



# CONFERÊNCIAS E DEBATES

## GARANTIAS CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

VICTOR NUNES LEAL

Professor e advogado — Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal

O Prof. Geraldo Ataliba: Temos, hoje, a honra de receber o Min. Victor Nunes Leal, mestre do Direito e exemplar professor, estadista, magistrado e, agora, advogado. Mestre que emergiu no mundo jurídico, quando se reconstitucionalizou o país, em 1946, e que contribuiu, notavelmente, para a formação de toda uma geração, — na qual eu me coloco — e para o prestígio, conhecimento e divulgação

Notas taquigráficas de Aula Magna proferida em outubro de 1974 na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, no V Curso de Especialização em Direito Tributário.

dos princípios de direito público e especialmente de direito constitucional. E que não descansou dessa missão, prosseguindo na sua tarefa docente, na mais ampla escala, porque, como diretor e articulista da prestigiosa Revista de Direito Administrativo, abordou os principais temas de direito público, expondo doutrina sólida e duradoura, contribuindo para formar a nossa mentalidade jurídica. Depois, no Supremo Tribunal Federal, não vou dizer que teve ampliado o número de seus alunos, porque o alcance da Revista de Direito Administrativo é tão grande quan-

to o alcance da Revista Trimestral de Jurisprudência. Mas ali, no Supremo, o Min. Victor Nunes Leal teve a oportunidade de examinar questões outras, que não da sua escolha, mas que lhe caíram sob sua atenção em virtude de contingências da vida concreta que levaram partes ao Supremo Tribunal Federal, pleiteando as mais diferentes questões. E aí teve a oportunidade excepcional de abordar a mais variada gama de problemas, a eles aplicando sua cultura e sua inteligência. E, pela divulgação desse trabalho, teve o ensejo de prosseguir lecionando a todos nós.

É a este mestre, a este professor por excelência, que vamos ouvir hoje, tratando, no esquema do nosso curso que cuida do sistema constitucional tributário brasileiro de uma das questões mais importantes, que é o problema das garantias dos contribuintes, em matéria tributária, ao nível constitucional.

Min. Victor Nunes, receba de seus alunos de S. Paulo e seus discípulos desde os bancos acadêmicos até hoje, as boas vindas, sabedor de que aqui estão professores, juizes, advogados, promotores, procuradores públicos, de Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso, Minas Gerais, Estado do Rio de Janeiro, Guanabara e de todo o Estado de S. Paulo. Receba as nossas homenagens e boas vindas. Vamos ouvi-lo com muita atenção e, certamente, com proveito. (PALMAS).

O Min. Victor Nunes Leal: Eu sou muito grato às palavras amabilíssimas do Prof. Geraldo Ataliba. Ele dizia certas coisas que soavam aos meus ouvidos como se fossem do século passado, ao comentar, por exemplo, a reconstitucionalização do país, por volta de 1946, quando se fundou a Revista de Direito Administrativo. Não mereço esses elogios. Ao contrário, sou devedor da honra de ter sido convidado para participar, aqui, destes debates. É escusado dizer que nem me considero professor de tão seleta assistência, nem estou à altura de considerar como alunos meus colegas, alguns, talvez, já se aproximando de minha idade.

### a) considerações introdutórias

O tema designado — garantias constitucionais em matéria tributária — criou para mim um primeiro problema: no programa, outro tópico (limitações — constitucionais do poder de tributar) também figura. Como todas as limitações constitucionais ao poder de tributar são, evidentemente, garantias para o contribuinte, porque ele não poderá ser tributado naquelas condições, uma faixa do meu tema poderia sobrepor-se à do outro, que tem como expositor um grande tratadista da matéria, o professor e ministro-presidente do Supremo Tribunal Alomar Baleeiro. Procurei, então, pesquisar como poderia afastar-me, o mais possível, do tema das limitações constitucionais ao poder de tributar. Porque, para este outro tema, eu teria que estar sentado aí, para ouvir o Min. Alomar Baleeiro.

Começamos pela idéia de garantia. É tradicional, no nosso direito constitucional, a diferenciação entre direitos e garantias.

A garantia surge, juridicamente, com um sentido claramente instrumental. É instituída em função do direito que ela protege, ou ampara, ou ao qual ela cria condições de pleno exercício, de plena eficácia. Ruy Barbosa — embora não mais da nossa época, mas nunca assaz lembrado — discutiu bastante o problema, a propósito do estado de sítio, quando a Constituição dizia que se suspendiam as garantias constitucionais e havia quem sustentasse que no sítio se suspendem todos os direitos, todas as garantias. Dizia Ruy Barbosa: "como se se criasse um vácuo constitucional no país". Embora sem uma sistematização muito precisa — porque ele escreveu esses comentários a propósito de pleitos judiciais e campanhas contra decretos de estado de sítio — deixou bem claro o papel instrumental das garantias, em relação aos direitos. Os direitos, inerentes à personalidade humana (vinculados à condição humana do titular) e as garantias como os meios, os instrumentos, ou formas processuais, que permitem o pleno gozo e eficácia dos direitos. Entretanto, este não seria o único conceito de garantias. Citando autores de nomeada, ele próprio mostrou que as ga-

rantias freqüentemente podem entender-se como integrantes do próprio sistema político-jurídico do país. A organização do Estado pode ser de forma a tornar mais efetivos os direitos ou a reduzir e até mesmo a eliminar os direitos, ainda que reconhecidos, formalmente, no texto das constituições e das leis.

