

O “NOVO” CONSTITUCIONALISMO EM TEMPOS DE AUSTERIDADE FISCAL E O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL*

THE “NEW” CONSTITUTIONALISM IN TIMES OF FISCAL AUSTERITY AND THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS IN BRAZIL AND PORTUGAL

Claudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho**

RESUMO: Este artigo tem como objetivo, a importância em investigar o papel do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal Brasileiro analisando-os sob o viés constitucional como guardiães da Constituição e dos Direitos Fundamentais, bem como a influência de questões econômicas e políticas para o posicionamento das chamadas Cortes Constitucionais e a sua relação com o “Novo” Constitucionalismo. Questionando-se, portanto, quais as matrizes axiológicas utilizadas pelo STF e pelo TC para o julgamento das leis brasileiras e portuguesas, respectivamente, no que diz respeito às questões financeiras. Isto porque, admitir a discricionariedade do órgão julgador (ausência de fundamentação metodológica) sob argumentos meramente econômicos, é afetar a segurança jurídica, os direitos fundamentais como um todo, proporcionando uma autofagia do sistema constitucional ou uma involução do “novo” Constitucionalismo. Não há dúvida que a adoção desse modelo coloca a segurança jurídica em xeque, permitindo uma instabilidade jurídico-normativa que, como consequência, interfere na Economia do país – resta-nos saber se de forma positiva ou negativa.

Palavras-chaves: Tribunal constitucional português, Supremo Tribunal Federal, Tribunal de Contas, constitucionalismo, segurança jurídica.

* Artigo recebido em: 13.09.2017
Artigo aceito em: 08.11.2017

** Pós-Doutor pela Universidade Nova de Lisboa (UNL). Doutor em Direito Público e Evolução Social pela UNESA. Mestre em Direito Tributário. Pós-graduado em Direito Tributário e Legislação de Impostos. Diretor Financeiro do Instituto Brasileiro de Compliance - IBC. Avaliador Ad Hoc da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Sócio-Fundador do Escritório Carneiro e Oliveira Advogados. Membro da Comissão de Direito Tributário do IAB - Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro da International Fiscal Association. Membro da Academia Brasileira de Direito Tributário. Professor Permanente da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Guanambi/BA. Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Coordenador dos Cursos de Educação Continuada - CEC da FGV (Compliance Avançado e Planejamento Tributário e Processo Tributário Estratégico). Acesso Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5728294395538567>. **Rio de Janeiro – RJ. E-mail: professorclaudiocarneiro@gmail.com**

ISSN: 1980-1995
e-ISSN: 2318-8529

ABSTRACT: This article aims to investigate the role of the Portuguese Constitutional Court and the Brazilian Federal Supreme Court by analyzing them under constitutional bias as guardians of the Constitution and Fundamental Rights, as well as the influence of economic and political issues on the positioning of the so-called Constitutional Courts and their relation to the "New" Constitutionalism. Therefore, it is questioned which are the axiological matrices used by the STF and the TC for the judgment of the Brazilian and Portuguese laws, respectively, with respect to financial matters. This is because admitting the discretion of the adjudicating body (lack of methodological reasoning) under purely economic arguments, is to affect legal certainty, fundamental rights as a whole, providing an autophagy of the constitutional system or an involution of the "new" Constitutionalism. There is no doubt that the adoption of this model puts legal certainty in check, allowing legal and normative instability that, as a consequence, interferes in the country's economy - we have to know whether in a positive or negative way.

Keywords: Portuguese Constitutional Court, Supreme Court, Court of Auditors, constitutionalism, legal security.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional, por interferir diretamente nas relações jurídico-sociais, sofre constantes mutações, sejam elas pontuais ou sistemáticas ou, ainda, ocorridas de forma brusca ou protraídas no tempo ao longo da História. Por isso, os efeitos da Ciência do Direito vistos como norma, devem ser estudados sob o viés da Hermenêutica Constitucional e à luz da jurisprudência das chamadas Cortes Constitucionais.

Na concepção positivista, a Ciência do Direito, como ciência normativa não se ocuparia nem dos fatos nem da eficácia das normas, mas das próprias normas em si. Por isso, se não pode ser simplesmente empírica, somente poderá ser formal hipotético-dedutiva. Dessa forma, admitir uma postura pós-Positivista é superar efetivamente o Positivismo.

Tomando como base o Direito Comparado, nasceu um movimento intitulado pós-Positivista que procurou, ao menos em tese, reconstruir as bases do Direito Constitucional. A promulgação de Constituições de caráter Social e Democrático, marcadas pela positivação e proliferação de princípios jurídicos (panprincipiologismo), pela previsão de amplos catálogos de Direitos Fundamentais e pela contemplação de normas programáticas foram, em grande parte, essenciais para o desenvolvimento do chamado Neoconstitucionalismo.

Contudo, para ser, de fato, um "novo" Constitucionalismo, exige-se uma nova postura, uma ruptura do modelo do Direito Constitucional (não mais apegada ao Positivismo Normativista), ou seja, buscar ir além da legalidade estrita, mas sem desprezar o próprio Direito. A trajetória desse movimento alcança todos os ramos do Direito, o que, por óbvio, não poderia excluir o Direito Tributário e Financeiro (Direito Fiscal) Constitucional, que deve sempre equilibrar a necessidade da tributação com o respeito a todos os direitos fundamentais do

cidadão, e buscar um equilíbrio orçamentário-financeiro, sobretudo, em momento de crise econômica e de austeridade fiscal.

Paralelamente ao que se preferiu chamar de Constitucionalismo Contemporâneo ao invés de Neoconstitucionalismo, surgiu a “crise” da efetividade da Justiça e do papel das Cortes Constitucionais como elemento estabilizador das relações jurídicas, que há muito já vêm sendo discutida, sobretudo, nos países de língua portuguesa, como por exemplo, Brasil e Portugal. O primado da lei formal, sob o enfoque do paradigma legalista (validade e eficácia), apresentou sintomas de esgotamento que podem ser resumidos em diversos tópicos, tais como: a imprevisibilidade e a instabilidade das decisões judiciais; a discricionariedade decisória dos julgadores na análise dos hard cases e; o Ativismo Judicial, que culmina com as decisões dos Tribunais Constitucionais.

Sob o ponto de vista econômico-financeiro, questões vividas em Portugal (ensejando o Programa de Austeridade Fiscal) e no Brasil (ensejando o “Pacote” de Ajuste Fiscal) permitem observar o quão importante é a estabilidade econômico-financeira, a tributação equilibrada, de modo a angariar recursos suficientes para realizar as despesas públicas, ou seja, o equilíbrio orçamentário e financeiro e, conseqüentemente, por via reflexa, a concretização dos Direitos Fundamentais.

Nesse sentido, ainda mais em tempos de Austeridade Fiscal, o posicionamento das Cortes Constitucionais sobre esses temas, é de vital importância como elemento estabilizador das relações jurídicas, pois ousamos afirmar que não há estabilidade econômica em um país, sem que haja segurança jurídica. Dito de outra forma, paradoxalmente, as próprias Cortes Constitucionais podem contribuir para a fragilidade da segurança jurídica.

Por esses motivos, mostra-se importante investigar o papel do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e

analisá-las sob o viés constitucional como guardiães da Constituição e dos Direitos Fundamentais, bem como a influência de questões econômicas e políticas para o posicionamento das chamadas Cortes Constitucionais e a sua relação com o “Novo” Constitucionalismo.

Questiona-se, portanto, quais as matrizes axiológicas utilizadas pelo STF e pelo TC para o julgamento das leis brasileiras e portuguesas, respectivamente, no que diz respeito às questões financeiras. Isto porque, admitir a discricionariedade do órgão julgador (ausência de fundamentação metodológica) sob argumentos meramente econômicos, é afetar a segurança jurídica, os direitos fundamentais como um todo, proporcionando uma autofagia do sistema constitucional ou uma involução do “novo” Constitucionalismo. Não há dúvida que a adoção desse modelo coloca a segurança jurídica em xeque, permitindo uma instabilidade jurídico-normativa que, como consequência, interfere na Economia do país – resta-nos saber se de forma positiva ou negativa.

Para tanto, buscar-se-á, verificar se as decisões do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e do Tribunal Constitucional Português, sob o ponto de vista teórico-argumentativo, assumem posturas hermenêutico-constitucionais distintas ou semelhantes; se a fundamentação jurídico-constitucional adotada pelas Cortes Constitucionais dos dois países no julgamento dos processos deriva de um discricionarismo do julgador nos hard cases, e não de uma teoria argumentativa-metodológica e, por fim, se segurança jurídica torna-se frágil, pois a imprevisibilidade das decisões judiciais das Cortes Constitucionais acarreta a autofagia do próprio sistema Neoconstitucionalista.

