso Extraordinário nº 69.957-ES, in: Revista de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nº 59/799.

5.6.1 Aplicação da Proporcionalidade às Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico

A Magna Carta prevê a possibilidade da União lançar mão de contribuições interventivas como instrumento de sua atuação no domínio econômico. Tal exação, assim, servirá como instrumento para a União intervir no domínio econômico.

Quadra ressaltar que se trata de uma atuação em campo originariamente não destinado ao Estado, vez que se contrario fosse, não poderia essa atuação levar a alcunha "intervenção", a qual exprime indesviável caráter de exceção.

Rememore-se que a Constituição Federal, em seu art. 173, *caput*, permite ao Estado a exploração direta da economia, ressalvados os casos nela previstos, somente quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, nos termos da lei.

Em consonância com o disposto no indigitado cânone, o art. 174 disciplina a atuação do Estado como agente normativo, regulador da atividade econômica, no exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Tais artigos revelam o conteúdo de exceção que permeia a atuação do Estado no domínio econômico, sendo possível denominar essa atuação como uma intervenção.

Lastreando-se nas premissas já consignadas, é lícito concluir que a CIDE se enquadra na modalidade de intervenção por indução, pela qual a atuação estatal se concretiza mediante a adoção de técnicas regulatórias de estímulo e desestímulo de determinadas condutas, em consonância com as leis do mercado.

Contudo, esta intervenção estatal deve apontar para a consecução dos objetivos eleitos como finalidades que espelhem os princípios da ordem econômica.

Logo, diante da existência de uma finalidade objetivamente determinável e estruturante da relação jurídica, em função da qual a relação meio-fim adquire consistência, inexorável se revela a aplicação do postulado normativo da proporcionalidade.

O referido postulado já foi devidamente analisado, verificando-se os critérios que o compõem, quais sejam, adequação do meio utilizado para a persecução do fim, necessidade desse meio utilizado e a aplicação estrito senso da proporcionalidade, isto é, da ponderação.

Em relação ao primeiro, deve-se perquirir se a contribuição de intervenção no domínio econômico é adequada, no sentido de se revelar apta a promover o fim almejado.

Deve-se investigar, ainda, se a mencionada contribuição é necessária, ou seja, tem-se que responder se não há outro meio menos restritivo, bem como se a finalidade já está sendo satisfeita por outro instrumento.

E, por fim, devem ser ponderados os princípios em conflito, levando-se em conta a intensidade e a importância da intervenção em um direito fundamental, pois quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.

Pelo que se evidencia na eventualidade de colisão entre determinados princípios não poder ser solucionada pelos critérios anteriores, há a imprescindibilidade de se sopesar as consequências jurídicas dos princípios em embate, colimando precisar qual delas é mais importante naquele caso concreto.

Segundo este derradeiro critério, deve-se passar por três etapas: a) definir a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios; b) aferir a importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, ou seja, a importância da satisfação do princípio oposto; c) empreender à ponderação em sentido específico, respondendo à questão de se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro³⁹².

Pelo exposto, conclui-se que somente após o preenchimento dos critérios acima indigitados, sem prejuízo da observância às demais limitações materiais e formais pertinentes à intervenção do Estado na ordem econômica, é que se pode acolher a legitimidade na criação de uma CIDE.

³⁹² ALEXY, Robert. Ob. Cit. p 160

O que tem como consequência o rechaçar da doutrina que prega a não possibilidade de controle pelo Poder Judiciário das exações tributárias de caráter extrafiscal.

CONCLUSÕES

1. Diante da insuficiência do método subsuntivo clássico, pelo qual o papel do aplicador seria o de revelar a intenção da norma, descrevendo-a sem qualquer contribuição criativa sua, surge a necessidade de uma nova interpretação constitucional.

2. A interpretação constitucional construtiva funda-se no oposto da concepção hermenêutico-silogística, reconhecendo as cláusulas supremas como eminentemente abertas, principiológicas e extremamente dependentes da realidade subjacente, pelo que não se pode acolher um sentido unívoco e objetivo, abstratamente falando.

3. Somente vislumbrados os elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será possível a determinação do sentido normativo, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.