#### b) Discernimento metodológico

Começemos, portanto, por algumas considerações sobre a estrutura do Estado. Mas, formularei antes outra ponderação a respeito da matéria tributária propriamente dita, vinculada ao conceito de garantia. Se a garantia, em matéria tributária, é do contribuinte, nós encontramos, logo na primeira linha, além das pessoas naturais, as pessoas jurídicas e, entre essas, pessoas jurídicas que integram a própria administração indireta e também as próprias entidades tributantes, que não são imunes às taxas. Então já vemos aí a possibilidade, freqüente na prática, de litígios entre entidades de direito público a propósito dos tributos, de cobrança de tributos e, no nosso sistema de participação de receitas, muitas vezes a propósito da efetiva entrega do que é devido, pelo poder arrecadante, às entidades destinatárias de parte dessa receita. Chegamos assim a essa situação um pouco curiosa, de garantias constitucionais — que faz surgir ao espírito, imediatamente, a idéia de proteção contra o poder, protegendo o poder.

Dado o caráter instrumental das garantias, uma vez que pessoas jurídicas, empresas públicas integrantes da administração indireta federal, também estariam protegidas por elas e, por via de consequência, a União, que é o poder tributante mais poderoso, o mais capaz de criar embaraços, dificuldades e pressionar os contribuintes. Então sugeriria, desde logo, para evitar esse paradoxo — de proteger, através de garantia constitucional, quem menos precisa dela, que é a União, como poder tributante — que se definisse desde já essa situação como estranha ao tema das garantias.

Poderíamos recorrer, talvez, a uma classificação do velho Duguit, elaborada a outro propósito, evidentemente, até com in-

tenções filosóficas, pela qual o jurista podia perceber, no próprio contexto da vida social, a formação do direito como produto da natureza social dos homens e das relações que entre eles se travam, ele discriminava as regras jurídicas em dois grandes blocos: a) as regras normativas, que seriam as normas de conduta propriamente ditas, reconhecendo direitos, impondo comportamentos, etc., e, de outro lado, b) as regras construtivas, cuja finalidade seria dar exequibilidade às primeiras, que ele via em número muito pequeno — basta dizer que no Código Civil ele só reconhecia três regras normativas. Tudo mais teria um papel construtivo, destinado a executar aquelas primeiras, mais gerais e mais universais.

Então, cada vez que encontramos — na Constituição, se nos for permitida essa liberdade — uma regra que seja garantia do indivíduo, mas que esteja garantindo a União, em matéria tributária, vamos chamá-la, neste caso, de norma construtiva e deixar o conceito de garantia especificamente para o contribuinte necessitado de proteção.

#### c) Separação dos poderes

No tocante às garantias relacionadas com a estrutura do poder, com a estrutura do Estado, com as relações dos diversos departamentos do governo, a primeira que nos ocorre é a divisão de poderes. Já historicamente, como todos sabem, foi para proteger a liberdade que Montesquieu imaginou essa forma engenhosa — inspirada pela organização inglesa da época — de conter parte da estrutura do poder pela ação de outra parte da mesma estrutura. Ou seja, um mecanismo interno, insito no Estado, mas cuja finalidade seria proteger a liberdade individual, uma vez que, na sua concepção, se os poderes fossem reunidos numa só pessoa, ou numa só assembléia, a liberdade desaparecería. O contribuinte, estando sujeito à atuação do Estado, seja na votação dos tributos, a que ele se submete, seja na cobrança desses tributos, é exposto, portanto, a uma série de situações que podem comprometer a sua fortuna, os seus bens, como também a sua própria liberdade, dada a penalização moderna do direito

tributário. A divisão de poder, estaria organizado de modo a evitar a hipertrofia do poder tributante. Todos sabemos que o mundo moderno é, em grande parte, hostil a essa fórmula, em que o Estado é organizado para agir pouco, para embaraçar-se a si mesmo em benefício dos indivíduos, mas resultando num Estado mais omisso do que atuante.