2. CRISES ECONÔMICAS QUE ASSOLAM O MUNDO MODERNO

O fenômeno da globalização possibilita que se identifique com mais facilidade as crises que assolam o mundo moderno. Questões vivenciadas em alguns países, especialmente no Brasil e em Portugal, permitem observar o quão importante é a estabilidade jurídico-econômica, a tributação justa e equilibrada, de modo a angariar recursos suficientes para manter o equilíbrio orçamentário-financeiro sem comprometer a concretização dos Direitos Fundamentais¹.

Tomando como base o Direito Comparado, em especial na área do Direito Constitucional², a discussão acerca do alcance da legalidade ganha destaque, pois se percebeu já no pós-Guerra, que o constitucionalismo europeu pautado no culto ao legislador e no fetiche à lei mostrou-se incapaz de evitar o surgimento de regimes totalitários responsáveis por sistemáticas violações a direitos fundamentais. Nasceu assim, com a evolução do Constitucionalismo, um movimento que procura reconstruir as bases do Direito Constitucional - o chamado Neoconstitucionalismo³.

Esse movimento, também chamado de Constitucionalismo pós-Moderno ou pós-Positivista busca ir além da legalidade estrita, mas sem desprezar o próprio Direito e, nesse contexto, as Cortes Constitucionais assumem um papel relevante para sedimentar o princípio da segurança jurídica.

Diante desse contexto, o conceito de crise, sobretudo a econômica, tem íntima relação com o Direito. Para GOUVEIA e PIÇARRA⁴, o conceito de crise

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo. 2011. P. 123.

² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Portugal: Coimbra Editora. 2002 e, GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Almedina. 2014. P. 57.

³³ CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000 e BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, São Paulo: Renovar, 2013. P. 43.

⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar e PIÇARRA, Nuno (Coordenadores). **A Crise e o Direito**. Coimbra: Almedina. 2013. P. 87.

remete para a ideia de perturbação suprema dos equilíbrios e isto promove as ideias de que a crise representa uma situação única nunca experimentada e irrepetível no futuro (ou porque se supera, ou porque destrói tudo). E concluem que:

A qualidade e a quantidade têm protagonizado a argumentação jurídica “de crise”. Normalmente, os que argumentam a favor das soluções jurídicas ordinárias usam argumentos produzidos a partir do lugar da quantidade. Insistem na justiça distributiva, no que ela tem de observância do princípio da igualdade, encarada sincronicamente (“tratar igualmente as situações atuais iguais”) ou encarada diacronicamente (“não alterar o estabelecido”, “respeitar o adquirido”, “agir de forma previsível”, “não frustrar a confiança”). Por sua vez, os que defendem soluções extraordinárias para o momento de crise salientam como esta é qualitativamente diferente, não podendo ser comparada (equiparada) à situação ordinária, exigindo soluções desiguais, novas, imprevistas.

Percebemos, então, que o lugar da qualidade cruza-se com a quantidade (estabilidade e confiança) na geração do argumento da proporcionalidade. Este também é um argumento meta-legalista, que se impõe ao legislador. Significa dizer que o legislador deve estabelecer uma correspondência entre a situação e a solução jurídica, isto é, as características ou atributos da solução devem corresponder aos da situação (a pena deve ser proporcional ao crime e os impostos devem ser proporcionais aos rendimentos, por exemplo).

Desse modo, é possível verificar que a crise não só pode pôr em xeque o caráter argumentativo do Direito, como também pode modifica-lo intrinsecamente. Por isso, não tem impacto apenas na política do Direito, mas também na construção de soluções doutrinárias e jurisprudenciais, cuja legitimidade reside na plausibilidade que decorre da argumentação.

2.1. A necessidade de Ajuste Fiscal do Brasil

Um problema básico do federalismo fiscal brasileiro consiste na busca do equilíbrio entre a necessidade de uma razoável autonomia financeira e política dos entes federativos e a ordenação do sistema fiscal em âmbito nacional. Por isso, a experiência do Brasil é marcada pela dificuldade em se atingir uma harmonia entre os dois objetivos, registrando de um lado, a centralização do poder tributário, e do outro a guerra fiscal que, por sua vez, acompanha a evolução histórica de regimes políticos. Abstraindo-se a previsão constitucional de repartição de receita tributária, verifica-se uma disputa de espaço face à tendência do governo federal de tentar reduzir a autonomia dos Estados e Municípios, no que se refere à sua capacidade de legislar em matéria tributária. Isto ocorre por várias razões: a uma, há uma crescente preocupação com as políticas públicas; a duas, por causa do impacto político da tributação sobre as atividades produtivas; a três, pelo fenômeno da globalização, isto é, o movimento que vem se desenvolvendo a cada dia junto às Economias mundiais pela necessidade de harmonização da tributação no nível internacional, o que pressupõe a harmonia entre os sistemas tributários dos países signatários.

Segundo NABAIS⁵:

(...) qualquer comunidade organizada, mormente uma comunidade organizada na forma que mais êxito teve até o momento, na forma de estado moderno, está necessariamente ancorada em deveres fundamentais, que são justamente os custos lato sensu ou suportes da existência e funcionamento dessa comunidade. Comunidade cuja organização, justamente porque visa realizar uma cidadania de liberdade, isto é, um determinado nível de direitos fundamentais, sejam os clássicos direitos e liberdades, sejam os mais modernos direitos sociais, não pode deixar de ter custos compatíveis com essa liberdade.

⁵ NABAIS, José Casalta. **Por um Estado Fiscal Suportável**. Estudos de Direito Fiscal. Portugal: Coimbra: Almedina, 2005, p. 20.

O Brasil nasceu de um Regime Monárquico (de organização unitária) passando, após a primeira Constituição Republicana, a uma organização federalista de tipo dual, na qual os governos estaduais já gozavam de certa autonomia fiscal. A partir da Constituição de 1934, também os Municípios passaram a ter competência tributária e, por conta disso, o poder de legislar sobre a matéria.

A União mostrava-se preocupada com o estabelecimento de normas financeiras gerais de tributação que, em última análise, tinham o objetivo de minimizar o poder legislativo dos Estados e Municípios em relação aos tributos de sua competência e, conseqüentemente aos seus gastos. A Constituição de 1946 estabeleceu regras, no ordenamento jurídico, de um sistema político de características democráticas, daí afirmarmos que essa foi uma das principais constituições brasileiras no cenário tributário (fiscal). Tal ambiente político reforçou as preocupações com a maior autonomia concedida aos entes federativos e, com isso, continuam também as pressões para fortalecimento financeiro dessas unidades para que, ao cabo, haja o fortalecimento político do governo federal.

A Constituição de 1946 e legislação posterior se mantiveram firmes na preocupação de preservar um razoável grau de harmonia e sistematização das políticas fiscais nos três níveis da Administração Pública – tudo em uma época em que crescia a popularidade do planejamento nacional, como instrumento básico de política econômica. Na própria Constituição, a preocupação em dirimir possíveis conflitos de competência entre as diferentes esferas de governo e sistematizar a ordem jurídica em matéria financeira já se manifestava com a previsão de diplomas legais de caráter nacional, que estabeleceriam normas gerais aplicáveis a União, Estados e Municípios.

Em 1953 foi constituída uma Comissão Especial de elaboração do Código Tributário Nacional, cuja proposta encaminhada ao Congresso Nacional em 1954 não logrou êxito, permanecendo parado por mais de 10 anos na referida casa legislativa. O motivo da demora na aprovação de tão importante diploma legal não se deu apenas por morosidade do Congresso na tramitação do processo legislativo, mas em razão de disputas de interesses de grupos econômicos, e uma suposta redução da autonomia dos governos estaduais e municipais. Afinal, um Código Tributário possui reflexos significativos, sobretudo se editado em momentos de instabilidade política. Os idealizadores do Código tinham consciência da redução do grau de autonomia fiscal dos entes federativos; contudo, a estratégia de crescimento econômico traçada para o país exigia a centralização das decisões de política econômica. Na verdade somente em 1968 é que ocorreu de fato a redução da autonomia dos entes federativos através de uma situação em que o Executivo tinha poder para legislar, independentemente do Congresso.

Podemos afirmar que as principais crises econômicas foram instauradas pela dolarização da Economia, aumento de arrecadação tributária e, conseqüentemente, instabilidade política.

A Emenda Constitucional nº 18/65 permitiu a edição da Lei nº 5.172, editada em 1966, que trazia o sistema tributário. Nessa época, contudo, não existia em nosso sistema legislativo a figura da Lei Complementar, que foi criada apenas com a Emenda no 1/1969 (que alterou a Constituição de 1967). A partir de 1967 a referida lei passou a ser denominado Código Tributário Nacional, e desde então passou a ser recepcionada como lei complementar, embora sob o ponto de vista formal seja uma lei ordinária.