4. Logo, o trabalho interpretativo não pode ser empreendido sem parâmetros para a ponderação de valores e interesses envolvidos no caso concreto, pelo que sobressai a importância do postulado da proporcionalidade, a fim de se depreender a sua legitimidade.

5. Fixa a distinção entre o Estado Social de Direito do mero Estado de Direito, este último descomprometido com os fins axiologicamente orientados do Estado moderno, vislumbra-se que se deve primar pela realização daquele, caracterizado pela inserção nos direitos fundamentais de diversas garantias e de direitos sociais, único conciliável com o pluralismo político adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

6. Para a efetivação da dos referidos ditames magnos, se revela imperativa a intervenção do Estado na ordem econômica.

7. Nesta monografia, se adota o sentido da expressão “ordem econômica” como ordem jurídica da economia, salvo quando explicitamente fizemos menção ao mundo

do ser, valendo ressaltar que se toma ordem jurídica como esfera ideal do dever ser na esteira dos ensinamentos de Max Weber.

8. A atuação do Estado no domínio econômico “latu sensu” somente pode dar-se pela prestação de serviço público ou, excepcionalmente, respeitados os limites do art. 173 da Magna Carta, ou seja, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

9. A expressão “atuação estatal” não se confunde com “intervenção estatal”, uma vez que a primeira é gênero da qual esta última é espécie.

10. Na intervenção estatal o Estado atua em campo da atividade econômica inicialmente reservado ao setor privado, podendo fazê-lo diretamente ou indiretamente.

11. Cabe a advertência de que, na intervenção indireta, não se trata de intervenção no domínio econômico, mas sobre o mesmo, no sentido de que o Estado não atua diretamente na ordem econômica, mas como agente normativo.

12. A nova ordem econômica apresenta as seguintes características: a) não compreende apenas normas de ordem pública, mas também normas que instrumentam a intervenção do Estado na economia – normas de intervenção; b) não se esgota em nível constitucional; c) pressupõe uma constituição dirigente ou diretiva, capaz de servir de vetor orientativo da atuação estatal.

13. O Estado intervencionista, com a constitucionalização de programas, deixa de ser meramente garantidor à preservação da liberdade individual, ficando atado à persecução de um modelo econômico que privilegie o desenvolvimento e o bem-estar social.

14. Os programas, nesta doutrina, obrigam os órgãos estatais, determinam a cessação de vigência, por inconstitucionalidade sucessiva, das normas infraconstitucionais antecedentes que entrem em atrito com aquelas, fixam critérios a serem adotados pelo legislador ordinário, vedam a emissão de normas e a prática de comportamentos que lhe são contrários ou que podem impedir a produção de seus efeitos.

15. As normas integrantes da “Constituição Econômica” fazem parte desta última espécie, pelo que, contendo os fins que norteiam a própria organização do Estado, inobrigável a não vinculação deste por aquelas, sob pena de se tomar os ditames supremos como adíforos.

16. Em casos envolvendo o mínimo existencial, a decisão do Poder Judiciário, quando fundamentada em norma programática, pode extrair a norma individual (que regerá o caso), diretamente, de um princípio constitucional.

17. Os direitos subjetivos oriundos das mencionadas normas são de natureza pública, por vez que devem ser exercidos em face do Estado, e abarcam não somente o aspecto negativo, entendido como a possibilidade de exigir uma abstenção do poder estatal, como também o aspecto positivo, consubstanciado no gozo de uma prestação promovida pelos órgão daquele.

18. Neste diapasão, a despeito da noção de direito subjetivo ter se originado com a doutrina individualista, tendo por base a liberdade negativa, com o surgimento de direitos sociais e solidarizantes, passa o conceito a engendrar centros de subjetivação que ultrapassam o indivíduo e o mero dever de abstenção de óbices ao exercício de determinada faculdade inerente a um direito.

19. O núcleo essencial do conceito de direito subjetivo não se encontra atrelado à vontade, ao interesse ou à proteção dispensada pelo ordenamento no caso de sua violação, equivale a dizer que aquele existe como decorrência funcional do direito objetivo.

20. Em síntese, os princípios fundamentais são elevados à categoria de normas cogentes que geram direitos subjetivos aos cidadãos, legitimando a atuação do Estado como verdadeiro regulador da ordem econômica.

