

Os inconstitucionalistas e o direito tributário

Célio Armando Janczeski *

Há muito já superadas as determinações de proibições de interpretar, conhecidas no decorrer da história. O direito romano é pródigo em exemplos: Constantino reservou para si próprio a incumbência de "examinar a interpretação interposta entre a equidade e o direito. Valentiniano e Marciano estabeleceram que ao Imperador competia explicar as obscuridades e mitigar o rigor das leis. Justiniano, que julgava perfeito o Corpus Júris, proibiu as interpretações, determinando que os juízes, em caso de dúvida, ouvissem o Imperador, "a quem exclusivamente é permitido estabelecer e interpretar as leis". Mas, além dessas restrições à atividade dos juízes, controlava-se também a autoridade dos jurisconsultos: Juliano dizia que era correta a opinião referendada por dois juristas de valor; a lei das citações de Valentiniano III, do ano 4, rezava que a decisão não podia se apoiar em mais de cinco grandes juristas, prevalecendo, na dúvida, a opinião de Papiniano. (1)

As normas proibitivas de interpretação marcaram forte presença, historicamente, na França, Alemanha, Itália, Rússia e Portugal. Este último influenciou decisivamente na nossa tradição de normas proibitivas ou restritivas de interpretação. A Lei da Boa Razão, de 18.08.1769, que trazia entre os seus objetivos o de precaver "com sábias providências as interpretações abusivas que ofendem a majestade das leis, desautorizam a reputação dos magistrados e têm perplexa a justiça dos litigantes", continha inúmeras normas sobre a interpretação, como, por exemplo, no parágrafo 7o: "porquanto a experiência tem mostrado que as sobreditas interpretações dos advogados consistem ordinariamente em raciocínios frívolos, e ordenados mais a implicar com sofismas as verdadeiras disposições das leis do que a demonstrar por elas a justiça das partes". O mesmo dispositivo ainda determina multas progressivas aos advogados que violarem as determinações, cuja pena poderia inclusive consistir em cinco anos de degredo para Angola. (2)

Os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, previam o ensino das "regras de interpretação", especialmente as da Lei da Boa Razão, e recomendavam aos professores e magistrados: "não se precipitem no temerário, e sacrílego atentado de

pretenderem ampliar ou restringir as leis pelos seus particulares e próprios ditames, como se delas pudessem ser árbitros".

No Brasil, ao tempo do Império, era comum o Judiciário pedir a interpretação do Executivo, coisa que se minimizou na República. Com a edição da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro, duas regras mestras foram criadas: o art. 4º diz que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito" e o art. 5º, registra que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Em relação ao direito tributário, o Modelo de Código Tributário para a América Latina estabeleceu em seu art. 5º, que "as normas tributárias serão interpretadas de acordo com todos os meios permitidos em direito, podendo chegar-se a resultados restritivos ou extensivos dos termos contidos naquelas".

O Código Tributário Nacional, tratou da matéria em seus artigos 107 a 112 e 118, cujos dispositivos não desautorizam que o intérprete busque além do elenco legal, abrigo em qualquer outra regra que auxilie na formação do sentido da norma interpretada, desde que não colidente com as disposições e princípios em que se baseia o Código. Afinal, "interpretar é ato em que há de valer-se quem executa de métodos lógicos, e em que sempre importa considerar o aspecto de que a inteligência a ser extraída deverá ajustar-se de forma adequada, clara, preferentemente exata, ao texto legal, no tocante ao que este deva significar e seu preciso alcance, ou ainda às situações específicas e, assim, objetivamente apreciadas. Não foge a esta regra a interpretação da legislação tributária". (3) Os meios usuais de interpretação dotados de maior relevo são gramatical, lógico, histórico, sistemático e teleológico.

Como nem sempre existe regra para solucionar o caso concreto e considerando-se que nenhum caso pode deixar de ter solução jurídica, ao aplicador é autorizado o preenchimento da lacuna da lei – integração - levando em conta as orientações da própria lei, cuja enumeração não taxativa repousa no art. 108, do CTN. O destinatário da norma, apesar da terminologia utilizada, (4) não se cinge nem somente ao juiz, nem somente ao administrador, nem somente a ambos, mas à todos os que, numa sociedade aberta e pluralista, interpretam a legislação tributária, como advogados, peritos, contadores, planejadores fiscais, associações, sindicatos, sociólogos e qualquer cidadão, para se orientar nas suas vivências ou para defender direito seu.

Apesar de sepultado qualquer resquício que implique em restrição a interpretação da lei, sob a premissa da harmonia e interdependência dos Poderes, aliado a busca da justiça com segurança, para se garantir a ordem jurídica com justiça, no direito tributário tem sido banalizada as alegações de inconstitucionalidades, especialmente junto ao direito tributário, a ponto de fazer surgir nova classe: os inconstitucionalistas. Estes profissionais, presentes entre os advogados, promotores/procuradores e juizes, tem uma inclinação natural e exagerada para ver, em tudo aquilo que lhe desagrade juridicamente, sinal de mácula inconstitucional. É verdade, no entanto, que o Poder Público tem colaborado muitíssimo com o panorama, editando em quantidade abundante, normas que ferem dispositivos da Constituição. Em ambiente propício e fértil, os inconstitucionalistas se multiplicam e igualmente multiplicam-se as alegações de inconstitucionalidades.