Dando um salto histórico para a Constituição de 1988, verificou-se a ampliação do grau de autonomia financeira dos Estados e Municípios e, ao

mesmo tempo, uma preocupação em como tais entes federativos iriam manter a sua saúde financeira. Isto porque não bastavam apenas as transferências intergovernamentais garantidas constitucionalmente, mas também seria necessária autossuficiência para obter receita. Identificamos aqui o embrião da autofagia proporcionada pela busca incessante de arrecadar, que acarretou uma pluralidade de normas em todas as esferas de governo. Associadas a esse fator, características do atual ICMS (semelhantes aos defeitos do ICM da época) deram origem a "guerras fiscais" entre os Estados, com o intuito de atrair empresas (contribuintes), que de um lado aumentam a arrecadação do Estado que concede o benefício em questão, mas de outro vêm prejudicando as finanças dos outros Estados, gerando tensões no tão festejado federalismo. As guerras fiscais encabeçadas pelos Estados também são acompanhadas pelos Municípios no que se refere ao ISSQN. Tal modelo parece se inspirar em uma suposta legitimidade mascarada de um objetivo social de ampliar a produção, o emprego e a renda, etc. Contudo, enxergamos um triste cenário, isto é, não vislumbramos qualquer possibilidade de cessarem tais mazelas enquanto não houver a conscientização política de que uma reforma tributária significativa é boa para todos.

O Direito Tributário brasileiro é hoje um sistema complexo de normas que, além de gerar confusão devido à pluralidade de entes federativos que podem legislar ao mesmo tempo sobre a matéria, permite uma divergência interpretativa seja por parte da fiscalização (Poder Executivo) ou pelo Poder Judiciário que, ao nosso sentir é um dos principais colaboradores da insegurança jurídica do sistema tributário brasileiro, conforme veremos adiante.

No que se refere às Finanças Públicas, no período moderno observa-se um alargamento da atividade financeira do Estado que ocorreu, principalmente, em razão de sua postura intervencionista, e com isso, houve um crescimento das despesas públicas, tendo os recursos patrimoniais do Estado se

revelado insuficientes para atendê-las, daí se dizer que os recursos são sempre finitos, enquanto a demanda é sempre infinita.

Segundo BARCELLOS⁶ “as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política, ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais.” A correlação entre os recursos orçamentários arrecadados pelo Estado e sua utilização na realização dos deveres administrativos é assim definida por BECKER⁷: “A conjugação da totalidade das relações tributárias com a totalidade das relações administrativas compõe uma única e contínua relação: a relação constitucional”.

A ideia Juspolítica do Estado Social é também insuficiente para se coadunar com as mediações do Estado Democrático de Direito. Isto porque, como bem observa BONAVIDES⁸, o Estado Social tanto se compadece com o totalitarismo como, também, com a democracia. Na verdade, as experiências do socialismo real, assim como as várias formas de ditadura contemporânea, como, por exemplo, o Nazismo e o Fascismo, terminaram por desgastar a dicção do Estado Social, atribuindo-lhe um caráter de provedor de bens e serviços, no interior de uma sociedade civil jurídica e politicamente deslegitimada. Por mais paradoxal que pareça, guardadas as distinções finalísticas do Estado de Direito ao Estado Social (Totalitário), as Constituições continuaram a ser obras do Estado, sob pretexto de garantir as liberdades e, para o Estado, prevalece o argumento de que só ele poderia distribuir justiça social.

⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 02/05/11. P. 15.

⁷ BECKER, Alfredo. Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963. P. 225.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 203.

Socorremo-nos da lição de RAWLS⁹, que configura os mínimos sociais não como favores morais, mas sim como pressupostos do princípio da liberdade. De outro lado, temos as necessidades básicas, que configuram o paradigma que queremos abordar, pois representam um caráter objetivo e universal: saúde física e autonomia. A saúde física guarda referência fundamental com a dimensão biológica do ser humano, e, por conseguinte, em uma visão mais ampla, com a preservação da vida. Com efeito, a exclusão das minorias¹⁰, assim materializadas com as discriminações (referentes a sexo, raça, religião, classe social), bem como certas condições materiais de vida (fome, desemprego, falta de habitação, etc.) podem ser consideradas como elementos que afetam negativamente a autonomia. A Constituição brasileira de 1988 contempla a autonomia em vários momentos, desde o seu preâmbulo: "... sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos" e, daí em diante ela se espalha pelo seu corpo, como, por exemplo: a previsão de um Estado Democrático de Direito e do pluralismo político como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Da mesma forma, a constituição de uma "sociedade livre, justa e solidária" e a promoção de "... todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Contudo, valendo-se do imperativo categórico de KANT¹¹, não se deixa de reconhecer que a referida autonomia encontra limites impostos pelo próprio convívio social e pela produção econômica, ou seja, o conceito e o conteúdo da autonomia encontram barreiras expressas pela própria categoria dos direitos fundamentais. Destaca o autor que a legislação moral não pode ser externa, pois é fruto de uma ideia, um conceito que é a liberdade, ou seja, pode se comportar de uma forma universal, com

⁹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2 ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. P. 125.

¹⁰ Aqui entendidas sob o ponto de vista da fruição dos direitos, de participação na vida social e tomada de decisões políticas e não sob o viés quantitativo.

¹¹ KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. São Paulo: Ícone. 1993. P. 53.

finalidade em si mesma. Esta norma é resultado da consciência humana. Daí encontrarmos na concepção de Kant o imperativo categórico implícito. É a junção, a complementação entre a Moral e o Direito. O Direito não estabelece o direito moral, mas precisa do direito material para que o Estado seja efetivamente democrático, por causa do direito à liberdade, autonomia e igualdade. É fruto da autonomia da vontade de homens iguais. A legislação jurídica sim, pois o comportamento jurídico é pautado por uma norma externa. O Direito sem os limites dessa moralidade (universal, autônoma) é arbítrio.

Diante do exposto, acredita-se que o Brasil, apesar de ser um país latino-americano e ter origem no Civil Law, não possui uma realidade jurídica diferente de alguns países europeus, como por exemplo, Portugal.

2.2. O Programa de Austeridade Fiscal de Portugal

Inicialmente é importante destacar o que a expressão austeridade é muito usada pela Economia, e significa um rigor teórico no controle dos gastos públicos. Nesse sentido, um programa de austeridade fiscal é utilizado quando há necessidade de se minimizar ou eliminar o déficit público. Para tanto, faz-se necessário o corte de despesas e o aumento da arrecadação, como por exemplo, os implementados pela Grécia, Brasil e Portugal.

Tal política econômica ou “pacote fiscal” como é mais conhecido pela população brasileira, produz determinados efeitos sociais que, por consequência elevam o nível de insatisfação da sociedade. Por esse motivo, as populações desses países (em maior ou menor grau) têm-se rebelado contra esses pacotes.

Por outro lado, muitas vezes, tais ajustes são feitos ao arrepio da lei e até mesmo da Constituição e, por esse motivo, o papel das Cortes Constitucionais são de extrema relevância para retirar do ordenamento jurídico, a norma contaminada ou dar a ela uma interpretação conforme a Constituição.

Portugal implementou uma série de medidas de austeridade que tiveram impacto no orçamento público, vejamos, contudo, as que mais impactaram as famílias e empresas durante a vigência da Troika¹²:

2.2.1. Aumento da carga fiscal

O agravamento das taxas de IRS (imposto sobre rendimentos de pessoas singulares) já vinha sendo uma realidade em Portugal antes do pedido de ajuda externa. Em 2013 o Governo reduziu o número de escalões (de oito para cinco) e alterou as taxas do referido imposto. Além disso, foi introduzida a sobretaxa de 3,5% aplicada ao rendimento acima do salário mínimo e foi também criada em 2012 uma taxa adicional de solidariedade para os contribuintes com rendimentos acima do patamar máximo. Desta forma é aplicada uma taxa de 2,5% aos rendimentos coletáveis entre 80 mil euros e 250 mil euros. Assim, a parte do rendimento que exceder a 250 mil euros é tributada à taxa de 5%.

Por outro lado, os portugueses também passaram a pagar mais IRS por força da diminuição das deduções e dos benefícios fiscais, o que, associado ao aumento previsto no parágrafo anterior, levaram a que o aumento de IRS em Portugal tenha sido o mais significativo dentro da Zona do Euro¹³.

¹² Troika é uma palavra de origem russa que no caso em tela, é formada por três elementos: a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu (BCE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI). Foi a Troika que avaliou as contas reais de Portugal para definir as necessidades de financiamento do país. Trata-se da equipe que negociou e avaliou o programa de resgate financeiro a Portugal era composto por Jürgen Kröger (Comissão Europeia), Poul Thomsen (Fundo Monetário Internacional) e Rasmus Røffler (Banco Central Europeu). Dessa forma, a Troika foi responsável por negociar as condições do resgate financeiro na Grécia, no Chipre, na Irlanda e em Portugal, assim como avaliar o seu cumprimento.

¹³ Ressaltamos que não levamos em consideração para a análise a saída do Reino Unido da Zona do Euro.