O mundo contemporâneo — sobretudo com a sua situação de crise quase permanente, se não efetivamente permanente — obrigou o adoção do outro esquema efetivo de concentração de poder. O beneficiário dessa concentração de poder, no mundo inteiro, não foi o Parlamento, mas, precisamente, o Executivo. Só em circunstâncias especiais é que se criam condições para que o Congresso afirme a sua superioridade sobre o Executivo, como ocorreu ultimamente nos EUA, no famoso episódio Watergate. E de se supor — uma vez que fórmulas novas não apareceram para substituir a divisão de poderes, como técnica de proteção das liberdades contra o Estado — que os cientistas políticos, cientistas sociais ou juristas tenham desanimado de encontrar qualquer fórmula com esse resultado, atuando dentro da estrutura do Estado.

#### d) Necessidade de desenvolver o sistema

É possível — não ousou fazer nenhuma afirmação a respeito — que qualquer sistema de equilíbrio, nas circunstâncias atuais, no mundo inteiro (para proteger o indivíduo, e protegendo o indivíduo, também o contribuinte, de modo eficaz) tenha que se instituir fora do Estado. Porque dentro do Estado perturbaria a atividade que ele hoje tem de exercer, prontamente, ativamente, eficazmente. Para coexistir essa característica do Estado e, ao mesmo tempo, ficar o indivíduo, o cidadão, a pessoa humana, protegida, essa proteção teria de colocar-se, então, fora do Estado, já que se torna impossível colocá-la dentro do Estado, sob pena de imobilizá-lo.

Suponho que a imaginação humana não foi suficientemente inovadora, para apresentar, nessa matéria, qualquer esquema novo. O mundo está cada vez mais tumultuado, o Estado cada vez mais onipotente e, aqui e acolá, a não ser a desordem, a não ser o terrorismo, a não ser o anarquismo, pouca coisa se tem visto que se pudesse, algum dia, institucionalizar como mecânica de proteção do indivíduo contra o poder. Talvez não tenha sido experimentada, ainda, em muitas de suas possibilidades, a idéia de encontrar — e já que estamos falando de tributos, de contribuintes, tem propriedade isto — na organização de economia, este elemento capaz de conter um pouco o Estado. E isto porque o Estado não pode viver sem a economia. Na economia privada, ele não pode viver sem as grandes indústrias, dado o nível tecnológico a que se chegou; não pode viver sem as grandes organizações do comércio externo. Nos países que se encontram em situação econômica, social e política equiparáveis às do Brasil, o governo tem poder total mesmo sobre a economia. Mas se for possível imaginar qualquer método de contenção dos possíveis exageros do Estado, o que me ocorre, como possibilidade a ser discutida é, exatamente, no plano das grandes empresas, Porque o Estado tudo pode contra elas, mas, sem elas nada poderá. E qualquer sistema articulado com as grandes empresas — em benefício do país, evidentemente, e não apenas no interesse privado delas — não correria jamais o risco de ser considerado movimento subversivo. Porque seria uma contradição nos próprios termos que elas estivessem trabalhando contra si mesmas e que visassem à sua própria destruição, em termos de organização social.

Isto é uma pura conjectura, porque quem vos fala não tem nenhuma possibilidade de descobrir coisas que os outros não descobriram.

#### e) Federação e descentralização política

A outra garantia ligada à estrutura do Estado, com reflexo ainda mais direto sobre o contribuinte, é o sistema federal de governo. Como se sabe, só há federação juridicamente desenvolvida, ou aperfeiçoada, quando as divisões de competências entre as várias áreas de governo da federação — a União, de um lado, os Estados do outro, e, no Brasil, também

os municípios — têm a sua delimitação traçada no próprio texto da Constituição. Sendo a Constituição a norma superior, garantida — como sabem e como analisaremos um pouco mais detalhadamente adiante — por um mecanismo eficiente, tanto quanto possível, ficam essas unidades protegidas, na sua área de competência, por esta intocabilidade da norma constitucional. A federação, entretanto, anda em crise por toda parte. Nós não seríamos uma ilha nesse processo de centralização que vai, em todos os países federativos, absorvendo e deformando a federação. Mas, onde quer que se tenha uma constituição do tipo rígido, como é a nossa, com a distribuição das competências no texto constitucional e com o mecanismo de defesa da superioridade da Constituição — no caso do Brasil, confiado, em última análise ao Supremo Tribunal — sempre haverá um certo número de normas que estão juridicamente garantidas contra os abusos e as intromissões de uma entidade em relação às demais.

O movimento centralizador, entretanto, se concretiza em uma série de providências, de que a nossa Constituição fornece alguns exemplos bem ilustrativos. A técnica da distribuição dos tributos, do lançamento do tributo por uma entidade e de sua arrecadação por ela própria, ou por outra, mas destinada a receita resultante, a ser distribuída entre todas na forma que a Constituição — ou as leis, quando assim autorizadas — estabelecer, é um elemento sutil e eficaz de centralização. Não obstante, normas constitucionais que determinam — com sanções apropriadas — que essa distribuição se faça em tempo certo e sem delongas, todos sabemos que entre a voz e o fato sempre alguma coisa acontece.

