

As garantias constitucionais do ordenamento jurídico

Autore: Gustavo Kenner Alcantara

In: Diritto civile e commerciale

Garantias constitucionais – legalidade – segurança jurídica

O artigo dispõe sobre as garantias constitucionais que dão confiança, certeza, previsibilidade à ordem jurídica observadas as limitações impostas pelo sistema.

A Constituição Federal e as garantias constitucionais

A Constituição Federal que é a gênese do ordenamento, dispõe de garantias fundamentais que alicerçam e orientam toda a ordem jurídica.

Assim, as garantias constitucionais que também podem ser chamadas de princípios constitucionais, dentro do contexto no qual estão inseridos, devem ser aplicadas e observadas de acordo com o bem jurídico a ser preservado.

Sobre os princípios constitucionais Osvaldo dos Santos Carvalho⁴ em sua dissertação apresentada como requisito para conclusão do mestrado na PUC/SP, traz importantes considerações sobre o tema:

Nesse diapasão, é hialino perceber que as normas se sobrepõem, revelando a existência de um grau de importância entre elas, podendo-se afirmar a existência de normas estabelecidas de condutas e de outras mais elevadas que consagram verdadeiros princípios, informadoras das primeiras. Em resumo, pode-se afirmar que os princípios encontrados espalhados por todo o sistema jurídico pátrio são os grandes comandos, ou, em outras palavras, em homenagem ao rigor semântico, o princípio é a gênese sobre a qual descansam todas as demais normas jurídicas. Os princípios também são escalonados, o que indica a existência deles em toda a pirâmide jurídica, dispostos em nível de importância, todavia, perfeitamente harmônicos e coerentes, realçando sua importância para o sistema. Assim, é que no ordenamento jurídico têm-se aqueles princípios maiores, erigidos a condição de verdadeiros sobreprincípios, que determinam as diretrizes basilares do sistema e subordinam os demais princípios e normas jurídicas.

Ainda quanto a imprescindibilidade da observância dos princípios constitucionais, Roque Antonio Carrazza⁵ conclui que a sua inobservância conduziria a nulidade do ato praticado.

Os princípios constitucionais são mandamentos fundamentais que tem a função de direcionar toda a execução da lei, sendo de grande valia para a exegese e a perfeita aplicação do direito positivo, a ponto de se falar que eles moldam, interferem e de certo modo até antecipam o conteúdo jurídico a ser veiculado.

Humberto Ávila⁶ dissertando sobre o tema, afirma:

(...) privilegia-se a proclamação da importância dos princípios, qualificando-os como alicerces ou pilares do ordenamento jurídico.

Em decorrência do exposto, a Constituição que é o vértice primordial para a preservação dos direitos fundamentais, estabeleceu alguns princípios como o republicano, igualdade, legalidade e segurança jurídica como forma de promover os valores supremos da sociedade.

Esses princípios, independentemente da perspectiva em que forem analisados, deverão ser necessariamente observados no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, de tal forma que a sua aplicação seja consentânea com as diretrizes básicas que informam o direito positivo.

Com efeito, são preceitos impregnados de grande força axiológica, dispondo sobre os elementos basilares nos quais se assentam as razões fundantes do Estado, traçando o perfil de uma sociedade e revelando os seus objetivos e metas.

Para fins de definição do princípio republicano, cabe aqui os ensinamentos de Geraldo Ataliba⁷ quando define República:

é o regime político em que os exercentes das funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente.

Nesta mesma linha de raciocínio, aduz Roque Antonio Carrazza⁸:

República é o tipo de governo, fundado na igualdade formal das pessoas, em que os detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, representativo (de regra), transitório e com responsabilidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil⁹ proclama em seu artigo 1º a forma republicana de governo formada pela união dos Estados, Municípios e Distrito Federal constituindo um Estado Democrático de Direito, onde o poder é exercido por representantes do povo que os elegeem periodicamente.

Fácil perceber que a República caracteriza-se pela eletividade, representatividade, transitoriedade, responsabilidade dos governantes e igualdade das pessoas.

Desta forma, o povo através de processos eleitorais livres, elege seus representantes para cargos periódicos como forma de excluir o arbítrio, exaltando a expressão de poder, todavia, desde que respeitados os limites impostos pelo Texto Constitucional.