Em relação ao Imposto de Valor Acrescentado, mais conhecido como IVA, também ocorreram modificações ao longo dos últimos anos. Em 2011, ainda antes do pedido de resgate, a taxa normal do IVA foi alterada de 21% para 23%. Em 2012, o IVA sofreu novas alterações e muitos bens que até então eram taxados a 6% e a 13% passaram a estar sujeitos à taxa de IVA de 23%¹⁴.

Houve também um aumento do imposto único de circulação, assim como um aumento do imposto sobre o tabaco ou o imposto municipal sobre imóveis. Da mesma forma, a taxa liberatória, que incide sobre os juros dos depósitos e de muitas outras aplicações financeiras, sofreu diversos agravamentos, situando-se atualmente nos 28%.

Noutro giro, como um movimento pendular, enquanto a população vê a carga fiscal aumentar para as pessoas físicas, as "empresas" passarão (em tese) a sentir algum alívio fiscal com a entrada em vigor do novo código do IRC (Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas).

Destaque-se que, desde o início do ano, o IRC baixou de 25% para 23%, sendo que o objetivo do Executivo é reduzir gradualmente a carga fiscal até o término de 2016.

2.2.2. Alargamento da aplicação da Contribuição Extraordinária de Solidariedade nas pensões

Em 2011, foi introduzida a Contribuição Extraordinária de Solidariedade (CES) nas pensões acima dos cinco mil euros por mês. Anteriormente, a taxa era de 10% e apenas incidia no valor que ultrapassava os cinco mil euros. Contudo, em 2013, o universo de pensionistas afetados pela

¹⁴ Na restauração, por exemplo, a taxa IVA passou dos 13% para os 23%. O aumento deste imposto não irá ficar por aqui, uma vez que já está previsto um aumento da taxa normal do IVA em 0,25% em 2015, situando-se nos 23,25%, de acordo com o Documento de Estratégia Orçamental.

referida contribuição aumentou consideravelmente, pois a taxa passou a ser aplicada a todas as reformas de valor superior a 1.350 euros¹⁵.

Em 2014 o universo de pensionistas afetados pela CES aumentou ainda mais, uma vez que o patamar mínimo a partir do qual esta taxa passou a ser aplicada foi os 1.000 euros.

Segundo as propostas que constam no Documento de Estratégia Orçamental a CES deverá ser substituída por uma Contribuição de Sustentabilidade, com taxas mais baixas.

2.2.3. Mudanças do Código do Trabalho

Em janeiro de 2012 foi assinado um acordo de concertação social entre a CGTP (Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses), os patrões e o Governo que introduziu várias mudanças no Código do Trabalho, como por exemplo, a redução do número de feriados.

O benefício de dias de férias extras atribuídos, por critérios como a assiduidade, foi retirado e o pagamento das horas extraordinárias sofreu um corte na remuneração.

Os despedimentos do empregado tornaram-se mais facilitados, através da diminuição das compensações a atribuir pelas empresas aos funcionários em caso de despedimento.

Para assegurar o pagamento das indenizações por despedimento foram também criados no ano passado dois novos fundos obrigatórios para as empresas: o Fundo de Compensação do Trabalho e o Fundo de Garantia do Trabalho.

¹⁵ Às reformas entre os 1.350 e os 3.750 euros, a taxa a aplicar oscilava entre os 3,5% e os 10%. Entre os 3.750 e os 5.030 euros, a taxa passou para os 10%, acima dos 5030 euros a taxa era de 15%.

Por fim, a nova legislação prevê que as empresas tenham em conta novos critérios para despedir funcionários em caso de extinção do posto de trabalho. Nesse sentido, o desempenho do colaborador passará a ser o principal critério a ter em conta nestes casos.

2.2.4. Desalavancagem da Banca

Uma das medidas impostas no memorando da Troika ao setor financeiro prendia-se com a necessidade dos bancos portugueses procederem a uma desalavancagem na sua atividade. O Memorando de Entendimento ou Plano da Troika é um Memorando de Políticas Económicas e Financeiras¹⁶, ou seja, um acordo de entendimento celebrado em maio de 2011 entre o Estado Português e o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, visando o equilíbrio das contas públicas e o aumento da competitividade em Portugal.

Assim, a banca, que antes do pedido de resgate tinha um rácio de crédito sobre depósitos acima dos 157%, foi obrigada a diminuir este indicador para os 120%. Diante desses elementos e, ainda, associado a outras exigências do Plano da Troika, o sector financeiro passou a ser muito mais criterioso na concessão de crédito às famílias e às empresas. Por força disso, o acesso ao financiamento tornou-se mais difícil e caro, isto é, com *spreads*¹⁷ mais altos.

O reflexo dessas medidas afetaram, sobremaneira, as empresas portuguesas que eram muito dependentes do financiamento bancário, o que, por sua vez, trouxe problemas na gestão do dia-a-dia do seu negócio.

¹⁶ Como condição necessária para o empréstimo pecuniário de 78 mil milhões de euros que estas três entidades concederam ao Estado português.

¹⁷ O termo em inglês "spread" significa margem. Assim, *spread* bancário é a diferença entre o que os bancos pagam na captação de recursos e o que eles cobram ao conceder um empréstimo. Nesse valor estão embutidos também impostos como o IOF e o CPMF. o termo inglês "spread" significa "margem".

2.2.5. Cortes nos apoios sociais

O problema da sustentabilidade do sistema de Segurança Social e a pressão para reduzir a despesa pública promoveram alterações nos apoios sociais nos últimos anos. No que se refere ao subsídio de desemprego foram introduzidas novas regras em 2012 que vieram reduzir esse valor e o período de atribuição desta prestação social. Concomitantemente a essas reduções, os beneficiários do subsídio também passaram a estar sujeitos a mais obrigações.

Foi criado um mecanismo novo, pois ao fim de seis meses de atribuição, o montante recebido passará a sofrer uma redução de 10% e as prestações de subsídio de desemprego passaram a estar sujeitas ao pagamento de uma contribuição de 6%. O mesmo ocorre com o subsídio de doença, o rendimento social de inserção, o abono de família, o complemento solidário para idosos e as pensões de sobrevivência são exemplos de outros apoios que também foram cortados.

As pensões de velhice também foram alvo de alterações, pois segundo alegação do governo é a prestação que mais pesa nas despesas da Segurança Social. As reformas antecipadas, salvo algumas exceções, ficaram congeladas.

Por outro lado, o fator de sustentabilidade, que é fundamental para a determinação do valor da pensão¹⁸, foi agravado e a idade de acesso à reforma aumentou para os 66 anos.

¹⁸ Além disso, e como já foi referido, as pensões acima dos 1.000 euros passaram a estar sujeitas ao pagamento da CES. O governo português noticiou que com base em dados divulgados pelo Instituto da Segurança Social, dava conta que entre 2010 e 2013, o número de beneficiários de apoios sociais tinha caído perto de 11%. Uma percentagem que significa uma redução de 272 mil pessoas beneficiárias da Segurança Social durante este período. Segundo a mesma publicação, as maiores quebras de beneficiários terão sido sentidas no abono de família e no rendimento social de inserção.

A mudança de regras e a introdução de critérios mais apertados para o acesso a algumas prestações sociais teve como consequência a redução do número de pessoas beneficiárias de apoios dados pelo Estado.

Apesar dos cortes registados durante a vigência do Plano da Troika, algumas alterações parecem ter sido positivas, como por exemplo, a criação do subsídio de desemprego para grupos específicos de trabalhadores independentes e a criação de uma majoração do subsídio de desemprego para os casais desempregados e com filhos.

2.2.6. Cortes na Função Pública

Uma das medidas mais polêmicas envolve o próprio funcionalismo público. A pressão para reduzir o déficit orçamental e equilibrar as contas públicas levou o Executivo a tomar várias medidas de corte de despesas na Administração Pública. Em 2011, ainda antes da chegada da Troika, o Executivo decidiu aplicar cortes salariais entre os 3,5% e os 10% nos funcionários públicos com salários acima dos 1.500 euros. No ano seguinte, os cortes foram alargados aos trabalhadores da administração pública portuguesa com vencimentos acima dos 675 euros (os cortes variavam entre os 2,5% e os 12%).

Os funcionários públicos passaram a ter mais descontos no seu vencimento, como é o caso da ADSE¹⁹. O horário de trabalho na Função Pública também aumentou para as 40 horas semanais e as condições do regime de mobilidade especial (o sistema onde são inseridos os funcionários públicos

¹⁹ A ADSE foi criada em 1963, com a denominação "Assistência na Doença aos Servidores Civis do Estado". Apenas em 1980, recebeu a sua denominação actual. Trata-se de um organismo autónomo, gerido por um diretor-geral, sob a dependência do Ministério das Finanças. Tem também um conselho consultivo, composto por representantes do Ministério da Saúde, Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, Serviços Sociais da Administração Pública, Direção-Geral das Autarquias Locais e sindicatos dos trabalhadores do Estado.

considerados como excedentários) foram reformuladas dando origem ao Regime de Requalificação. Outro dado que sobressai é o início da implementação de programas de rescisões amigáveis na administração pública, que tiveram início no ano passado e que vão continuar a ser implementados.

