



ESTUDOS apresentados à MESA SEMANAL DE DEBATES do
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Entidade complementar à Universidade de São Paulo
Presidência e coordenação do Prof. Ruy Barbosa Nogueira

DIREITO TRIBUTÁRIO

ATUAL Vol. 10

- 25 ANOS DA MESA DE DEBATES! CURSO SUPERIOR.
- CONSTITUIÇÃO, 1988: UNIDADE E CONFLITO INTERNO.
- PODER CONSTITUINTE E CONSTITUÍDO.
- ICMS.
- CONSTITUIÇÃO, 1988. PRIVILÉGIOS FISCAIS MUNICIPAIS.
- TULLIO ASCARELLI. DIREITO TRIBUTÁRIO DO BRASIL: PARTICIPAÇÃO DOS FISCAIS?
- MULTAS ADMINISTRATIVAS E O IR.
- IPI. BASE DE CÁLCULO E DESCONTOS INCONDICIONAIS.
- VALOR PROBANTE DE DOCUMENTOS E LANÇAMENTOS CONTÁBEIS.
- SOCIEDADES PROFISSIONAIS: SUA TRIBUTAÇÃO
- IR. MÚTUO ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO.
- ICMS: LEITE, CREDIÁRIO E MICRO-EMPRESA. CONSTITUIÇÃO DE M.G.
- CONSTITUIÇÃO, 1988: IPI E ICMS. ESSENCIALIDADE E SELETIVIDADE.

CO-EDIÇÃO
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

EDITORA RESENHA TRIBUTÁRIA
SÃO PAULO — 1990

O PODER CONSTITUINTE E O CONSTITUIDO
NOTAS SOBRE A REPRESENTAÇÃO JUDICIAL
DA UNIÃO NAS AÇÕES FISCAIS

Fernando Facury Scaff
Advogado
Doutor em Direito Econômico pela USP,
Professor da Univ. Federal do Pará.
Sócio do IBDT/USP.

I - DOS FATOS

O MM. Juiz da 2a. Vara da Justiça Federal no Estado do Pará proferiu uma decisão interlocutória, não tomando conhecimento de uma cota por nós proferida em uma Execução Fiscal, na segunda quinzena do mês de outubro, em razão da função de Procurador da Fazenda Nacional, que ora exercemos, embasados no art.29, parágrafo 5º, das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988, arguindo S.Exa., resumidamente, que a Constituição Federal não estava em vigor, posto que, à falta de disposição expressa em seu texto estabelecendo a data de

início de sua vigência, vigora o art.1º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 - o qual determina:

"Salvo disposição em contrário, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada."

Esta decisão faz com que a representação judicial da União, nas causas de natureza fiscal, permaneça, de conformidade com o que estabelecia a legislação anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, com o Ministério Público Federal (Procuradoria da República), até a data de 19 de novembro de 1988. Tal entendimento contraria o disposto no art.29, parágrafo 5º, das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988, "literis":

Art.29 - Enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os

membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuarão a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições.

Parágrafo 5º - Cabe à atual Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, diretamente ou por delegação, que pode ser ao Ministério Público Estadual, representar a União nas causas de natureza fiscal, na área da respectiva competência, até a promulgação das leis complementares previstas neste artigo.

"Data maxima venia", ousamos discordar do entendimento de S.Exa., visto que, para nós, a Constituição Federal de 1988 entrou em vigor no exato momento de sua promulgação, pelos motivos que adiante demonstramos.

II - DO DIREITO

DA "LEGALIDADE PELO PROCEDIMENTO"

Inicialmente queremos deixar bem claro que nosso intuito não é levantar argumentos que justifiquem a vigência constitucional desde sua promulgação apenas baseados no proce-

dimento de todos os órgãos do Estado e da própria sociedade, que, sem tais discussões, a aceitaram. Não pretendemos levantar a tese de que uma vez tendo sido aceita por todos, a Constituição deve vigorar desde sua promulgação. Não. A "legalidade pelo procedimento" não estará dentre nossos argumentos, posto que entendemos que o MM. Juiz tem o Dever de julgar segundo suas convicções, mesmo sendo estes absolutamente contrários ao procedimento da quase totalidade dos demais agentes sociais. Tal fato - aceitação da vigência imediata da nova Constituição - entendemos possuir um viés claramente ideológico, posto que a Constituinte foi apresentada a grande parte da população como uma panacéia para todos os males. Logo, cremos que o fato da adesão espontânea e imediata da sociedade e dos demais órgãos do Estado ao entendimento de que a Constituição está em vigor desde sua promulgação tem uma forte conotação de "tábua de salvação nacional", partindo daí a adoção de sua imediata vigência. Como temos a certeza de que o Poder Judiciário não aceitará este argumento de "legalidade pelo procedimento", o abandonamos desde logo.