Aquí em S. Paulo, as Prefeituras já promoveram ações numerosas, contra o Estado, para reclamar sua participação do ICM. Antes dos atuais preceitos constitucionais mais efetivos, a distribuição dos recursos provenientes do imposto único sobre lubrificantes e combustíveis, sobre a eletricidade, sobre os minerais, já se constituía num tema polêmico, pelos seus retardamentos constantes. Por outro lado, esta centralização de recursos, em

grande volume, para serem distribuídos por outras entidades, cria para o governo central uma oportunidade excepcional de desenvolver grandes programas de interesse geral do país e de vincular o emprego dessas disponibilidades pelos Estados e pelos Municípios, à execução desses programas.

Não direi que isto é contra o interesse do país; muito pelo contrário. No estado atual da tecnologia, quase todos os grandes problemas, no planejamento econômico, mesmo no planejamento regional, dependem de uma concepção geral, nacional, de um programa que seja observado e aplicado em todo o país. As próprias desigualdades regionais só podem ser a — meio ou a longo prazo — reduzidos, nas suas nefastas conseqüências, mediante transferências de recursos das áreas mais ricas, para as áreas mais pobres, através dessa técnica centralizada de suprimento das regiões menos favorecidas. São todos fenômenos de centralização, tão necessários hoje, que dificilmente se poderia conceber que as coisas se passassem de outro modo. Todos sabemos que há hoje postulação censurando a aplicação de certos recursos, por exemplo, em fontes luminosas, nas sedes dos municípios, porque quando os municípios se viam com uma disponibilidade maior de recursos, tratavam de gastá-los desta maneira, tão pouco conveniente para o desenvolvimento do país, que, apesar do nosso desejo em contrário, ainda é um país subdesenvolvido, com áreas altamente desenvolvidas mas, no seu conjunto, um país subdesenvolvido. Então, não há que censurar esta técnica, mas apenas mostrar que, sendo ela, hoje, inevitável, como um resultado necessário da evolução econômica e social dos países eufemicamente chamados "em desenvolvimento", quem recebe, juridicamente, os influxos dessa transformação é o sistema federativo, que vai sendo cada vez menos federativo, embora guardadas as formalidades.

#### f) Supremacia da constituição e hierarquia das leis

Outro ponto, no capítulo das garantias, que me parece o mais importante,

e que está ligado — como a divisão de poderes, de um lado, e a federação do outro — ao grande movimento constitucionalista que, no final do século XVIII e depois, pelo século XIX em diante, foi-se espalhando pelo mundo afora, é o de uma hierarquia das normas jurídicas. Ligado a esse movimento, porque há uma correspondência entre o grau hierárquico das normas jurídicas e a expressão de poder da fonte de que elas emanam.

A Constituição é a norma mais alta, por emanar do poder constituinte, que, uma vez abolida a monarquia absoluta, foi transferido para o povo e, por definição, é ilimitado na sua expressão nacional; juridicamente ilimitado, não há poder constituinte ilimitado no plano dos fatos. La Salle demonstrou essa verdade de modo muito claro, que todos conhecem, figurando a hipótese de ter desaparecido todo e qualquer vestígio da legislação antecedente e se encontrar o governante na contingência de ter de constitucionalizar o país. Imaginando que ele desejasse abolir a realeza, já que ele tratava da Prússia, dizia La Salle — o rei dirá: "não, quem comanda os exércitos sou eu, que sou um pedaço da Constituição e dela não posso ser riscado". Porque a Constituição é um somatório das condições reais de poder, e o constituinte ou atende a essas relações reais de poder, ou fará obra efêmera. Mas juridicamente o poder constituinte, no plano nacional, é ilimitado. O que é limitado, é o chamado poder constituinte do segundo grau, digamos, do dos Estados porque só se exerce de acordo com as regras da própria Constituição federal, ou o poder constituinte que se traduz nas emendas à Constituição, porque também ele já é um poder de segundo grau. A Constituição é que regula como o Congresso — ou, eventualmente, outros organismos de poder, que se constituam de acordo com ela — poderá emendar a própria Constituição. E é comum haver, como na nossa, proibição para se mudar determinadas características do regime.

A hierarquia das normas jurídicas, pois, se traduz nessa hierarquia de poder: a Constituição, correspondendo ao Poder Constituinte; as leis ordinárias, correspondendo ao Poder Legislativo, que é subordinado em confronto com o Poder

Constituinte; e, abaixo das leis, os regulamentos, emanados dos centros executivos, e que são uma peça do equipamento do governo, e não o governo no seu conjunto, e assim por diante, as instruções ministeriais e portarias de autoridades subordinadas, tudo formando um conjunto normativo que funciona, na prática, como sendo a ordem jurídica nacional.