21. O Estado social, que substitui o regime liberal, tem por base a realização do desenvolvimento econômico e do bem-estar, por meio de medidas interventivas na ordem econômica, haja vista as insatisfações das necessidades coletivas verificadas no antigo regime.

22. O Direito não se apresenta como um simples amontoado de normas, mas como um sistema dotado de unidade e coerência, que se dá pela existência dos princípios, que são verdadeiros vetores interpretativos que conferem unidade ao todo. Dessa maneira, é que a interpretação das disposições constitucionais deve ser feita em concordância com a força existente em cada um dos princípios, o que, indiscutivelmente, deve ocorrer ao se analisar as regras relativas à ingerência do Estado na economia.

23. os principais princípios constitucionais que regem a atividade econômica: a) dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 170); b) valor social do trabalho humano (arts. 1º, IV, e 170); c) valor social da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, IV: livre concorrência); d) sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); e) desenvolvimento nacional (art. 3º, II); f) erradicação da pobreza e da marginalização e da redução de desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, IV, e 170); g) liberdade de associação profissional e sindical (art. 8º); h) garantia do direito de greve (art. 9º); i) justiça social (art. 1º, III, e art. 170); j) soberania econômica nacional (art. 170); l) propriedade privada (arts. 5º, XXII, e art. 170, II); m) função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e art. 170, III); n) defesa do consumidor (arts. 5º, XXXII, 24, VIII, 150, §5º, 175, II, 170, V, c/c art. 48 do ADCT); o) defesa do meio-ambiente (arts. 5º, LXXIII, 23, VI e VII, 24, VI e VIII, 129, III, 170, VI, 174, §30., 200, VIII, 216, V, e 225, §5º); p) busca do pleno emprego (art. 170, VIII); q) proteção a empresas de pequeno porte constituídas sob a lei brasileira, com sede e administração no país (art. 170, IX); r) integração do mercado interno ao patrimônio nacional (art. 219).

24. Da simples leitura dos princípios elencados acima, é possível derivar-se do sobre-princípio da dignidade da pessoa humana os grandes fins da ordem econômica brasileira, quais sejam o bem-estar-social e o desenvolvimento econômico. Valendo ressaltar que os princípios referentes aos direitos individuais são mitigados em favor das diretrizes do Estado dualista.

25. A Constituição Federal adotou um modelo de estado de bem-estar social, sendo certo que aos cidadãos é conferido um direito subjetivo público subjetivo, ao qual corresponde o dever permanente do Estado de implementar políticas públicas tendentes à concretização da dignidade da pessoa humana.

26. De mesma forma, a Magna Carta faz do desenvolvimento nacional um objetivo fundamental do estado e, portanto, direito da nação e de cada indivíduo, passando este a ser integralizador da esfera individual de cada ser humano, apesar de apresentar-se como um direito de natureza pública subjetiva e indivisível.

27. A intervenção do Estado em duas formas, a saber, direta e indireta. Pela primeira, o Estado intervém *no* domínio econômico, como verdadeiro agente, assumindo integralmente (por absorção) ou parcialmente (por participação) o controle dos meios de produção e/ou troca de determinado setor da atividade econômica em sentido estrito. Neste sentido, o Estado, através de um ente com personalidade jurídica própria (empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária), atua no domínio econômico, seja sob o regime de monopólio, seja em concorrência com os demais agentes econômicos da iniciativa privada. Pela segunda, ao intervir de forma indireta, o Estado se limita a condicionar, a partir de fora, a atividade econômica privada, exercendo sua função normativa e regulatória. Tal postura pode se dar por meio de duas modalidades (ou técnicas).

28. Por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os agentes particulares, de caráter eminentemente cogente, inclusive para as empresas estatais que desempenhem atividade econômica em sentido estrito.

29. Já na modalidade de intervenção por indução, a atuação estatal se concretiza mediante a adoção de técnicas regulatórias de estímulo e desestímulo de determinadas condutas, em consonância com as leis do mercado.

30. Quer na atuação direta ou indireta do Estado na ordem econômica, inobrigável se revela a prescindibilidade de lei específica para a sua efetivação.