DOS "ARGUMENTOS DE AUTORIDADE"

Também deixaremos de lado os "argumentos de autoridade", que são aqueles que têm por base unicamente a autoridade daquele que os emitiu, independentemente de sua opinião estar correta com a legalidade ou consentânea com a realidade atual. Daí porque não nos utilizaremos de tais argumentos para tentar convencer V.Exas. da correção de nossa posição. Não nos utilizaremos de "conforme Vicente Rao" ou "segundo Maximiliano" no sentido de aderir estas opiniões à nossa a fim de reforçar a autoridade e dar maior credibilidade à nossa posição, mas apenas, e quando muito, para demonstrar que nosso ponto de vista já foi adotado anteriormente.

OS ARGUMENTOS DE ORDEM LÓGICA

Ainda tentando traçar o perfil de nossa arguição expomos que não nos utilizaremos de argumentos de ordem lógica, tais como:

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 só entrará em vigor a 19 de novembro de 1988, como é que nela estão previstas eleições em 15 de novembro de 1988 ?

ARGUMENTOS DE CONOTAÇÃO IDEOLÓGICA

Também não adotaremos a posição

de criticar a decisão de S.Exa. baseados no argumento de que deu validade a um Decreto Lei da época do Estado Novo de Getúlio Vargas, sobre a Constituição que mais teve a participação popular na história do Brasil.

Não. Nossa intenção é de apenas utilizar uma argumentação jurídico-positiva para tentar convencer V.Exas. de nossa posição de defesa do início da vigência da Constituição de 1988 na data de sua promulgação, consoante as seguintes ponderações:

O PODER CONSTITUINTE E A SEPARAÇÃO DE PODERES

É sabido por todos que o Princípio da Separação de Poderes é algo recente na história da civilização. Nenhum dos tipos de Estado anteriormente encontrados na história possuía tal mecanismo.

Os gregos não vislumbraram a Separação de Poderes, apenas possuíam a separação de "ofícios" e de "magistraturas" consoante a necessidade da "polis".

Também em Roma não existia tal Separação, muito embora existissem Conselhos e Tribunais.

Na Idade Média, nos relata Nelson Saldanha (O Estado Moderno e a Separação de Poderes, SP, Ed.Saraiva, 1987, p.93), que John of Salisbury, em sua obra denominada "Polycraticus", expôs a Commonwealth como um corpo, onde a cabeça seria o Rei, a alma seria a Igreja, o coração seria o Senado; os juizes e governadores locais seriam os olhos, as orelhas e a língua, os militares seriam as mãos e os trabalhadores seriam os pés, pois ativos, necessários e sempre em contato com a terra. Obviamente isto nada tem de pertinente com a Separação de Poderes.

O surgimento do Estado Moderno implicou na absorção das esferas de poder interno, em razão do enfraquecimento de poder da Igreja e da Nobreza. O Estado era um local com território próprio e unificado, dotado de ascendência moral frente aos súditos.

Nos primórdios do Liberalismo europeu, Locke foi considerado o formulador das linhas definitivas da Separação de Poderes como fruto de uma reação ao Estado Absolutista, onde todas as funções do Estado ficavam concentradas na figura de uma só pessoa. Locke vislumbrou a separação de poderes entre Legislativo, Executivo e Federativo, sendo prevalente o primeiro.

Montesquieu, n'ò Esp̃rito das Leis, não teve como preocupação basilar a separação dos poderes em três, conforme propalado, mas a de impedir sua concentração, como uma válvula impeditiva ao sucesso de qualquer pretensão absolutista. Tanto assim é que não há uniformidade no emprego da palavra "poder". Em algumas passagens é utilizada a palavra "puissance", e noutras a palavra "pouvoir".

Todavia, foi o Abade Siēyēs que traçou a teoria do Poder Constituinte como emanção prévia e superior à dos demais poderes previstos por Montesquieu, e que conhecemos por Legislativo, Executivo e Judiciário. O Poder Constituinte seria uma emanção direta e pré-positiva da soberania nacional.

Daí que, muito embora não tenha sido adotado em nenhum ordenamento jurídico como um específico e prévio Poder em razão dos demais três, existe o entendimento que o Poder Constituinte cria e dá contorno ao Estado, e consequentemente, aos demais Poderes. Tanto assim é que, em determinada época de nossa história, além dos três Poderes vislumbrados por Montesquieu, existiu também um Poder Moderador, exercido pelo Imperador, que lhe dava direito de ve

to às determinações dos demais Poderes.

O ponto principal de toda esta exposição é o entendimento de que existem duas diferentes posições: a de Poder Constituinte e a de Poderes Constituídos. O primeiro cria os demais e lhe estabelece competências. E, ademais, como muito bem preleciona Eros Roberto Grau (A Constituinte e a Constituição que Teremos, SP, Ed. R.T., 1985, p.39):

"O Poder Constituinte pertence ao povo, que não o delega a eles, constituintes. Estes apenas recebem do povo mandatos para o exercício daquele Poder."