#### g) Controle jurisdicional de constitucionalidade

A hierarquia das normas jurídicas é mais importante nos países que criaram um mecanismo de proteção da superioridade da norma constitucional, um mecanismo institucional de defesa dessa norma. Nosso país, todos sabemos, inseriu-se nessa corrente, de acordo com o exemplo norte-americano. A tradição européia era infensa a essa estruturação de defesa da Constituição. O exemplo mais clássico e conhecido, no sentido contrário, era o da Inglaterra, com sua constituição flexível e, entretanto, mais estável do que a maioria das constituições rígidas do mundo inteiro. Mas, depois da Segunda Guerra, vários países europeus institucionalizaram mecanismos de defesa da Constituição; ou tendendo para um sistema judicial, como é o nosso e o norte-americano, em que a última palavra cabe ao tribunal mais alto, ou para um sistema misto, judicial-parlamentar, como é o da França, em que a constitucionalidade da lei é verificada, não na sua execução, mas numa das etapas da sua elaboração. Uma vez que passe por esse crivo, os tribunais não têm o poder de negar aplicação a essa lei. O sistema judicialista, como é o nosso, parece o mais eficaz do ponto de vista da permanente proteção do indivíduo e, no nosso caso, do constituinte, porque os argumentos que se podem apresentar para demonstração de que uma norma contraria a Constituição não aparecem, no espírito dos juristas, de uma vez só, da noite para o dia, nem são pura criação mental dos juristas.

São as próprias circunstâncias sociais que mudam a colocação do problema, em face de alguma decisão tomada anteriormente. Não é por outra razão que a Corte

Suprema dos EUA — da qual já se disse que exerce o poder constituinte permanente — depois de ter considerado a segregação racial constitucional, durante muitos anos, sem ter havido nenhuma modificação na Constituição, passou a decidir que a segregação racial contrariava a Constituição. Depois de ter aceito como legítima a pena de morte, durante anos e anos, proclamou a pena de morte incompatível com a Constituição.

Houve algum texto novo? Houve alguma elaboração teórica genial?

Não, as circunstâncias é que mudaram. É um fato que a consciência jurídica nacional aceitava, se não como louvável pelo menos como sofrível, passou a não ser mais aceita, pelo menos através dos seus expoentes mais expressivos, a ponto de refletir-se na orientação da Corte Suprema. Então, o sistema de se examinar a constitucionalidade de uma lei, de uma vez por todas, no momento em que ela é elaborada, torna impossível que a própria evolução dos fatos contribua para que uma solução diferente, mais adiante, se apresente, como é da prática corrente dos tribunais, não só a respeito de questões tão importantes como essas, como de qualquer outro tema jurídico submetido aos tribunais.

#### h) Funcionamento do Judiciário

A nossa hierarquia jurídica tradicional, comporta (três) graus; a saber: — a Constituição; — a Lei Ordinária; e, — o Regulamento.

Os atos normativos da administração subordinada costumavam ser chamados de normas internas, sem nenhum reflexo exterior; obrigavam os elementos da administração, não obrigavam o cidadão no seu comércio jurídico com a administração. Mas, também aí, a evolução dos fatos foi mudando os conceitos. Hoje, sabemos que uma resolução do Banco Central pode ser mais eficaz, mais costiva do que uma lei, gerada com todas as suas formalidades. A força de uma norma não está só nela, nem só na sua categoria, ela também está, em parte, nas circunstâncias. No sistema financeiro, por exemplo, qual o banco que ousaria contestar,

nos tribunais, uma instrução do Conselho Monetário Nacional? É inútil, então, indagar, se essa instrução é perfeita, se ela invade ou não a área das leis ou, quem sabe, da própria Constituição. Mas as circunstâncias impedem que esse tipo de controvérsia seja levado aos tribunais. Então, todo o mecanismo formal que se cria, e aparentemente funciona — e eu mesmo estou dizendo que funciona bem — não tem condições de funcionar. São problemas que fogem, pois, bastante da área jurídica, e este é um curso jurídico. Mas a realidade é sempre um dado do jurista, que não pode se abstrair dela; se ele se abstrai à realidade, em primeiro lugar o tribunal não lhe dá ganho de causa, porque os tribunais são realistas — muito mais realistas do que se costuma supor.

Há uma famosa decisão da Corte Suprema dos EUA que evidencia, ilustrativamente, o que acabo de dizer. Tratava-se dos oleodutos, construídos, pela primeira vez, por uma grande empresa petroleira. Isso lhe deu uma superioridade, em termos do que se chamaria hoje marketing, porque — o transporte do óleo lhe ficava muito mais barato — e permitia, em toda aquela região, oferecer preços mais vantajosos do que suas concorrentes. Tratou-se, então, de se fazer uma legislação obrigando essa companhia a ceder o uso do seu oleoduto — propriedade privada — às outras, mediante uma tarifa que o poder público fixou. Fato inteiramente estranho às concepções liberais da época. A questão foi à Corte Suprema e foi incumbido de redigir a decisão, o grande Holmes, cujo voto foi prevalecente.

