

1 INTRODUÇÃO

Erigida sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a Constituição da República de 1988 foi pródiga em instituir e conceder normatividade aos chamados princípios, os quais passam assumir um papel essencial no ordenamento jurídico pátrio de conceder mais efetividade e garantia aos direitos fundamentais que tutela.

A partir de então, a aplicação das normas jurídicas, subdivididas pela doutrina clássica em princípios e regras¹, passa a encontrar também alguns obstáculos em sua concretização pelo intérprete, sobretudo nas hipóteses em que se deparam com os chamados conflitos normativos.

Afinal, seja em razão da abertura semântica das normas do tipo “princípio” que, pela doutrina de Robert Alexy, “ordenam algo que deva ser realizado na máxima medida possível”, seja pela propriedade de superabilidade das normas do tipo regra que, segundo o mesmo autor, “só podem ser cumpridas ou não”, alguns desses conflitos normativos passaram a se configurar tão intensos e difíceis diante de casos concretos, que a ciência jurídica passou a considerar também a possibilidade das chamadas *decisões contra legem* ser juridicamente possíveis e aceitáveis no ordenamento quando dessas situações excepcionais.

Nesse contexto é que o presente estudo pretende, a partir da teoria da argumentação *contra legem* desenvolvida pelo Prof. Thomas Bustamante (2010), fazer um estudo do entendimento que vem sendo consolidado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em relação à aplicação aos Municípios da limitação prevista pelo artigo 152, § 1º da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Referida norma do tipo regra prevê, em seu conteúdo, uma "limitação extra" ao poder de tributar, mas dirigida expressamente ao Estado de Minas Gerais dentro da competência de instituir tributos **estaduais**. No entanto, conforme será demonstrado no texto, o TJMG tem decidido em alguns casos a aplicação da referida regra da Constituição Estadual também aos municípios, declarando a inconstitucionalidade de Leis Municipais que majoram tributos em

¹ Sem desconhecer, obviamente, da classificação doutrinária dos chamados “postulados hermenêuticos” desenvolvida pelo Prof. Humberto Ávila em suas obras “Teoria dos Princípios” (2005), e “Sistema Constitucional Tributário” (2012).

suposta "inobservância" da referida norma e utilizando como fundamento principal para tanto o "princípio da simetria".

Nesse caso especificamente nos depararíamos com a seguinte situação: uma decisão judicial que, fundamentada num princípio constitucional (simetria), declara a inconstitucionalidade de uma lei municipal por aplicação contrária de uma regra da Constituição Estadual (152, §1º). Estaríamos diante de uma genuína decisão *contra legem*, nos termos da doutrina estudada?

Dedicamo-nos, portanto, a analisar e aferir se a interpretação que vem sendo dada pelo Poder Judiciário tem considerado todas normas em conflito e todos os princípios a ser ponderados para a solução do caso concreto para que referida decisão contrária à lei possa ter sua juridicidade reconhecida pela ciência jurídica.

2 A NORMA DO ART. 152, § 1º DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em que pese o Brasil tenha adotado a forma de Estado Federal desde a Proclamação da República em 1889 (e constitucionalmente com o advento da Constituição da República de 1891)², o fato é que desde então o Estado brasileiro enfrentou diversas crises de execução do chamado pacto federativo³ e, somente com a Constituição de 1988, erigida sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, é que se pôde verificar uma tentativa de reestabelecimento da noção de federalismo e sua relação com os princípios e regras estatuídos na carta constitucional, conforme ensina o Prof. Mário Lúcio Quintão Soares:

A carta de 1988, consciente da crise que abalava os pilares do Estado Federal brasileiro, quase transformado em Estado Unitário nos períodos ditatoriais, resgatou o federalismo peculiar à Constituição de 1946, restabelecendo a relação entre os

² Art. 1º: A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil. (Constituição da República de 1891).

³ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

princípios e regras que individualizaram essa forma de Estado no conjunto das formas políticas. (SOARES, 2004, p.331)

Assim a Constituição da República de 1988 trouxe importantes inovações, dentre as quais se destacam o reconhecimento expresso dos Municípios como entes federados dotados de autonomia⁴(art. 18) e a conseqüente repartição de competências administrativas, legislativas e tributárias entre os referidos entes federados (art. 21 e seguintes).

Nesse contexto de federalismo e divisão de competências é que o Estado de Minas Gerais, no perfeito exercício da competência concorrente de que goza para legislar sobre matéria tributária, prevista pelo artigo 24, I da CF/88⁵, optou por instituir na Constituição Estadual uma limitação “extra” ao poder de tributar, conforme se verifica pelo artigo 152, § 1º, acrescido pela Emenda à Constituição Estadual nº 41/00 e abaixo transcrito:

Art. 152 – É vedado **ao Estado**, sem prejuízo das garantias asseguradas ao contribuinte e do disposto no art. 150 da Constituição da República e na legislação complementar específica:

I – instituir tributo que não seja uniforme em todo o território estadual, ou que implique distinção ou preferência em relação a Município em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivo fiscal destinado a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do Estado;

II – instituir isenção de tributo da competência do Município;

III – estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

§ 1º – Não será admitida, no período de noventa dias que antecede o término da sessão legislativa, a apresentação de projeto de lei que tenha por objeto a instituição ou a majoração de tributo estadual. (Parágrafo acrescentado pelo art. 1º da Emenda à Constituição nº 41, de 8/11/2000.)

§ 2º – O disposto no § 1º deste artigo não se aplica a projeto de lei destinado exclusivamente a adaptar lei estadual a norma federal.

Primeiramente, cumpre-nos destacar o que a doutrina brasileira entende⁶ por “limitações ao poder de tributar”, que seriam “manifestações especiais de direitos e garantias

⁴ Há doutrinadores, como José Afonso da Silva (2001), que questionam a classificação dos Municípios como ente da federação por não possuir representação no Senado Federal ou um Poder Judiciário próprio. Nós, no entanto, aderimos ao coro da maioria doutrinária (FERNANDES; BARROSO; ÁVILA; BUSTAMANTE) que defende ser o Município um ente federativo constitucionalmente reconhecido, e que, como tal, goza de autonomia política, administrativa e financeira.

⁵ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

⁶ Ressalvando não desconhecemos de parte da doutrina que, embora minoritária, é também competente em estabelecer classificação distinta para “limitações ao poder de tributar”, como por exemplo o autor

fundamentais” das quais se depreende (i) os princípios limitadores, que “condicionam o exercício válido da competência à observância de certos requisitos ou critérios norteadores”, e também (ii) as imunidades, que seriam “normas supressivas do poder tributário, delimitadoras do campo de incidência da norma atributiva de poder”. (DERZI, BALEEIRO, 2001, p. 14/15)

Feito esse esclarecimento, partimos então para a análise específica do art. 152, § 1º da CEMG acima transcrito. Trata-se de limitação de natureza formal que, embora não esteja prevista na Constituição Federal de 1988 também não a contraria, já que foi instituída pelo Estado de Minas Gerais, dentro dos limites de sua competência concorrente, para regulamentar sua própria atuação enquanto instituidor de tributos.

Por ser prescritiva de um comportamento juridicamente possível (ALEXY, 2009), Conforme será melhor trabalhado nos tópicos seguintes, tal norma pode classificada como uma norma do tipo “regra”, porquanto traz em seu comando uma vedação ao próprio Estado de Minas Gerais de apresentar projetos de lei que visem instituir ou majorar tributos estaduais nos noventa dias que antecedam o fim da sessão legislativa.