CONSTITUINTE ORIGINÁRIA E CONSTITUINTE DERIVADA

Dois tipos diversos de Constituinte existem: as originárias e as derivadas. As primeiras são aquelas que resultam de uma ruptura com o "status quo" anterior, com a legalidade anteriormente existente, e que não mais lhe servirá "in totum". É o triunfo de uma revolução ou de um golpe. O segundo tipo decorre de uma convocação pelo próprio Poder Constituído para que seja efetuado um novo ordenamento jurídico constitucional ou uma sua reforma, mas sem que

tenha ocorrido a "quebra" da legalidade anteriormente existente. Ou seja, no primeiro caso, há como que uma nova e completa reorganização do Estado, através de um novo ordenamento jurídico. No segundo caso - o da Constituinte Derivada - a derivação decorre do próprio Poder Constituído, sendo que o Poder de reforma da Constituição é usualmente colocado no Poder Legislativo, nos termos estabelecidos pelo Poder Constituinte.

Ainda quanto à Constituinte, pode ser ela Exclusiva ou Conjugada ao Poder Legislativo. No primeiro caso teremos que os constituintes, eleitos consoante regras específicas, uma vez tendo cumprida sua tarefa, voltarão aos seus afazeres normais. Haverá aí uma Assembleia Nacional Constituinte. Na Constituinte Conjugada ao Poder Legislativo, teremos uma continuação das atividades dos constituintes, que, uma vez concluídos os trabalhos, deverão permanecer como membros do Poder Legislativo, cuja criação e contorno eles próprios elaboraram. Teremos então um Congresso Constituinte.

O PODER CONSTITUINTE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Não pretendemos descrever o clamor de setores expressivos da sociedade na luta

por uma nova Constituição para o Brasil. Pressu-
pomos ser tal fato do conhecimento de todos. Pa-
semos ao direito positivo.

Em pleno vigor da Constituição de 1967, àquela altura com 25 emendas, foi enviada ao Congresso Nacional uma proposta de Emenda Constitucional pelo Presidente da República, que transformava o Poder Legislativo a ser eleito em novembro de 1986, e instalado em fevereiro de 1987, em Congresso Constituinte. Na Comissão Mista do Congresso que examinou a emenda do Governo, o relator, deputado Flávio Bierrenbach, apresentou relatório contra aquela forma de convocação, pleiteando não um Congresso Nacional Constituinte, mas uma Assembléia Nacional Constituinte. Ou seja, o interesse era ver resgatada, na medida do possível, uma representação popular independente daquela que seria eleita a 15 de novembro de 1986. O parecer do relator, contrário ao projeto do Governo, foi derrotado, e prevaleceu a tese de que os membros do Congresso Nacional, que seriam eleitos a 15 de novembro de 1986, é que seriam os constituintes. Isto foi aprovado pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985.

Isto posto, podemos concluir que nossa Constituinte de 1986-88 foi Derivada e Congressual.

QUAIS OS LIMITES DE UMA CONSTITUINTE DERIVADA E CONGRESSUAL ?

Os limites de ordem jurídica ao Poder Constituinte, uma vez não estabelecidos pelo Poder Constituído quando de sua convocação, não podem ser invocados ou exercidos.

O Presidente da República quando enviou o projeto de Emenda Constitucional fez constar que dentre os poderes estavam inclusive os de dissolver a Federação e de restaurar a Monarquia, itens absolutamente vetados pela Constituição de 1967, que gerou a Constituinte de 1986-88. Tais poderes, inclusive, foram retirados da Emenda Constitucional nº 26/85 quando de sua votação.

Contudo, como pode ser vislumbrado pela Emenda Constitucional nº 26/85, das limitações de ordem jurídico-positiva impostas aos trabalhos constituintes pelo Poder Constituído, as mais importantes foram que: 1) foi o Poder Legislativo (da legislatura que se findou

em 1986) que traçou as regras para a eleição de novembro de 1986, onde seriam eleitos os constituintes de 1986-88; e 2) foi o próprio Poder Legislativo (da legislatura que se iniciou em 1986) que permitiu a presença dos senadores eleitos diretamente em 1984 como constituintes.

Assim, repetimos, no âmbito jurídico-positivo, os limites do Poder Constituinte Derivado são aqueles traçados pelo Poder Constituído que o convocou e se encerra nos termos e modos do ato convocatório. "In casu", as interferências de maior monta ocorridas são aquelas retro mencionadas.

Decorre daí que mesmo que se argua que a Constituição de 1988 decorre de Poder Constituinte Derivado e Congressual, ela é uma Constituição que formalmente, em um sentido jurídico-positivo, não se rege pelas normas constituídas. Ou seja, a Constituição Federal de 1988 não tem o dever de adotar ou de respeitar as normas em vigor do Poder Constituído antes dela.