31. A intervenção do estado na ordem econômica possui dois grupos de pressupostos: a) de existência; e b) de validade.

32. Seriam dois os pressupostos de existência: I – em respeito ao objeto: a intervenção deve atingir a atividade econômica, entendida tanto no sentido amplo como no estrito, pois, se assim não se verificar, poderia haver intromissão em qualquer área social, menos da que se trata neste trabalho; II – em relação à função

pública: o ato de ingerência do Estado somente se realiza com a edição de normas jurídicas gerais ou individuais, as quais são produzidas no cumprimento das funções públicas, entendidas como um tipo de situação subjetiva em que alguém fica investido de um conjunto de poderes para perseguir um interesse alheio.

33. Quanto aos pressupostos de validade, são divisados em cinco: I – Subjetivo: De acordo com a Constituição Federal, a intervenção é ato dos entes federados, cuja competência legislativa é concorrente (art. 24, I), competindo à União estabelecer normas gerais (art. 24, §1º), sendo que às demais pessoas políticas impõe-se a observância das normas federais. Note-se que a única exceção a esta regra é caracterizada pela intervenção monopolista, cuja competência é exclusiva da União (art. 177 da CF/88); II – Objetivo: o motivo legal do ato deve coadunar-se com a situação prevista, expressa ou implicitamente, pela Constituição Econômica. Quadra indagar que na intervenção direta o art. 173 da Magna Carta expressamente dispõe que o motivo deve estar ligado aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse público, se omitindo em relação à ingerência na modalidade indireta. Entretanto, um estudo sistemático nos leva a concluir que o motivo somente pode ser qualquer situação fática comprometa o cumprimento pelo Estado das finalidades da ordem econômica ou ponha em risco seus fundamentos. Entendimento esse acolhido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 319, quando o Ministro Celso de Mello sustentou que o controle de preços deve ser justificado por motivos que conduzam o Estado a preservar os fundamentos e os princípios do art. 170 da CF; III – Finalístico: o ato interventivo deve objetivar as finalidades previstas na ordem econômica constitucional; IV – Formal: significa que a intervenção deve dar-se através de lei específica, como já visto; V – Adequação: deve se verificar a adequação entre os fins e os meios utilizados pelo legislador, que se extrai do art. 170.

34. Este último pressuposto é de sensível importância para a presente monografia, consoante visto no capítulo sobre a proporcionalidade.

35. O Constituinte lança mão do termo contribuições para delimitar um gênero, do qual são espécies: a) contribuições sociais; b) contribuições corporativas; e c) contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE).

36. As contribuições se submetem ao regime jurídico tributário, entendido como o conjunto de regras e princípios que regem certa categoria do direito positivo, mas isso não é suficiente para determinar a sua natureza jurídica.

37. As contribuições, além de se submeterem ao regime tributário, possuem natureza de tributo, coadunando-se perfeitamente com o conceito legal previsto no art. 3º do CTN.

38. A nossa Carta Política lançou mão de duas técnicas para a distribuição de competências tributárias, causal e finalística.

39. No tocante aos impostos, taxas e contribuições de melhoria, houve a indicação da materialidade possível da norma impositiva tributária, estabelecendo-se os meios e deixando em aberto os fins.

40. Em se tratando das contribuições, o critério material não foi mencionado, se limitando o Constituinte em delimitar a finalidade exação, cristalizando, desde logo, os fins e incumbindo o legislador de eleger os meios adequados à consecução daqueles.

41. Em face à nova ordem constitucional, devem ser levados em consideração, para se distinguir as espécies tributárias, os seguintes critérios: a) a vinculação a uma atividade estatal (art. 145, I, II, III); b) a finalidade que orienta a criação do tributo, justificando a sua existência; c) a destinação dessa receita (arts. 148, § único, 149, §1º, e 167, IV); d) a restituibilidade (art. 148).

42. Diante dos citados critérios vislumbram-se as seguintes espécies tributárias: I – impostos; II – taxas; III – contribuição de melhoria; IV – empréstimos compulsórios; V – contribuições parafiscais; e VI – Contribuição de Iluminação Pública.

43. Na classificação das contribuições parafiscais adotou-se a acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, que as divide em: a) sociais, denominação que engloba as de seguridade social, outras de seguridade social, sociais gerais e do sistema “S”; b) especiais: das quais são subespécies as de intervenção no domínio econômico, e as profissionais ou corporativas.