Dentro desse raciocínio importante ressaltar que numa República os governantes deverão exercer seus mandatos com responsabilidade, isto é, obedecendo a Constituição que lhe traça e limita os poderes.

Para Geraldo Ataliba¹⁰ a responsabilidade “é a contrapartida dos poderes em que, em razão da representação da soberania popular, são investidos os mandatários. É lógico corolário da situação de administradores, lato sensu, ou seja, gestores da coisa alheia. Diversos matizes tem a responsabilidade dos mandatários executivos, no regime republicano: político, penal e civil. Quer dizer: nos termos da Constituição e das leis, respondem eles (presidente, governadores e, por extensão, prefeitos) perante o povo, ou o Legislativo ou o Judiciário por seus atos e deliberações. Nisso opõe-se a República às demais formas de governo, principalmente a Monarquia, regime no qual o chefe do Estado é irresponsável (the king can do no wrong) e, por isso, investido vitaliciamente.

Outro traço característico da República é a igualdade de tratamento entre os cidadãos.

Em síntese, Geraldo Ataliba¹¹ endossa o que foi até agora exposto:

Como princípio fundamental e básico, informador de todo o nosso sistema jurídico, a idéia de república domina não só a legislação, como o próprio Texto Magno, inteiramente, de modo inexorável, penetrando

todos os seus institutos e esparramando seus efeitos sobre seus mais modestos escaninhos ou recônditos meandros.

No que toca ao princípio da igualdade, cumpre ressaltar que é um preceito fundamental inerente ao regime republicano. A forma republicana de governo veda qualquer tipo de privilégios como forma de preservar a igualdade fundamental.

A Constituição Federal¹² no caput do artigo 5º dispõe sobre o princípio da igualdade dos indivíduos perante a lei:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.

Pelo princípio da igualdade, a Constituição Federal garante que a lei será aplicada igualmente a todos os indivíduos pertencentes a uma mesma sociedade.

Sobre o princípio da igualdade, registre-se os ensinamentos de Geraldo Ataliba¹³ :

A igualdade é, assim, a primeira base de todos os princípios constitucionais e condiciona a própria função legislativa, que é a mais nobre, alta e ampla de quantas funções o povo, republicaneamente, decidiu criar. A isonomia há de se expressar, portanto, em todas as manifestações de Estado, as quais, na sua maioria se traduzem concretamente em atos de aplicação da lei, ou seu desdobramento. Não há ato ou forma de expressão estatal que possa escapar ou subtrair-se às exigências da igualdade.

É um princípio de conteúdo significativamente valorativo, pois, visa preservar a Justiça, ao ponto que levou a autora Mizabel Derzi¹⁴ a lecionar que:

A isonomia, hoje, é o princípio nuclear de todo o sistema constitucional. É o princípio básico de nosso regime democrático. Não se pode pretender ter uma compreensão precisa da democracia, se não tivermos um entendimento real de seu alcance. Sem igualdade não há república, não há Federação, não há democracia, não há Justiça.

Acerca do assunto José Afonso da Silva¹⁵, por esta mesma razão discorre sobre este princípio:

(...) o princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que, sendo violada, importa na inconstitucionalidade da lei, em termos que especificaremos mais adiante. Constitui, por outro lado, uma regra de interpretação para o juiz, que deverá sempre dar a lei o entendimento que não crie distinções.

A igualdade perante o juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissolúvelmente ligada à democracia.

O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz, apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

Foi a partir do nascimento do Estado Democrático de Direito que se buscou traçar as reais dimensões da igualdade fundamental. Ressalte-se que esse preceito constitucional visa assegurar o mesmo tratamento as pessoas que se encontrem em situações análogas, concebendo as indispensáveis distinções desde que

razoáveis.

Nesta linha de raciocínio disciplina Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶:

(...) ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos não de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.

Após essas considerações, importante lembrar que quando da aplicação do direito, imprescindível ainda a observância do princípio da legalidade. Desta forma, num Estado Democrático de Direito, todos os atos praticados pela Administração Pública no exercício de suas funções devem estar fundamentados em leis impessoais e genéricas.