É exatamente nesse cenário que entra em cena o Tribunal Constitucional de Portugal, pois algumas leis que implementaram tais questões já foram ou estão sendo analisadas pela Corte Constitucional de Portugal. Da mesma forma, a relevância do Supremo Tribunal Federal brasileiro no enfrentamento de questões similares. Analisaremos, adiante e em tópico próprio, alguns julgados importantes do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

3. O STF E O TC ENQUANTO CORTES CONSTITUCIONAIS

No ano de 2014 o STF chegou a proferir quase cem mil decisões, enquanto que o TC²⁰ proferiu quase duas mil. Considerando que a quantidade de magistrados que compõem os respectivos Tribunais é semelhante, ou seja, onze

²⁰ As afirmativas realizadas nesse texto sobre as decisões do STF e do TC são objeto da Tese de Pós-Doutoramento de Claudio Carneiro junto à Universidade Nova de Lisboa defendida em fevereiro de 2017. Afirma o autor: “Nesse contexto, a presente investigação tomou como base de dados para posterior confronto, as principais decisões das Cortes Constitucionais do Brasil e de Portugal entre os anos de 2013 a 2015. A partir daí, buscou-se identificar qual a linha da fundamentação Constitucional-hermenêutica respectiva de cada Tribunal. Dessa forma, é possível confrontar o grau de conservação do “princípio” da segurança jurídica pelas Cortes Constitucionais dos dois países e a sua interferência em questões atinentes às políticas públicas, em especial em momentos de austeridade fiscal”. CARNEIRO, Claudio. Tese de Pós-Doutorado defendida em 15 de fevereiro de 2017 junto a Universidade Nova de Lisboa sob o título: Confronto Constitucional-Hermenêutico das decisões das Cortes Constitucionais do Brasil (STF) e de Portugal (TC): a (in)segurança jurídica em tempos de Neoconstitucionalismo e de Austeridade Fiscal

para o STF e treze para o TC, podemos fazer duas ilações que ao final deste estudo serão comprovadas ou não.

A primeira é que, a quantidade de decisões proferidas demonstra que a competência do STF é bem mais ampla do que a do TC. Isto, a priori, já denota que o STF brasileiro não é uma corte eminentemente Constitucional em sua essência e, nesse sentido difere do Tribunal Constitucional português que fica adstrito à análise direta da matéria constitucional.

A segunda, é que ambos os tribunais se assemelham ao demonstrar que a relação do Poder Judiciário com o Poder Legislativo no que se refere à jurisdição constitucional é umbilical, pois cabe ao primeiro dizer da Constitucionalidade das leis.

Apesar da suposta obviedade da afirmativa, o caso se mostra interessante quando comparamos o percentual representativo em material fiscal, pois enquanto no Brasil representa 39%, em Portugal não chega a 10%. Daí é possível indagar que a interferência do judiciário no Brasil nas questões econômicas é muito maior do que em Portugal, podendo se perquerir se esse ativismo é nocivo ou não.

Corroboramos com a posição de PIÇARRA²¹, no sentido de que um efetivo controle do poder pelo poder, pressupõe que os centros de poder entre os quais se há de processar a relação de controle, possuam características diferenciadoras capazes de contrapô-los ou de criar entre eles tensões.

Dessa forma, entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário tais características não decorrem do fato de cada um deles representar forças políticos-sociais portadoras de interesses divergentes, mas, simplesmente, do

²¹ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução.** Coimbra: Coimbra Editora. 1989. P. 260.

fato de cada um deles exercer funções material e teleologicamente diferentes, entre as quais existe uma particular tensão. Esclarece o autor²²:

Porque a natureza da lei é política mas também jurídica, porque a sua componente política pode sobrepor-se à sua componente jurídica e pode postergar os valores jurídico-constitucionais fundamentais, ela convoca ipso facto no Estado de Direito – em que, pela disposição das coisas o poder limita o poder – um freio e um contrapeso, ou seja, um poder destinado a garantir na lei esses valores.

Ora, o poder mais adequado e idôneo para isso é o poder judicial, cuja função se caracteriza e deve caracterizar-se, justamente, pela sua natureza exclusivamente jurídica, despida de qualquer compromisso ou intenção política conjuntural, visando apenas a salvaguarda e a actualização daqueles valores.

O controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis, levanta, pois, delicados problemas de delimitação entre o poder legislativo e o poder judicial, a analisar em sede de princípio da separação dos poderes.

A ideia de uma Corte Constitucional como efetiva guardiã da Constituição perpassa pelos vários momentos de evolução histórica da Constituição, isto é, deve pautar suas decisões de acordo com o momento histórico-Constitucional pelo qual passa o país. É por isso que o Estado Contemporâneo, de cunho Constitucional e recebendo, em menor ou maior escala, a herança liberal, deve ser distribuído por vários momentos.

GOUVEIA²³ fala em tipos constitucionais de Estado que, nem sempre se conservam fiéis aos postulados fundamentais do Constitucionalismo: o Estado Liberal; Socialista; Fascista; Social e pós-Social. Arremata o autor:

Daí que seja importante, na caracterização geral do Estado Constitucional, referir as grandes linhas que o localizam na evolução histórica do Estado, deixando para mais tarde a individualização dos elementos definitórios de cada uma daquelas fases, nalguns casos – o Estado Socialista e o Estado Fascista – em manifesta ruptura com os fundamentos do Estado Contemporâneo, colocando-o mesmo entre

²² PIÇARRA, Nuno. Op. Cit. P. 260.

²³ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. Vol 1. 2013. 4ª ed.. Coimbra: Edições Almedina. P. 198.

parêntesis, experiências que, não obstante tal verificação, ainda fazem parte da História do Constitucionalismo.

Ao nosso sentir, ser guardião da Constituição não é simplesmente ter competência assegurada pela própria Constituição por pertinência temática – é muito mais do que isso, ou seja, é reler o texto à luz do momento em que se insere. Seguindo com PIRES²⁴, fala-se do momento de pós-guerras que acolheu a releitura do Constitucionalismo, agora sobre o reconhecimento de valores transcendentais aos sistemas políticos por terem sua origem nas necessidades individuais dos seres humanos e que, por isso, deveriam integrar o núcleo substancial das Constituições.

A jurisdição, seja ela Constitucional ou não, deve assegurar a efetividade da Justiça e é exatamente nesse contexto que a missão precípua de uma Corte eminentemente Constitucional exsurge. PIRES²⁵ assegura que:

Ademais, a compreensão do sentido da expressão “jurisdição constitucional” somente é possível quando se analisa a junção da função (jurisdição) com a norma a que se pretende avocar como elemento de interpretação para desvelamento dos direitos e dos deveres que servem de parâmetro para a distribuição dos bens (Constituição). Neste contexto, a mera etimologia (“dizer do direito pela norma constitucional”) ou uma extensiva definição (poder-dever do Estado-juiz, em vias de compor os conflitos de interesses, pacificando a sociedade, para dar a cada um aquilo que lhe é devido) não resolvem a dúvida, sendo indispensável a análise dos elementos (etimologia e definição) que, conjugados, compõem o sentido.

Se confrontarmos a quantidade de julgamentos proferidos pelo STF e pelo TC nos anos de 2013 a 2015, é perfeitamente plausível especular se ambos os Tribunais podem ser, de fato, considerados como Cortes Constitucionais.

²⁴ PIRES, Alex Sander Xavier. **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. 2016. Portugal: Pensar a Justiça. P. 218.

²⁵ Idem. *ibidem*. P. 220.

Não nos parece razoável uma Corte Constitucional julgar quase cem mil processos em um ano. Da mesma forma não conseguimos visualizar o STF com posições consolidadas sobre os mais variados temas controvertidos no direito brasileiro, mas sim “onze ilhas” que muito embora constituam o mesmo arquipélago, possuem vida própria. Significa dizer, que os acórdãos contêm os fundamentos adotados pelo relator, que não são necessariamente acompanhados pelo Revisor, ou ainda, pelos demais Ministros.

A título de exemplo, podemos citar a decisão proferida no âmbito do STF sobre a não recepção da Lei de Imprensa do Regime Militar. Tratava o acórdão, redigido pelo Ministro Ayres Britto, da proibição total de restrições prévias às matérias jornalísticas, inclusive as impostas por decisão judicial. O próprio STF afirmou que o que constava no acórdão não era a posição da Corte, mas sim a opinião pessoal do relator que, por sua vez, não possuía caráter vinculante.