44. A distinção é importante, pois, como se verá, há incidência de regimes jurídicos diversos.

45. Pode-se definir a contribuição de intervenção no domínio econômico como uma espécie das contribuições parafiscais que se caracteriza por ser instrumento de ingerência estatal em área inicialmente reservada à iniciativa privada.

46. As normas impositivas da CIDE devem observar às previsões determinadas pelas normas gerais em matéria tributária, bem assim se submetem, via de regra, à legalidade estrita, à irretroatividade e à anterioridade.

47. Sendo espécie do gênero contribuições, a CIDE possui como elementos essenciais não só a finalidade para a qual ela foi instituída, como também a afetação de sua receita ao custeio da atividade estatal que é pressuposto de sua criação. A esses elementos se acresce o da referibilidade.

48. Na seara tributária, a Constituição Federal constitui um sistema de limites ao poder tributário, através de um sistema de princípios e regras de competência, cujo escopo precípuo é delimitar o mais objetivamente possível a atividade estatal impositiva.

49. Além das normas limitadoras da atividade tributária em geral, às quais a CIDE se submete, fronteiras são impostas mais diretamente à sua instituição, que, com o intuito meramente pedagógico, foram classificadas em: a) limitações formais; b) limitações materiais.

50. As primeiras diriam respeito à necessidade de observância de lei complementar que estabeleça normas gerais em matéria tributária (art. 146, III, da CF); e aos princípios da legalidade tributária (art. 150, I, da CF), irretroatividade (art. 150, I, da CF) e anterioridade (art. 150, III, da CF).

51. Já como espécie dos segundos limites, ter-se-ia a necessidade de intervenção federal sobre o domínio econômico custeada por meio da indicada contribuição, respeitados os princípios e fins acolhidos pela ordem econômica constitucional.

52. Tomam-se os princípios como normas que estabelecem diretamente fins, se relacionando mais diretamente com os valores acolhidos pelo sistema jurídico, podendo ser deduzidos implicitamente do ordenamento, para cuja concretização estabelecem com grau mínimo o comportamento devido, dependendo mais intensamente da sua relação com outras normas e de um maior esforço interpretativo para a determinação da conduta a ser seguida, contribuindo de forma parcial e complementar para a decisão;

53. Ao contrário, as regras são normas expressas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido, possuindo, portanto, uma relação menos dependente de outras normas e da atividade interpretativa para a determinação da conduta devida, em que pese não poder se falar em aplicação automática, sendo caracterizadas pela pretensão preliminar de decidibilidade e abrangência.

54. No mundo pós-moderno, verifica-se uma tendência da relativização do positivismo, com base primordialmente na distinção entre regras e princípios, tornando a conciliação e convivência harmônica destes últimos um dos temas mais importantes do hodierno Estado Democrático de Direito.

55. A proporcionalidade se constitui em um instrumento insubstituível para a concretização de todo o rol de direitos e garantias constitucionais, bem como do princípio geral de vedação ao arbítrio estatal.

56. Ao lado das regras e princípios, há institutos denominados metanormas, que constituem métodos controláveis intersubjetivamente e não dependentes da atribuição de peso a um deles.

57. A proporcionalidade se difere da atuação das regras ou dos princípios, pelo que é mais consentâneo classificá-la como um postulado normativo.

58. A proporcionalidade apresenta duas dimensões, complementares entre si: uma de vedação geral do arbítrio estatal; e outra de concretização prática dos diferentes direitos, interesses e garantias constitucionais.

59. Como cláusula geral anti-arbítrio, o postulado exerce, em relação ao Estado, uma função negativa ou de proteção, constituindo verdadeira norma de bloqueio³⁹³, isto é, comando jurídico no qual se sobressai a função de proteção do indivíduo contra medidas estatais arbitrárias.

60. Já no sentido de concretização prática da Constituição, a proporcionalidade se consubstancia em um instrumento de realização ótima das prestações constitucionais que se apresentam contraditórias em abstrato. Assim concebido, o postulado desempenha notável função positiva de afirmação de normatividade dos comandos constitucionais.

61. O postulado normativo da proporcionalidade é compor to pelos seguintes aspectos: a) adequação; b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito.