É por esta razão que Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷ ao tratar do tema, aduz:

Ela é abstrata (isto é, abstrai dos casos concretos, para evitar o arbítrio, traduzido no favorecimento de pessoas determinadas em detrimento de outras pessoas também determinadas), porque deve ser impessoal; sendo impessoal, abrange gêneros de situações, categoria de pessoas e não casos isolados, “é geral quando apanha uma classe de sujeitos”.

Importante registrar os ensinamentos de José Afonso da Silva¹⁸ que corrobora o exposto:

O princípio da legalidade é nota essencial no Estado de Direito. É também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência de seu conceito subordinar-se a Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da

lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualdade de condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita a lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão dos poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição.”

A legalidade pode ser vista sob duas dimensões: a formal e a material. A legalidade formal que se expressa através dos veículos introdutórios da norma jurídica, na natureza do veículo normativo.

Por outro lado, a legalidade material traduz-se no conteúdo da norma introduzida. A obrigatoriedade de condutas se circunscreve a ela, conforme dispõe o artigo 5º, II, da Constituição Federal.

O princípio da legalidade é considerado um dos principais fundamentos sobre qual se assenta a aplicação do Direito. Com base nele todos os atos e funções jurisdicionais estão subordinados a lei, em virtude de sua indisponibilidade jurídica.

Irrefutável, assim, considerar a lei como fonte de produção primária por excelência do direito.

É bem verdade, que em sua gênese, o princípio da legalidade, assumiu papel de máxima importância, alcançando e subordinando todas as pessoas envolvidas numa determinada relação jurídica, aumentando o clima de segurança, certeza e previsibilidade da ação estatal.

Em resumo, é hialina que a atuação dos Entes Públicos deve estar necessariamente vinculada a reserva de lei, no sentido de que os fins constitucionalmente consagrados, e não a livre vontade do legislador, dominem as formas de legislação.

Arrematando o tema, fala-se na imperativa observância do princípio da segurança jurídica que é um princípio implícito na Carta Fundamental¹⁹ que tem por fim manter a estabilidade da ordem jurídica. É um princípio que postula a absoluta e completa previsibilidade da ação estatal pelos cidadãos e administrados.

A exemplo, cabe trazer a sua observância no direito tributário, uma vez que tal princípio veda a surpresa no exercício da tributação, pois, como bem sustentou Geraldo Ataliba²⁰:

(...) a previsibilidade da ação estatal é magno desígnio que ressuma de todo o contexto de preceitos orgânicos e funcionais postos no âmago do sistema constitucional.

Como poderá Alfredo Augusto Becker²¹:

O direito positivo é o instrumento para dominar e reger os fatos constitutivos do ambiente social (forças, ideais, interesses e necessidades sempre em movimento freqüentemente antagônicas). Por isso, o legislador, antes de tomar uma decisão a respeito deles, deverá esforçar-se para compreendê-los e para tal é imprescindível a ciência e a experiência do meio social considerado. Uma das funções do direito positivo é precisamente conferir certeza à incerteza das relações sociais. Constituição da República Federativa do Brasil, lei das leis, através de seus preceitos fundamentais, regula, orienta e fiscaliza a atuação estatal numa determinada ordem jurídica.

Tal também o ensinamento de Geraldo Ataliba²²

O direito, é por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura aos governantes e governados os recíprocos direito e deveres, tornando viável a vida social. Seguras estão as pessoas que

têm certeza de que o direito é objetivamente um e que comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discreparão.

O princípio da segurança jurídica através da efetiva atuação de outros princípios constitucionalmente garantidos, como por exemplo, o princípio republicano, da igualdade e da legalidade, busca promover os valores supremos de uma sociedade, expressando a máxima certeza do direito.

Com base ainda na certeza do direito e na previsibilidade da atuação estatal, o princípio da segurança jurídica em matéria tributária permite que o contribuinte, dentro das limitações impostas pelo ordenamento jurídico, antecipe o resultado das pretensões requeridas, e principalmente, viabilize-os, na busca da realização do direito.

Seguindo esta linha de raciocínio Alberto Xavier²³, faz as seguintes anotações:

(...) traduz-se, praticamente, na possibilidade dada ao contribuinte de conhecer e computar os seus encargos com base exclusivamente na lei.