A decisão afinal publicada era, do ponto de vista do raciocínio jurídico, paupérrima. É um professor de Harvard, que polemizava freqüentemente com o Min. Frankfurter, por sua grande admiração por Holmes, um dia disse: "o seu herói não fez nada mais do que incidir em petição de princípios do começo ao fim, na redação do julgamento do pipeline case. Ele não é o que você anda dizendo, mas, sim, um jurista de segunda categoria".

E Frankfurter, que conta isso nas suas memórias, observou que esse professor orientava mal seus alunos. Ele deveria explicar-lhes que as decisões da Corte Suprema não são tomadas, às vezes, por

um processo inteiramente lógico. O juiz incumbido — depois da reunião reservada em que se chega a uma decisão provisória — de redigir a decisão submete seu rascunho, reservadamente os demais. E, na medida em que haja interesse em que aquela redação obtenha maioria expressiva, o relator vai acolhendo a sugestão de "a" ou "b", cortando aqui e acrescentando acolá, daí podendo resultar uma colcha de retalhos. Dizia Frankfurter, isso deve ter acontecido no caso. Passados os anos, morto Holmes, a família entrega seu arquivo pessoal a Frankfurter, para que ele lhe desse o destino que julgasse mais adequado, e Frankfurter vai encontrar, nos rascunhos de Holmes referentes a essa decisão, uma nota manuscrita: — "Esta é uma decisão inteiramente insatisfatória".

Ele seria capaz de dar uma construção jurídica, mas seus colegas não aceitavam. Então ele teve de explicar aquilo que lhe cabia, sem acrescentar nada de novo, porque o fato de que era preciso criar condições competitivas, naquela área produtora de petróleo, era muito mais importante do que a lógica jurídica da decisão. Esse é um exemplo, muito característico, porque documentado nas memórias de Frankfurter, de que os tribunais são realistas. Então, quando, em uma aula, em dado momento, na área do direito, se baixa um pouco da pureza dos grandes princípios para estas considerações, não devemos estranhar.

#### 1) Convênios Interestaduais

Dizíamos que a nossa graduação tradicional das normas jurídicas era: Constituição, leis, regulamentos, normas subordinadas. O decreto-lei, obviamente, está na posição da lei, com a única diferença da fonte de onde emana. Mas o sistema comportaria, evidentemente, outro tipo de norma, do ponto de vista da hierarquia.

A Constituição de 1937 previa a criação dos conglomerados municipais (o nome não era bem esse). Mas, na época, nunca se construiu nada de efetivo a esse respeito. É o equivalente às áreas metropolitanas, que agora estão começando a entrar na moda, de acordo com a nova Constituição. Mas nada se dispunha a res-

peito das normas que iam reger esses conglomerados municipais. A idéia, praticamente, morria. Se há uma disciplina jurídica que transcende o território da entidade que legisla validamente, essa nova ordem, só se pode formar se se descobrir uma norma correspondente a esta nova realidade. Uma nova norma que seja aprovada ou pela comunhão dos municípios que façam parte do grupo, ou dos Estados, se for o caso, mas não a mesma sistemática anterior para reger um fato novo, que não é amoldável àquela estrutura anterior.

Isto vem a propósito de duas novidades, que a Constituição atual criou, que são os convênios estaduais e as áreas metropolitanas. Quanto a estas uma lei complementar regulou o seu funcionamento e a sua organização. Criou meia dúzia de áreas metropolitanas — mas, dentro delas, o município, em princípio, é livre de incluir-se, ou não, no regime. E não se criou, nem na Constituição, nem na lei complementar um tipo de norma para reger essa realidade. É, pois, uma construção muito deficiente, do ponto de vista da sua operatividade.

Já em relação aos convênios estaduais, que a Constituição previu em mais de uma oportunidade, mas, no ponto a que estou me referindo, para regular a concessão e a revogação de isenções do ICM, a lei complementar estabeleceu que o convênio, uma vez firmado, só se modifica por outro convênio. Criou-se então, aí, em base convencional uma norma superior às leis estaduais porque o Estado não terá a liberdade — segundo essa norma da lei complementar — de desvincular-se desse convênio. Se se tratar de isenção vinculada, chamada isenção onerosa, provavelmente a questão não dará maiores problemas, porque é, em princípio, pelos tribunais, e hoje também no Código Tributário, aceito que a isenção onerosa não pode ser revogada unilateralmente. Então, os tribunais farão prevalecer realmente o convênio que dá a isenção. Se o Estado quiser libertar-se não poderá fazê-lo, mesmo na situação anterior. Mas se se tratar de qualquer outra circunstância ligada a esse problema, e o Estado quiser libertar-se do convênio? Que segurança firme podemos ter de que o Su-

premo Tribunal não fará prevalecer a lei estadual? Onde está dito, na Constituição, que, em matéria de tributo estadual, a lei estadual não conta?