62. Note-se que os referidos aspectos não podem ser considerados como princípios autônomos, motivo pelo qual são classificados como meros aspectos ou dimensões da proporcionalidade.

63. A aplicação da proporcionalidade no Direito Tributário depende da finalidade das normas a serem aplicadas, se de caráter fiscal, cujo escopo é carrear recursos dos particulares para os cofres do Estado, ou extrafiscal, que visa a conformar a ordem econômica (mundo do ser), hipótese na qual se revelam mais diretamente como limitativas dos direitos e garantias individuais dos contribuintes, ou ainda, de relativas às obrigações acessórias, nas quais a prestação não é marcada pelo cunho pecuniário.

64. Em se tratando de normas jurídicas tributárias, desvinculadas de uma atuação estatal e estritamente fiscais, que venham a afrontar bens jurídicos protegidos pelo direito de propriedade, a aplicação do postulado da em estudo limitar-se-á, pela inexistência do fim para estruturar a relação jurídica, à proibição de excesso.

65. Importante anotar, todavia, que no caso de normas jurídicas tributárias que tenham uma finalidade extrafiscal, ou que sejam vinculadas a uma atuação estatal

³⁹³ termo usado de acordo com classificação de Tércio Sampaio. Ver FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio **Teoria da Norma Jurídica: Ensaio da Programática da Comunicação Normativa**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999, p. 12-13

ou, ainda, que estabeleçam obrigações acessórias, a obediência ao dever de proporcionalidade admite seu caráter trifásico. Isto porque há uma finalidade objetivamente determinável e estruturante da relação jurídica, em função da qual a relação meio-fim adquire consistência.

66. Lastreando-se nas premissas já consignadas, é lícito concluir que a CIDE se enquadra na modalidade de intervenção por indução, pela qual a atuação estatal se concretiza mediante a adoção de técnicas regulatórias de estímulo e desestímulo de determinadas condutas, em consonância com as leis do mercado.

67. Contudo, esta intervenção estatal deve apontar para a consecução dos objetivos eleitos como finalidades que espelhem os princípios da ordem econômica.

68. Destarte, diante da existência de uma finalidade objetivamente determinável e estruturante da relação jurídica, em função da qual a relação meio-fim adquire consistência, inexorável se revela a aplicação do postulado normativo da proporcionalidade.

69. O referido postulado já foi devidamente analisado, verificando-se os critérios que o compõem, quais sejam, adequação do meio utilizado para a persecução do fim, necessidade desse meio utilizado e a aplicação estrito senso da proporcionalidade, isto é, da ponderação.

70. Em relação ao primeiro, deve-se perquirir se a contribuição de intervenção no domínio econômico é adequada, no sentido de se revelar apta a promover o fim almejado.

71. Deve-se investigar, ainda, se a mencionada contribuição é necessária, ou seja, tem-se que responder se não há outro meio menos restritivo, bem como se a finalidade já está sendo satisfeita por outro instrumento.

72. E, por fim, devem ser ponderados os princípios em conflito, levando-se em conta a intensidade e a importância da intervenção em um direito fundamental, pois quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.

73. Pelo exposto, conclui-se que somente após o preenchimento dos critérios acima indigitados, sem prejuízo da observância às demais limitações materiais e formais pertinentes à intervenção do Estado na ordem econômica, é que se pode acolher a legitimidade na criação de uma CIDE.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito Econômico**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1979.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARÊAS, Paulo André Morales. Um Estudo Comparativo Entre a Doutrina de Dworkin e a Súmula de Efeitos Vinculantes – E.C. Nº 45, Brasil: 2005. *in* **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos: Ano VI, Nº 6 – Junho, 2005, p. 569-588

ATAÍDE, Augusto de. **Elementos Para um Curso de Direito Administrativo da Economia**. Lisboa, 1970.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____, Normas Gerais de Direito Financeiro e Tributário e Autonomia dos Estados e Municípios, *in* **RDP**, outubro a dezembro de 1969, p. 45–80.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção Entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. I**, pág. 27 e ss.. 1999.

_____. **Teoria dos Princípios “da definição à aplicação dos princípios jurídicos”**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios. *In* LEITE, George Salimão (organizador). **Dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Malheiros: 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª edição. São Paulo : Saraiva, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. A Problemática da Constituição dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, N. 142, ANO 36. Abril-junho/1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Malheiros, 1993.