Arrematando o tema, Américo Lourenço Masset Lacombe²⁴ traz indispensável observação:

(...) mas, além de ser decorrência lógica da isonomia, pois só poderá haver igualdade (perante a lei e na lei) onde houver segurança jurídica, ele vem implementado pelo princípio da igualdade, pela garantia da coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, cujo corolário é a irretroatividade das leis. Vem ainda implementado pelo princípio da separação dos poderes e pela possibilidade de recurso à Justiça, exercida por magistratura independente.

Em resumo, realizar-se-á o direito quando houver a certeza da proteção do bem jurídico resguardado na aplicação dos ditames legais previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

As pessoas envolvidas numa relação jurídica só estarão seguras quando a autoridade, exercitada pelos representantes dos Entes Públicos não violar os direitos e garantias fundamentais, preservando a norma jurídica, sem criar embaraços a efetivação dos direitos protegidos.

Para concluir, faz-se indispensável a observância dos princípios constitucionais que dão confiança, certeza, lealdade, previsibilidade, consentimento, e assim, conferem segurança e certeza à ordem jurídica, uma vez que tais garantias viabilizam a busca da realização do valor Justiça.

BIBLIOGRAFIA

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios da definição e aplicação dos princípios jurídicos. 6ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. Atualizado por Mizabel Abreu Machado Derzi. 11ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário. 3ª edição. São Paulo: Lejus, 1963.

BORGES, José Souto Maior. ICM sobre a importação de bens de capital para uso do importador. in Revista Forense, vol. 250.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 16ª ed. rev. amp. e atual até a EC nº 31/2000, São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Osvaldo dos Santos. A guerra fiscal no âmbito do ICMS. Considerações sobre os benefícios fiscais e financeiros concedidos pelos Estados e Distrito Federal. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito Tributário, sob a orientação da Prof.ª Doutora Elizabeth Nazar Carrazza, 2006.

LACOMBE, Américo Lourenço Masset. Princípios constitucionais tributários. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. 15ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 22ª ed. rev. e atual nos termos da reforma constitucional até a EC nº 39, de 19/12/2002. São Paulo: Malheiros, 2003.

XAVIER, Alberto. Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

4 CARVALHO, Osvaldo dos Santos. A guerra fiscal no âmbito do ICMS. Considerações sobre os benefícios fiscais e financeiros concedidos pelos Estados e Distrito Federal, p. 42.

5 CARRAZZA, op. cit., p. 31.

6 ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 6^a. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 64-65.

7 ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2^a edição. São Paulo: Malheiros, 1998., p. 49.

8 CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 16^a ed. rev. amp. e atual até a EC nº 31/2000, São Paulo: Malheiros, 2001. p. 48.

9 BRASIL, Constituição Federal (1988). A Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Distrito Federal, Senado, 1988.

10 ATALIBA, op. cit., p. 38-39.

11 ATALIBA, op. cit., p. 32.

12 BRASIL, Constituição Federal (1988). A Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Distrito Federal, Senado, 1988.

13 ATALIBA, op. cit., p. 160.

14 BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. Atualizado por Mizabel Abreu Machado Derzi. 11ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 34.

15 SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 22ª ed. rev. e atual nos termos da reforma constitucional até a EC nº 39, de 19/12/2002. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 213.

16 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 14.

17 MELLO, op. cit., p. 33.

18 SILVA, op. cit., p. 400.

19 Leciona Souto Maior Borges, que “o princípio implícito não difere senão formalmente do expresso. Têm ambos o mesmo grau de positividade, não há uma positividade ‘forte’ (a expressa) e outra ‘fraca’ (a implícita). Um princípio implícito pode muito bem ter eficácia (= produzir efeito) muito mais acentuada do que um princípio expresso”. in Revista de Direito Tributário, vol. 63, p. 207.

20 ATALIBA, op. cit., p. 145.

21 BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário, 3ª edição. São Paulo: Lejus, 1998. p. 65-68.

22 ATALIBA, op. cit., p. 184.

23 XAVIER, Alberto. Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1978, p. 46.

24 LACOMBE, Américo Lourenço Masset. Princípios constitucionais tributários. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 50.

<https://www.diritto.it/as-garantias-constitucionais-do-ordenamento-juridico/>