DA RECEPÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR PELA NOVA CONSTITUIÇÃO

Aquela assertiva não implica em

dizer que estará revogada toda a legislação anterior à nova Constituição. Nesses casos o que ocorre é o fenômeno da "recepção" da legislação antiga pelas novas regras determinadas constitucionalmente. Aquela legislação que for incompatível com a nova Constituição estará automaticamente revogada; q que com ela for compatível se rá "recebida".

Daí é que inúmeras regras foram automaticamente revogadas quando da promulgação da Constituição; exemplificativamente podemos citar aquelas que contrariam os novos direitos sociais.

DA RECEPÇÃO DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Especificamente no que se refere este arrazoado, podemos dizer que a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto Lei nº 4657/42), que o MM. Juiz entende ser uma norma de "superdireito", posto que é uma lei que regula a forma de existência das demais leis, foi "recebida", em grande parte, pela Constituição de 1988!

Pode parecer que a afirmativa do ítem anterior tenha jogado uma pã de calacer

ca da discussão fazendo com que o MM. Juiz veja reconhecido por nós sua tese como admissível. Contudo, não é o caso. E aí vai um viés positivista. Como é que S.Exa. poderia explicar o seguinte:

Como é que uma norma "recebida" vai reger uma norma superior, que a recebe ?

Este é o nó górdio da questão. Uma vez aceito que o Poder Constituinte é superior aos demais, sendo inclusive pré-positivo, e sendo também aceito que não há uma total e completa revogação da legislação anterior pela nova Constituição, como é que uma norma "recebida" vai poder reger a norma superior que a recebe ?

Se assim fosse, teríamos que admitir - como "norma de superdireito" no entendimento do MM. Juiz - que também está em vigor o art. 1º, parágrafo 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece:

"A vigência das leis que os Governos Estaduais elaborem por autorização do Governo Federal, depende da aprovação deste e começa no prazo que a legislação estadual fixar."

Ora, adotado o entendimento do

MM. Juiz nas suas últimas consequências, teremos que toda a legislação estadual, de todos os Estados Membros da Federação brasileira, desde a Constituição de 1946 para cá, não tem valor, posto que contraria o referido parágrafo de uma norma de "superdireito". Obviamente tal entendimento é um absurdo. Este parágrafo fazia sentido no texto da Constituição de 1937, e não no das demais. Contudo, o exemplo é preciso: ou toda a legislação de todos os Estados da Federação Brasileira é nula; ou o conceito de "norma de superdireito" é válido apenas para as leis e demais normas infraconstitucionais. As Constituições estão fora do alcance da Lei de Introdução ao Código Civil, não se regem por ele !

Outro exemplo: Como operacionalizar o art.79, parágrafo 79, da Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece:

"..., o domicilio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, ..."

O art. 226, parágrafo 49 e 59, da Constituição Federal de 1988 determinam:

"49 - Entende-se também, como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer

dos pais e seus descendentes.

59 - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."

Ora, será que vai prevalecer o estabelecido na Constituição Federal ou na Lei de Introdução ao Código Civil? Indubitavelmente prevalecerá o estabelecido na Constituição Federal.

Logo, é absolutamente improcedente a afirmativa do MM. Juiz de que a Constituição em vigor deve ser regida pela Lei de Introdução ao Código Civil e só entrar em vigor 45 dias após publicada.

A L.I.C.C. REFERE-SE À LEI E NÃO
À NORMA

Enfim, um último e definitivo argumento jurídico-positivista deve ser esgrimado. O art.1º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece literalmente:

"Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada."

(grifo nosso)

Ora, o artigo é claro ao se referir à lei, e não à norma, ou mesmo à Constituição, que, como é sabido e tivemos a oportunidade de fazer recordar, é fruto do poder Constituinte que se sobrepõe aos demais e lhe traça os contornos. Logo, este artigo da Lei de Introdução é aplicável, mas apenas às Leis e não às Constituições.

Enfim, uma vez que estamos dentro de raciocínio positivista, devemos novamente alocar a "norma fundamental de Kelsen" na Constituição e não na Lei de Introdução ao Código Civil.

III - CONCLUSÃO

Não adotamos a teoria positivista kelseniana, uma vez que vislumbramos no Direito muito mais que apenas aquilo que está expresso em normas. Contudo, mesmo dentro deste raciocínio, a tese de que a Constituição Federal só entrará em vigor 45 dias após publicada não se mantém. Elas, as Constituições, em regra, não entram em vigor na data de sua publicação, mas na de sua promulgação. E assim é, não por costume, ou em razão de argumentos de autoridade, mas pela absoluta impossibilidade de fazer valer a legislação constituída para reger a legislação constituinte!