Ousamos afirmar que o Brasil adota um modelo de controle de constitucionalidade, que mescla o sistema americano com o sistema europeu. Em relação ao sistema europeu o Brasil adotou possibilidade de ajuizamento de ações diretas perante o STF com o objetivo de discutir leis em tese. Já em relação ao sistema americano, adotamos o controle incidental e concreto de constitucionalidade.

Segundo BARROSO²⁶ as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais em todo o mundo desempenham, ao menos potencialmente, três grandes papéis ou funções: contramajoritário, representativo e iluminista.

²⁶ BARROSO. Luis Roberto. **“Contramajoritário, representativo e iluminista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas”**. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>. Acesso em 16.08.2016.

O papel contramajoritário identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as Cortes Supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo e, por isso, constitui um dos temas mais analisados pela Teoria Constitucional dos diferentes países.

O autor exemplifica o papel contramajoritário com uma situação polêmica. No caso, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a lei que regulava a participação de empresas no financiamento eleitoral. Vale ressaltar que alguns Ministros entenderam que o direito de participação política só valia para cidadãos, e não para empresas. Já outros entenderam que empresas poderiam participar do financiamento eleitoral se o Congresso assim decidir, mas que a lei era inconstitucional por não impor certas restrições mínimas que seriam exigíveis – como, por exemplo, a empresa que doou recursos não poder contratar com o governo que ajudou a eleger ou a empresa que obteve empréstimo de bancos públicos não poder participar do financiamento eleitoral.

O papel representativo se tornou relevante no Brasil, pois o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, se presta a satisfazer demandas sociais que não foram satisfeitas ao tempo oportuno pelo Poder Legislativo e, ainda, através das suas decisões integra a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador. Nesse sentido, em uma ação direta, o STF declarou inconstitucional toda e qualquer nomeação de parentes até o terceiro grau para cargos públicos de livre nomeação nos três Poderes. BARROSO²⁷ traz também o seguinte exemplo:

Existe imensa demanda social no Brasil por uma reforma política. Uma das queixas da sociedade é a mudança constante de parlamentares de um partido para outro. O Congresso, no entanto, não aprovava lei restringindo esta prática. O Supremo Tribunal Federal, em uma de suas decisões mais proativas, decidiu, com base no princípio democrático, que a mudança de partido fraudava a vontade do eleitor. E,

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. P. 3.

consequentemente, assentou que parlamentar que mudasse de partido após aquele julgamento perderia o mandato.

Por fim, o papel iluminista significa promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios. Para o autor²⁸, são decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população. No Brasil, cita-se caso da equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento de pessoas do mesmo sexo.

Diante do todo exposto, uma Corte Constitucional não deve ser simplesmente um órgão de cúpula do Poder Judiciário, pois sua função precípua é julgar em consonância com correta aplicação da Constituição. O grande problema é que no Brasil, o Supremo Tribunal Federal não é uma autêntica Corte Constitucional, pois acumula funções de Corte Constitucional e Suprema Corte.

Nesse sentido, considerando que as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional de Portugal e a pertinência temática das teorias utilizadas para a fundamentação destas, exercem o seu papel precípua de guardião das suas respectivas constituições, podemos afirmar que se trata de uma Corte Constitucional.

Contudo, o mesmo não podemos dizer sobre o Supremo Tribunal Federal. Afirmar que o Tribunal é o defensor da Constituição, não é o mesmo que afirmar que se trata de um Tribunal Constitucional.

Verificamos que o controle concentrado de constitucionalidade representa uma parcela bem pequena do STF. Esse dado ratifica a afirmativa de

²⁸ Idem, *ibidem*. P. 4.

que a competência do Tribunal é tão ampla que permite a distribuição e julgamento de quase cem mil processos em um ano.

Dessa forma, não nos parece plausível concluir que as matérias alçadas àquela Corte para discussão sejam temas diretamente relacionadas à Constituição, ou seja, eminentemente constitucionais em sua essência.

Essas matérias identificadas como reflexas poderiam ser julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, de modo a permitir que o Supremo Tribunal Federal ficasse encarregado de ser uma Corte Constitucional.

4. O “NOVO” CONSTITUCIONALISMO” COMO “MOMENTO” CONSTITUCIONAL ATUAL

A discussão sobre o alcance do princípio da legalidade ganha destaque, pois se percebeu, já no pós-Guerra, que o Constitucionalismo europeu, pautado no culto ao legislador e no fetiche da lei, mostrou-se incapaz de evitar o surgimento de regimes totalitários responsáveis por sistemáticas violações a Direitos Fundamentais. Nasceu assim, com a evolução do Constitucionalismo, um movimento que procura reconstruir as bases do Direito Constitucional – o chamado Neoconstitucionalismo. Contudo, considerando que tal nomenclatura sofre críticas pela doutrina, preferimos utilizar a expressão Constitucionalismo Contemporâneo²⁹. A promulgação de constituições de caráter social e democrático, marcadas pela positivação de princípios jurídicos, pela previsão de amplos catálogos de direitos fundamentais e pela contemplação de normas programáticas foi, em grande parte, essencial para o desenvolvimento do Constitucionalismo Contemporâneo, exigindo uma nova postura na aplicação e

²⁹ Expressão utilizada por Lenio Streck na obra **Verdade e Consenso**. STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 50.

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

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

Embora se reconheça a existência de vários "Constitucionalismos Nacionais", como, por exemplo, o inglês, o americano e o francês, preferimos adotar aqui a ideia de movimentos constitucionais (político-sociais objetivando limitar o poder político arbitrário), pois com isso nos permitimos desde já avançar para o movimento doravante chamado de Constitucionalismo Contemporâneo³⁰,

³⁰ Como já dito, a utilização da expressão Constitucionalismo Contemporâneo não foi usada aleatoriamente, mas sim reprodução da nomenclatura adotada por Lenio Streck a partir da quarta edição da obra "Verdade e Consenso" (em 2011), em substituição à terminologia anteriormente empregada para tratar do constitucionalismo insurgente do segundo Pós-Guerra (Neoconstitucionalismo), constituindo, portanto, um modo específico de abordagem, que, em linhas gerais, se opõe ao estabelecimento de uma relação de causalidade existente no trinômio moral-princípios-discrecionalidade, própria das posturas

tendo em vista que a expressão Neoconstitucionalismo não foi acolhida de forma universal pela doutrina. É fato que a impossibilidade de a lei poder antever todas as hipóteses de aplicabilidade deslocou-se do pólo de tensão entre os poderes do Estado em direção à Jurisdição Constitucional e, nesse sentido, sob o ponto de vista histórico, o Direito passou a ter um caráter hermenêutico. O advento do Estado Democrático de Direito permitiu que as discussões jurídicas se deslocassem para o mundo prático, não mais preso aos conceitos positivistas. Significa dizer que o fenômeno do (Neo)Constitucionalismo ou, para nós, como já dito, Constitucionalismo Contemporâneo, proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados e, para tanto, é necessário que ocorra a discussão sobre o papel da Jurisdição Constitucional. Corroborando a lição de STRECK³¹:

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

Neoconstitucionalistas e, com isso, evita uma aproximação com o Positivismo Jurídico. Com seu emprego objetiva-se introduzir um dos núcleos da teoria de Lenio Streck, que consiste, a um só tempo, na realização de dois enfrentamentos: por um lado, na crítica ao(s) Neoconstitucionalismo(s) (especialmente surgidos no âmbito do constitucionalismo espanhol); e, por outro, na busca pela superação do Positivismo Jurídico.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen júris. 2009. P. 1

Em alguns países, como, na Itália (1947) e na Alemanha (1949) e, depois, em Portugal (1976) e na Espanha (1978), as Constituições marcaram a ruptura com o autoritarismo, estabelecendo um compromisso com a paz, sobretudo no que se refere ao desenvolvimento e respeito aos Direitos Humanos. No Brasil, o grande marco do Constitucionalismo Contemporâneo foi a abertura democrática vivida em meados da década de 1980 e a elaboração da Constituição de 1988. A primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual deve ser protegida e promovida pelos Poderes Públicos e pela sociedade passou a ser elemento essencial desse movimento, bem como o enaltecimento da força normativa da constituição. Segundo CARBONELL³²:

(...) estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer um marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recongen tales derechos.

A ideia é não permitir que a Constituição deixe de ser um catálogo de competências, direitos e deveres, de recomendações políticas e morais, para se tornar um sistema capaz de buscar um efetivo Estado Democrático de Direito, pautado na relação existente entre o Estado e o cidadão, aqui por nós chamado de contribuinte. Para SARMENTO³³, o Neoconstitucionalismo envolve fenômenos como a força normativa dos princípios, a rejeição do formalismo, a reaproximação entre o Direito e a Moral e a judicialização da Política. O autor relata também que o paradigma suscita três questões: a judicialização excessiva; jurisprudência calçada em uma metodologia muito aberta e excesso na constitucionalização do

³² CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo Garcia. **El Canon neoconstitucional**. Madri: Editora Trota. 2010. Obra coletiva no artigo **El neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis**. p. 154.