A Constituição menciona o convênio, mas também menciona os convênios administrativos, para a execução de qualquer serviço administrativo, arrecadação de impostos, fiscalização de impostos e mesmo execução de outros serviços. Mas, em princípio, o Estado conveniente, o Município conveniente, poderão libertar-se. E é possível que, em se tratando desses convênios a que me refiro, também isso possa acontecer.

### 1) Lei complementar

Cuidemos, agora, de uma nova categoria de norma, que surgiu no ordenamento constitucional vigente, que é a lei complementar. E diga-se de passagem que, dada a situação revolucionária, há duas estruturas paralelas. Os atos institucionais estão no plano da Constituição, como os atos complementares estão no plano das leis complementares. Eventuais conflitos entre essas duas estruturas, se se tratar do plano político, importante, não se resolverão dentro do sistema jurídico; se se tratar de problema jurídico, o Supremo Tribunal vai resolvê-lo, provavelmente, de acordo com o critério do conflito e leis do tempo: o ato posterior revoga o anterior, sendo da mesma categoria.

A idéia da lei complementar, como sabem, nasceu com o regime parlamentarista. Foi a Emenda n. 4 que introduziu o parlamentarismo, forma pela qual, então, se permitiu a posse do vice-presidente, João Goulart, que previu a implementação do regime através de lei complementar, votada por maioria absoluta dos votos do Congresso. A Constituição anterior e também teve ocasião de escrever um trabalho sobre isso — elencava inúmeras hipóteses de lei complementar, mas não dava a tais leis uma categoria especial, porque elas eram votadas como as demais leis ordinárias.

A Emenda 4, ao criar um processo especial de votação, mais oneroso do que o da lei ordinária, criou, evidentemente,

uma hierarquia, porque será sempre mais difícil modificar uma lei complementar do que uma lei ordinária. E isso é que traduz, em termos práticos — em termos de garantia efetiva para todas as pessoas que estão sujeitas ao sistema jurídico do país — a hierarquia. Se as diversas normas tivessem posição hierárquica diferenciada, mas se todas elas fossem elaboradas pelo mesmo processo, obviamente, não haveria hierarquia nenhuma. A hierarquia da norma se traduz na dificuldade de se fazer a norma. A lei complementar, criada com essa característica, surgiu logo com um grau hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, porém acima da lei ordinária. Posteriormente, a lei complementar das ineligibilidades, que não se chamava complementar, porém especial, mas com exigência de votação por maioria absoluta, seguiu essa mesma orientação. E duas ou três emendas constitucionais, a 17, a 18, e, se não me falha a memória, a 14, mencionaram leis complementares, sem indicar que seriam votadas por um processo diferenciado. Suponho — e como jurista acredito que se pode até sustentar isto razoavelmente — que, como já existia, no conceituário constitucional, o tipo de lei complementar, embora tivesse existido na prática efemeramente, quando os autores das emendas 17 e 18 mencionaram leis complementares, para determinados fins muito específicos, tinham eles em vista uma norma de categoria superior, supostamente, então, votada por maioria absoluta.

Dado que, posteriormente, a Constituição do ano de 1967 e na emenda constitucional de 1969, se manteve o mesmo princípio, da votação por maioria absoluta, eu diria que se houvesse uma lei votada, lei complementar, na vigência da Emenda 18, de matéria tributária, por maioria absoluta, ela deveria ser votada nos mesmos termos das atuais leis complementares. Isto porque os conceitos teóricos de direito também se incorporam ao direito constitucional. Haja vista, para não sair da nossa matéria, o conceito de taxa: a Constituição de 46 era omissa, e prevalecia o conceito doutrinário de taxa, para se negar aplicação às taxas que coincidissem, como hoje se diz, com a base

de cálculo dos impostos, que é agora proteção, garantia constitucional expressa.

É muito importante essa inovação da lei complementar.

### 1) Declaração de Inconstitucionalidade

Outro ponto que eu gostaria de mencionar para encerrar a nossa palestra, diz respeito à declaração de inconstitucionalidade. Sendo a hierarquia das leis uma garantia, e a mais alta do nosso regime de constituição rígida, o controle judicial da constitucionalidade é exatamente o modo de tornar essa garantia realmente efetiva, quase se poderia dizer que é uma garantia da garantia. E, até 1946, conforme nossa tradição, só se declarava a inconstitucionalidade num caso concreto, produzindo efeito entre as partes do pleito e não perante terceiros, ausentes da relação processual.

Foi a Constituição de 46 que introduziu, no mecanismo da intervenção federal nos Estados, a representação de inconstitucionalidade, de que era titular o procurador-geral da República e que, uma vez provida pelo Supremo Tribunal, teria como consequência a intervenção federal nos Estados, salvo se a lei impugnada viesse a ser suspensa, atingindo-se, assim, o mesmo resultado. Mas se mecanismo era inerente ao processo de intervenção federal nos Estados; por isso só leis ou atos estaduais podiam ser objeto da representação de inconstitucionalidade. Só a ofensa ao art. 7.º, VII, da Constituição, daria margem a esse procedimento especial. E, por último, só o procurador-geral tinha a iniciativa. Houve duas leis regulamentando o procedimento dessa representação, alguns dos dispositivos dessas leis que impunham obrigações ao procurador-geral foram discutidos no Supremo Tribunal; argumentou-se com a sua inconstitucionalidade, mas essas leis nunca foram declaradas inconstitucionais, não obstante votos ponderáveis nesse sentido.