Borges, Souto Maior, Normas gerais de direito tributário, *in RDP* 31.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1982

_____. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993

_____. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. **A Questão Agrária e a Justiça**. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000.

BRITO, Evandro Oliveira de. Consciência Histórica e Hermenêutica: Considerações de Gadamer Acerca da Teoria da História de Dilthey. *In Trans/Form/Ação*. São Paulo: v.28(2), 2005, p.149-160.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da constituição**. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte: Curso de Pós- Graduação em Direito da UFMG e Mandamentos. v. 3., mai, 1999.

CAUPERS, João. **Introdução ao direito administrativo**. Lisboa: Âncora, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COMPARATO, Fábio konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. **A Questão Agrária e a Justiça**. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000.

CRETTON, Ricardo Aziz. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Preâmbulos das Constituições do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol. 96, jan.dez., 2001.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1995.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Contribuições Sociais, **Caderno de Pesquisas Tributárias**, v. 17, Co-edição Resenha Tributária e Centro de Extensão Universitária, 1992,

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENDRES, Silvana Bussab. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. *In* GRECO, Marco Aurélio (Coordenador). **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figurar Afins**. São Paulo: Dialética, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madri: Civitas, 1994.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Tratado de Direito Civil Brasileiro**, v. 9. São Paulo: Freitas Bastos, 1941.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Uma Genealogia das Teorias e Modelos do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro, BIB nº 46, 1998.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. v. 1. São Paulo : Saraiva, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Vol. 1, Arts. 1º a 43. São Paulo : Saraiva, 1990.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, 7ª ed., Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2005

GOMES, Orlando. Constituição Econômica e Constituição Política na Democracia pluralista *in* **Ensaio de Direito Civil e de Direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004

_____. **Planejamento Econômico e Regra Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. Constituição e Serviço Público. *In* **Direito constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo : Malheiros. 2001.

GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições “uma figura *sui generis*”**. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins. *In* GRECO, Marco Aurélio (coordenador). **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins**. São Paulo: Dialética, 2001.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

_____. *A Interpretação especificamente Constitucional*. *In: Revista da Procuradoria Geral do Estado*. Fortaleza: 8(10), p. 105-110. 1991

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1999

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 5ª ed., parte I. Petrópolis: Vozes, 1995

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. *In* **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: a. 37 n. 145 jan./mar, 2000.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: RT, 2.000.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 7ª ed. Madri: Tecnos, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 23.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de Introdução à Ciência Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1969.

MALERBI, Diva. **Direitos Fundamentais do Contribuinte**. São Paulo: RT, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo : Malheiros. 1998.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969**. Tomo I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra, Centelha, 1973.

_____. Economia e constituição. **Separata do Boletim de Ciências Econômicas**, v. XVII. Faculdade de Direito, Coimbra, 1974.

NORONHA, Fernando. **Direito e sistemas sociais – A jurisprudência e a criação de direito para além da lei**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1988.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta Lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: ed. 70, 1999

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Contribuições de intervenção no domínio econômico**. Dialética. São Paulo, 2002

_____. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PONTES, Helenilson Cunha. Notas sobre o Regime Jurídico-constitucional das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. *In* **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

REIS, José Carlos Vasconcelos dos. **As Normas Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROCHA SCOTT, Paulo Henrique. **Direito Constitucional Econômico. Estado e Normalização da Economia**. Porto Alegre: Safe, 2000.

SAVATIER, René. **La Théorie des Obligations**. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1974.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do Estado Intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

SCHIESARI, N. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E.. **Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação**, 4ª ed., Trad. Celso Reni Braidá. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia de Letras, 2001.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso Básico de Direito Constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004

STEIN, Ernildo. A Consciência da História: Gadamer e a Hermenêutica, **In Mais**, caderno especial de Domingo da Folha de São Paulo, 24/03/02

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria Geral do Direito Econômico**. São Paulo: Ed. RT, 1977.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. Trad. De José Medina Echeverria e outros. México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

YAMASHITA, Douglas. Princípio da solidariedade em Direito Tributário. In GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (orgs.). **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 53-67.