³³ SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 113-114.

Direito. Para STRECK³⁴ o Neoconstitucionalismo significa ruptura, tanto com o Positivismo como no modelo de Constitucionalismo Liberal. Por esse motivo, o Direito deixaria de ser regulador para ser transformador. Para o autor há uma incompatibilidade paradigmática entre o novo Constitucionalismo (compromissório, principiológico e dirigente) e o Positivismo Jurídico, nas suas mais variadas formas, e nesse sentido, qualquer postura que, de algum modo, se enquadre nas características ou teses que sustentam o Positivismo, entra na linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo.

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

A pesquisa sobre a efetiva aplicação do Constitucionalismo³⁵ Contemporâneo no Brasil e a busca por uma justiça social que, ao nosso sentir, é

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen júris. 2009. p. 8.

³⁵ É importante ressaltar desde já que a expressão “Neoconstitucionalismo” incorpora uma plêiade de autores, bem como de posturas teóricas que nem sempre convergem entre si, tampouco podem ser aglutinadas em um mesmo contexto ou sentido, ou até mesmo estabelecer uma unidade de conceituação. Lenio Streck (Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27 (p. 3) ao tratar do tema diz que: “A ciência política norte-americana, por exemplo, chama de new constitutionalism os processos de redemocratização que tiveram lugar em vários países da chamada modernidade periférica nas últimas décadas. Entre esses países

corolário de uma justiça fiscal é instigante e desafiadora. Tanto que se torna necessário, a priori, afirmar que a adoção da expressão Constitucionalismo Contemporâneo³⁶ ou Neoconstitucionalismo³⁷ é motivo de divergências teóricas³⁸. Contudo, não temos a pretensão de enfrentar essas divergências, mas sim apresentar a questão constitucional fiscal à luz do movimento Neoconstitucional.

Na visão de BARROSO³⁹, são características do Neoconstitucionalismo a redescoberta dos princípios jurídicos (em especial a dignidade da pessoa humana), a expansão da Jurisdição Constitucional, com ênfase no surgimento de Tribunais Constitucionais, e o desenvolvimento de

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

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

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

³⁶ Por todos Lenio Luiz Streck.

³⁷ Por todos Luis Roberto Barroso

³⁸ Paulo Bonavides ressalta que a jurisdição dos princípios passa por três fases, a saber: I) a jusnaturalista: fase mais antiga, onde os princípios habitavam ainda em uma esfera por inteiro abstrata e detinham normatividade por demais duvidosa, mais se ajustando, em verdade, a uma dimensão meramente ético-valorativa que inspirava postulados de justiça; II) a juspositivista: aqui os princípios adentram nos Códigos, tornando-se inequivocamente jurídicos, porém apenas como fonte normativa subsidiária, o que lhes castrou a normatividade; III) pós-positivista: corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX, onde se acentua a hegemonia axiológica dos princípios, tratados verdadeiramente como direito, com força vinculante e tudo, convertidos que foram em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. pp. 259-266.

³⁹ BARROSO, Luiz Roberto. Temas de Direito Constitucional – Tomo III. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005. p. 48.

novos métodos e princípios na Hermenêutica Constitucional. É o que o autor chama de crise da efetividade, que para STRECK⁴⁰ decorre da chamada “crise do Estado de Direito”. Para este último⁴¹, falar em Neoconstitucionalismo “implica em ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários”, ou seja, em direção a um Constitucionalismo Compromissório, de feições dirigentes, que possibilite (em todos os níveis) a efetivação de um regime democrático.

É sempre oportuno frisar que o “novo” texto constitucional representa a real possibilidade de ruptura do antigo modelo de Direito e de Estado, a partir de uma perspectiva compromissória e dirigente. Reportamo-nos à Constituição brasileira de 1988, auge do movimento de redemocratização que, em tese, teria rompido com o período ditatorial no país. O texto da chamada Constituição cidadã⁴² apresenta um numeroso rol de direitos, sobretudo sociais, garantidos aos cidadãos, entre eles vários de natureza tributária (expressa ou implícita). A partir disso, começam os primeiros confrontos teóricos sobre ativismo judicial no país, ou seja, significa que se forjou um ambiente em que, com raras exceções, doutrinas, juízes singulares e tribunais passaram a conceber o ativismo judicial como característica própria da jurisdição – certo ou errado? Tentaremos encontrar essa resposta ao final. O fato é que, majoritariamente, a postura ativista do Judiciário é apresentada como pressuposto, considerada uma “solução” para os problemas sociais ou “uma etapa necessária e indispensável” para o cumprimento do texto constitucional, e porque não dizer, em matéria tributária, a concretização dos direitos fundamentais. Manifestações como estas

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 62;

⁴¹ STRECK, LENIO. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. PP. 9-21 (p. 4).

⁴² Expressão usada por Ulysses Guimarães.

demonstram exatamente a dramaticidade e complexidade do problema a ser enfrentado.

Há que se destacar, porém, a distinção entre o ideal e o real, ou seja, a existência de uma distância entre o plano do “ser” e do “dever ser”, valendo-se da expressão de HABERMAS⁴³ – a “impotência do dever ser”. A tradição, tão combatida por Habermas, mostrou que no modelo anterior não havia espaço para o mundo prático, ou seja, para a discussão dos conflitos sociais. Percebe-se, assim, que o discurso exegético-positivista, ainda dominante no campo da Dogmática Jurídica (tributária) representa um retrocesso. Isto porque, além de continuar a sustentar discursos objetivistas, identificando texto e sentido do texto, busca nas diversas teorias subjetivistas, a partir de uma axiologia que submete o texto à subjetividade assujeitadora do intérprete, transformar o processo interpretativo em uma subsunção dualística do fato à norma, como se fato e direito fossem coisas cindíveis e os textos fossem meros enunciados linguísticos⁴⁴.

Trazendo à colação o estudo feito por ROGÉRIO BENTO⁴⁵ sobre o abuso do poder de legislar, na medida em que a Constituição é vista como norma jurídica⁴⁶, e como importante fonte de integração política e social, flui naturalmente a necessidade de assegurar sua aplicação, a necessidade de métodos jurídicos de defesa da sua integridade.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 83 e ss.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit. p. 9.

⁴⁵ NASCIMENTO, Rogério Jose Bento Soares do. **Abuso do Poder de Legislar. Controle Judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014. p. 140.

⁴⁶ Como definiu Robert Alexy em: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo. 2011. p.48.

É importante deixar claro que não temos como objetivo, no presente texto, acirrar a discussão sobre o Ativismo Judicial, mas sim demonstrar que se trata de um tema complexo, com reflexos na postura do judiciário brasileiro, sobretudo em matéria tributária, quando o julgador fundamenta sua decisão na obtenção de receita pública, face à possibilidade de quebra dos cofres públicos⁴⁷. Para Lenio Streck⁴⁸, o Direito possui uma autonomia que tende a ser abalada por dois tipos de predadores: externos e internos. Como exemplo de predadores externos, temos a Política, a Moral e a Economia:

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

Em síntese, STRECK⁴⁹ afirma que é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-Guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o Direito, em uma fase pós-Positivista e de superação do paradigma da Filosofia da Consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas, e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais Poderes em direção ao Poder Judiciário.

⁴⁷ Exemplifiquemos com a contribuição previdenciária do inativo e do caso DIMOB.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 370.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 190.

No plano teórico, três aspectos passaram a ser importantes no que se refere à aplicação do Direito Constitucional: a força normativa da Constituição⁵⁰; o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional e, com isso, a expansão da jurisdição constitucional.

BARROSO⁵¹ apontar três “condutas” que caracterizam o ativismo judicial, que passamos a sintetizar: aplicação direta da Constituição (mesmo diante da inexistência de disposição legislativa), declaração de inconstitucionalidade (com base em critérios menos rígidos) e imposição de condutas ao Poder Público. Para o autor, o ativismo nada mais é do que uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Nesse sentido, no contexto brasileiro, a judicialização da política seria marcada por três fatores: redemocratização, constitucionalismo abrangente e incorporação de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, que mescle as modalidades difusa e concentrada.

É claro que sabemos a importância da Receita Pública e não queremos propor uma anarquia fiscal. Por isso, corroboramos o entendimento de SILVA⁵², ao afirmar que o princípio da separação dos Poderes e a competência de dispor do orçamento não são ideias absolutas, pois sofrem limitações constitucionais, nem são fins em si mesmos, mas meios para o controle do Poder Estatal e garantia dos direitos individuais. Aliás, CELSO DE ALBUQUERQUE⁵³ observa que já em seu preâmbulo a Carta Política afirma instituir um Estado

⁵⁰ HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora. 1991.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 279/280.

⁵² SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 97.