O fundamento da inconstitucionalidade remonta à época de Campos Salles, quando se pretendeu regulamentar o art. 6.º, da Constituição de 91, para ampliar os casos de intervenção federal nos Estados. E o pensamento jurídico nacional se

firmou no sentido de que — em matéria de intervenção — a disciplina jurídica se esgota na Constituição. Os poderes que interferem, a amplitude com que eles interferem, os casos que dão lugar à intervenção, tudo estava regulado, de uma vez por todas, na Constituição. Sendo assim, uma vez que a representação de inconstitucionalidade do art. 8.º, parágrafo único, da Constituição de 46, foi pela Constituição, confiada ao procurador-geral, ao seu critério, ele era o único juiz capaz de apresentar, ou não, a arguição de inconstitucionalidade, opinando contra ou a favor: isso resultava da Constituição. E como era matéria vinculada ao processo de intervenção federal nos Estados, nenhuma lei ordinária poderia alterá-lo. Nem para obrigar o procurador a apresentar a representação, nem para criar qualquer outra condição, de prazo ou de qualquer natureza, que limitasse os seus poderes, que advinham da Constituição. Do mesmo modo, não se podia limitar o poder do Supremo Tribunal nem o poder do Congresso e nem o do presidente da República, em matéria de intervenção. E essas leis limitaram, estabeleceram condições e o Tribunal nunca chegou a declará-las inconstitucionais.

Surgiu, depois disso, um fato novo, com a Emenda Constitucional 16, antes da Constituição de 1967. A arguição de inconstitucionalidade, em tese, que só cabia contra leis ou atos estaduais, passou a caber também contra leis ou atos normativos federais. Ora, em se tratando de lei ou ato normativo federal, não está em jogo a intervenção federal nos Estados. É uma situação complementarmente diferente. Mas a Constituição deu também a iniciativa ao procurador-geral.

Mas que processo é este, quando se trata de lei federal? Não é um processo constitucional — constitucional é o da intervenção. Este é um feito civil, como outro qualquer. A Constituição deu a legitimidade ativa ao procurador-geral, mas não excluiu a disciplina que da lei ordinária processual possa resultar para o exercício desta ação, que se poderia chamar ação direta de inconstitucionalidade. Esta expressão alguns juristas empregavam antes, para a representação de inconstitucionalidade do processo de inter-

venção. Resulta daí que está permitida, na Constituição, a declaração da inconstitucionalidade, em tese, das leis federais, e existe uma lei que ainda não foi revogada, tanto que recentemente foi mandada aplicar aos Estados, num processo análogo de declaração de inconstitucionalidade de atos e leis municipais porventura infringentes da Constituição Estadual. Essa lei declara que, recebendo o procurador-geral representação de inconstitucionalidade de qualquer interessado, submetê-la-á ao Supremo Tribunal, com seu parecer. É claro que essa lei, que foi feita para a situação anterior, quando só se cogitava de inconstitucionalidade, em tese, de lei estadual, ela menciona só lei estadual, como menciona infração, exclusivamente, ao princípio do art. 7.º, § 7.º, do então vigente Constituição de 45. Mas se há, hoje, a possibilidade de se declarar em tese, o que antes era incompatível com o regime, se há um tribunal competente que é o Supremo e se o procurador pode, de acordo com o raciocínio que estou desenvolvendo, ser condicionado pela lei processual comum, então está nas mãos exclusivas do Supremo Tribunal criar,

no seu regimento, o procedimento adequado, de modo a poder-se levar ao Supremo, mesmo contra a vontade do procurador-geral, arguição de inconstitucionalidade de leis federais. Esse é um tema que proponho ao estudo dessa ilustre assembléia e é da maior importância, do ponto de vista tributário, porque ninguém tem a menor ilusão de que o procurador-geral vá arguir a inconstitucionalidade de uma lei tributária federal. Então, só com o consentimento do poder tribuante é que ele iria colocar o problema perante o Supremo Tribunal. Isso não é de se esperar. A garantia máxima, nesse ponto, do contribuinte, seria obter do Supremo Tribunal, mediante um trabalho de persuasão, que ele, no seu regimento, discipline a ação direta de inconstitucionalidade, em tese, das leis federais. Porque o privilégio do procurador-geral, de não ser coartado, na sua liberdade, por nenhuma lei ordinária, é somente quando se trata do processo de intervenção federal nos Estados e isso não está em jogo, na arguição de inconstitucionalidade de lei federal.