Quando a inconstitucionalidade é defendida em favor do contribuinte, normalmente para reduzir ou desobrigar do recolhimento de algum tributo e que deveria refletir um ato de coragem, desprendimento, pesquisa e conhecimento jurídico, muitas vezes tem trazido consideráveis prejuízos, na medida em que são defendidas teses sem qualquer substância jurídica, beirando o abuso e a má-fé, representando verdadeira ofensa aos constitucionalistas. As razões escancaradamente apresentam-se despidas de qualquer plausível juridicidade. Apesar da nova classe ter guarida na Constituição Democrática de 1988 e mesmo quando as teses são criadas para beneficiar o contribuinte, muitas acabam por lhe trazer sérios aborrecimentos, além de gastos inúteis, contribuindo para a tensão social, a insegurança e a falta de valorização das carreiras jurídicas, especialmente a de advogado, que de regra é o que mais difunde a teoria. Aliás, a difusão indiscriminada destas "teses" junto a possíveis clientes leigos em direito, por todos os meios de comunicação possíveis, ao par de arranhar o Código de Ética Profissional, prejudica sobremaneira a credibilidade das teses sérias, que efetivamente possuem condições de serem acolhidas pelo Poder Judiciário. A falta de reflexão e o esquecimento das regras de interpretação, subvertem de forma grosseira o Princípio da Presunção da Constitucionalidade das Leis.

É sabido que havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carregam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor. (5) Ou como aduz acertadamente Konrad Hesse: "La voluntad y la conducta del legislador democrático gozan de una presunción de constitucionalidad; a él le corresponderá en primeira línea la conformación jurídica de las relaciones sociales. Al tribunal constitucional le está vedado discutir esta primacía al legislador, pues ello acarrearía un desplazamiento de las funciones constitucionalmente encomendadas". (6) Com efeito, ainda que tenha a atribuição de controle da constitucionalidade das leis, deve o Poder Judiciário partir do pressuposto de que o legislador buscou elaborar um diploma capaz de produzir efeito jurídico e não em que se tornasse inoperante e nulo. (7)

Isto não significa, por óbvio, a defesa de limitação da liberdade de pensamento, nem do amplo acesso ao Judiciário, constitucionalmente garantidos, até porque não há monopólio do saber jurídico e é dado a quem desejar, o direito de se exprimir sobre o assunto que lhe aprouver. O que repugna é o abuso. Não se defende limitação do "direito de interpretar", no passado tão perseguido, ao contrário, se prega o "dever de interpretar", como um caminho obrigatório do jurista. Desde a Declaração de Direitos do Homem de 1789 já se garantia: "a livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode pois falar, escrever, exprimir-se livremente, sujeito a responder pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei".

Desta feita, evitando-se ultrapassar a linha imaginária do abuso, que não é acolhido pelo direito e que pelo ímpeto do ineditismo pelo ineditismo é presença constante entre os inconstitucionalistas, não há que se pretender a acomodação jurídica em prol da segurança jurídica, já que a ordem jurídica deve ser garantida com justiça. Deveras, não poderia o juiz, sob a justificativa de salvar a lei da pecha de inconstitucionalidade, lançar mão de interpretação que revelasse inequívoca atividade criadora do direito, o que corresponderia ao exercício de função típica do legislador (8) ou que implicasse em afastamento da atividade lógica pela qual se determina a significação e o alcance do texto legal. Extraída da lei mácula inconstitucional, sua declaração de inconstitucionalidade (tanto no controle concentrado ou difuso) é de se impor. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este à quele.

Notas

01. TORRES, Ricardo Lobo. Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário. 3a. edição, Rio de Janeiro : Renovar, 2000, p. 3/4.

02. TORRES. Normas... op. cit., p. 6.

03. CORRÊA, Sérgio Feltrin. Código Tributário Nacional Comentado. Coordenador Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: RT, 1999, p. 460.

04. "...autoridade competente para aplicar a legislação tributária".

05. BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 165.

06. HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 52.

07. Neste contexto, não se ultrapassando os limites que resultam do sentido literal possível e do contexto significativo da lei, preservando-se a supremacia constitucional, cresce a importância da interpretação conforme a Constituição, como aquela que, entre outras possíveis interpretações, se impõe sobre as demais, em razão de revelar na lei a sua validade em face da Constituição. Confunde-se, na jurisprudência do Excelso Pretório, com a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. (ALMEIDA JUNIOR, Fernando Osório de. Interpretação conforme a Constituição e Direito Tributário. Dialética : São Paulo, 2002, p. 22).

08. ALMEIDA JUNIOR. Interpretação..., op. cit., p. 29.

* advogado e consultor empresarial em São Lourenço do Oeste (SC), professor de Direito Tributário da Faculdade Mater Dei, professor convidado permanente da Escola Superior da Advocacia da OAB

Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4774> > Acesso em: 10 Out. 2008.