⁵³ SILVA, Celso de Albuquerque. **Legitimidade da execução orçamentária: direitos sociais e controle pelo Poder Judiciário**. Disponível em: www.anpr.org.br. Acesso em: 02/05/10.

Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade, o bem estar e a justiça, dentre outros, como valores supremos de uma sociedade fraterna. CANOTILHO⁵⁴ submete a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais à reserva do possível. Para ele, a realização destes direitos estaria sempre condicionada aos recursos despendidos com intuito de alcançar este efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada como um verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais. A jurisprudência alemã posiciona-se no mesmo sentido ao admitir que os serviços públicos que dependam de prestações materiais do Estado estão sujeitos à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. As políticas públicas não são seletivas, mas sim disjuntivas⁵⁵. Os recursos são finitos, enquanto as demandas são infinitas.

Assim temos que o problema é de ordem epistemológica e filosófica, e também de adequação ao conceito e efetividade dos direitos fundamentais, ou seja, em que consiste esse direito e aí sim analisar a interferência e a efetividade desses nas políticas públicas.

5. CONCLUSÕES

O fenômeno da Globalização possibilita que se identifiquem, com mais facilidade, as crises (em especial a econômica) que assolam o mundo moderno. Nesse sentido, o Brasil, embora topograficamente seja um país latino-americano e adote um sistema jurídico originário do Civil Law, tem realidade não muito diferente da dos outros países europeus, como é o caso de Portugal, pois

²⁶ BIGOLIN, Op. Cit. p. 38.

⁵⁴ CANOTILHO, apud, BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 01, jun. 2004. Disponível em www.revistadedoutrina.trf4.jus.br. Acesso em: 14/05/10.

⁵⁵ LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p. 120.

também carece de uma fonte sólida de recursos para realizar suas despesas, sejam maiores ou menores que as dos outros estados soberanos.

O sistema jurídico-tributário brasileiro, a pretexto de concretizar Direitos Fundamentais elencados em nossa Carta Magna, vem proporcionando ao longo do tempo uma postura nitidamente arrecadatória por parte do Poder Executivo; infelizmente, verificamos que o Poder Judiciário, especialmente o STF no Brasil, também vem se posicionando da mesma forma. Contudo, em Portugal, a Corte Constitucional daquele país não invoca a Teoria da Análise Econômica do Direito para fundamentar suas decisões, se atendo as Teorias Argumentativas pautadas no Direito posto.

O aumento contínuo da carga tributária ao longo das últimas décadas demonstra uma crescente “voracidade” fiscal, que nos possibilitou constatar, no que se refere à elaboração e aplicabilidade dessas normas, que o nítido e forte viés arrecadatório contamina, ou, em alguns casos, chega até mesmo a aniquilar, “princípios” constitucionais importantes, como, por exemplo, a vedação do confisco, a legalidade e a segurança jurídica, entre outros. Nesse sentido, tanto o Brasil quanto Portugal, enfrentam o mesmo problema axiológico, muito embora, a Corte brasileira se inspire na Teoria Alexyana e a Corte portuguesa, sem adotar uma linha doutrinária marcante, pauta-se pela segurança dos precedentes do próprio Tribunal Constitucional, o que mitiga a mutabilidade jurisprudencial significativa como ocorre no Brasil.

Por outro lado, outro elemento que fragiliza o Constitucionalismo Moderno é o grau de abertura dado ao ato decisório das Cortes Constitucionais no Brasil e em Portugal. Quando uma decisão é proferida a partir de argumentos puramente econômicos, políticos, morais, ou seja, quando o Direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado a segurança jurídica pode estar em xeque.

Independentemente do viés axiológico firmado no decisum, o fato é que a concretização dos direitos fundamentais, não pode sucumbir a tais argumentos, pois entender dessa forma é andar na contramão do movimento constitucionalista, daí afirmarmos que não estamos diante de um “novo” Constitucionalismo, mas sim de uma transição entre o Constitucionalismo Clássico e o “novo”, que preferimos chamar de Constitucionalismo Contemporâneo.

Ao analisarmos as leis que sustentam os programas de austeridade fiscal dos dois países em análise e, sobretudo, no confronto Hermenêutico-Constitucional, percebeu-se a fragilidade da Constituição diante do decisionismo dos Tribunais Constitucionais, sobretudo, o STF.

Não obstante as críticas já realizadas, evidenciamos não ser possível distanciar elementos econômicos, políticos e sociais das questões jurídicas que envolvem as Cortes Constitucionais. O que questionamos é o papel dos Tribunais Constitucionais nesse contexto, pois pelo fato de possuírem uma função preponderante para direcionar o movimento Constitucional, sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito, podendo permitir um movimento pendular, qual seja, andar para frente (evolução) ou andar para trás (retrocesso).

Isto porque, a interpretação do texto constitucional não pode ser simplesmente um ato de vontade do intérprete (liberalidade) no interior do qual se operam suspensões de pré-juízos que constituem a perseguição do melhor (ou correto) sentido para a interpretação.

Não se pode deixar de referir que Lenio Streck foi um dos primeiros autores que demonstraram, criticamente, a dualidade existente no pensamento de Hans Kelsen e as consequências disso para o Direito. Aliás, é importante frisar que o Tribunal Constitucional português segue o modelo Kelseniano, enquanto

que, ao nosso sentir, o mesmo não ocorre com o STF e, portanto, não seria o Supremo Tribunal Federal brasileiro uma Corte eminentemente constitucional.

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

O Brasil demorou a sentir os reflexos dessa fase, evidenciando-os apenas na Constituição de 1988, quando o Constitucionalismo brasileiro começou a assimilar os avanços trazidos pelo pós-Guerra no continente europeu. Nessa toada, o país iniciou uma forte escalada com intuito arrecadatório.

Em Portugal, também percebemos um viés arrecadatório muito presente, até por força do Programa de Austeridade Fiscal implementando pelo país. Contudo, através da análise dos julgados do Tribunal Constitucional, ficou visível que não há um comprometimento passional do Tribunal Constitucional com a arrecadação de Portugal e sim de uma legítima Corte Constitucional, pois analisa pura e simplesmente os aspectos jurídico-constitucionais das questões que a este são submetidas.

É bem verdade que o Estado somente pode realizar suas despesas conforme a obtenção de receita. Contudo, essa vinculação não pode servir para que se busque a arrecadação a qualquer custo. O Poder Judiciário tem por obrigação constitucional impedir que leis eivadas de inconstitucionalidade (sob o ponto de vista formal ou material) ingressem ou continuem a produzir efeitos no mundo jurídico.

Percebemos que o decisionismo do julgador, com uma visão solipsista, abala as estruturas de um dos pilares do Estado Democrático de Direito (Constituição do Brasil) ou do Estado de Direito Democrático (Constituição de Portugal) colocando em xeque o princípio da segurança das relações jurídicas.

Assim, há uma sensível diferença entre a dinâmica legislativa fiscal em Portugal que não é tão veloz e instável quanto o modelo brasileiro. No Brasil a mutação significativa da legislação fiscal e, por conta disso, das decisões judiciais do STF, acarreta um legalismo formal estéril e, com, isso desconstrói o princípio da segurança jurídica, além de promover uma instabilidade jurídica nociva ao sistema. Contudo, apesar da mutação da legislação portuguesa ser em menor escala, percebe-se que as decisões judiciais no âmbito do Tribunal Constitucional de Portugal também enfrentam o mesmo problema teórico-argumentativo e, por isso, também permitem a instabilidade jurídica no campo da jurisprudência.

Significa dizer que, em maior ou menor grau, os dois países não estão inseridos no movimento que se intitula “Novo” Constitucionalismo.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 02/05/11.

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

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

BECKER, Alfredo. Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000 e BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, São Paulo: Renovar, 2013.

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

CARNEIRO, Claudio. Tese de Pós-Doutorado defendida em 15 de fevereiro de 2017 junto a Universidade Nova de Lisboa sob o título: **Confronto Constitucional-Hermenêutico das decisões das Cortes Constitucionais do Brasil (STF) e de Portugal (TC): a (in)segurança jurídica em tempos de Neoconstitucionalismo e de Austeridade Fiscal**

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. Vol 1. 2013. 4ª ed.. Coimbra: Edições Almedina.

GOUVEIA, Jorge Bacelar e PIÇARRA, Nuno (Coordenadores). **A Crise e o Direito**. Coimbra: Almedina. 2013.

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

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora. 1991.

KANT, Emannuel. **Doutrina do Direito**. São Paulo: Ícone. 1993.

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

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Portugal: Coimbra Editora. 2002 e, GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Almedina. 2014.

NABAIS, José Casalta. **Por um Estado Fiscal Suportável**. In: Estudos de Direito Fiscal. Portugal: Coimbra: Almedina, 2005,

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

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora. 1989.

PIRES, Alex Sander Xavier. **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. 2016. Portugal: Pensar a Justiça.

SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

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

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

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

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

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2 ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.