Já em relação aos princípios existentes por detrás da regra do art. 152 § 1º - tendo em vista que, conforme ensinamento do Prof. Thomas Bustamante, “toda regra jurídica conserva uma ligação com os princípios que lhe dão fundamento” (BUSTAMANTE, 2012, p. 157) -, é possível que sejam aferidos por uma análise da própria exposição de motivos da Emenda Constitucional n. 41/2000 que introduziu o dispositivo na Constituição do Estado de Minas Gerais:

Exposição de motivos/justificativa: Já se tornou um costume de todos os governos o envio de propostas de alteração da legislação tributária à Assembléia ao final da sessão legislativa. Os governos tendem a resolver seus problemas de caixa por meio da instituição de tributos e da majoração da alíquota de tributos existentes. O mais grave, contudo, é o diminuto prazo que os técnicos do governo costumam oferecer à Assembleia para discussão dos eventuais problemas de caixa e da possível solução por meio de alteração da legislação vigente.

O contribuinte, embora esteja sob a proteção do princípio da anterioridade e da anualidade [sic] em matéria de vigência da legislação tributária, não tem um instrumento jurídico que garanta a discussão necessária desses temas pelos “representantes” do povo desse Estado.

Por isso é que apresentamos, para a apreciação dos colegas desta Casa, esta proposta de emenda à Constituição, cujo objetivo é forçar a discussão, pelos parlamentares, dos projetos que alterem a legislação tributária estadual.

Marco Aurélio Greco, segundo o qual limitações corresponderiam a “restrições ao exercício do poder de tributary”, enquanto princípios seriam “efetivos vetores positivos da tributação. (GRECO, 2006)

A proposta de emenda em tela acrescenta parágrafo único ao art. 152 da Constituição do Estado, que dispõe sobre as limitações ao poder de tributar. Tal parágrafo impedirá, se aprovada a emenda, que o projeto de lei que tenha por objeto a instituição de tributo estadual ou a alteração da legislação tributária vigente seja enviada à Assembleia em prazo inferior a 90 dias para o término da sessão legislativa respectiva. Em outras palavras, deverá o projeto tramitar na Assembleia por, pelo menos, três meses. Em função do exposto e com o objetivo de reforçar e garantir os direitos do contribuinte mineiro em face do Estado, esperamos poder contar com o apoio dos nobres colegas para a aprovação desta proposta. Publicada, vai a proposta à Comissão Especial para parecer, nos termos do art. 201 do Regimento Interno.

Conforme se verifica pelo teor da justificativa acima transcrita, a norma estatuída pelo art. 152, § 1º traz como fundamento principal a garantia dos princípios democrático e da segurança jurídica, na medida em que busca garantir um maior e mais amplo debate legislativo de normas que visem instituir ou majorar tributos estaduais, possibilitando assim que os projetos de lei que prevejam situações mais gravosas para os contribuintes tenham sua viabilidade e efeitos devidamente discutidos na Assembleia Legislativa por seus representantes.

Além disso, é importante ressaltar que, embora aparenta se relacionar com “princípio da não-surpresa tributária”, materializado na Constituição Federal de 1988 pelos princípios da anterioridade (art. 150, III, b) e da noventena (art. 150, III, c), não é possível afirmar que a norma prevista no art. 152, § 1º da Constituição do Estado de Minas Gerais decorra do referido princípio, porquanto prescrevam situações jurídicas distintas: enquanto aquela preserva a não-surpresa do contribuinte em relação à vigência da lei tributária, esta visa garantir o amplo e democrático debate legislativo em relação à própria instituição da lei tributária.

O que se pode afirmar, portanto, é que o referido princípio da “não surpresa tributária”, assim como a regra prevista no art. 152, § 1º da Constituição do Estado de Minas Gerais, também tem como fundamento principal a garantia da segurança jurídica, essência máxima do Estado Democrático de Direito. Objetiva, justamente, evitar que o contribuinte surpreendido com obrigação tributária antes inexistente, como exaustivamente discorre a doutrina tributária. (DERZI, BALEEIRO. 2001. P. 170/175)

Vê-se, portanto, que ao inserir o referido art. 152 § 1º, na Subseção das “Limitações ao Poder de Tributar” o constituinte do Estado de Minas Gerais quis criar, dentro dos limites de sua competência, uma garantia adicional ao contribuinte, prevendo um prazo mínimo não só para entrada em vigor de lei que institua ou majore tributo estadual, mas também um prazo mínimo para eventual discussão e respectivo amadurecimento no processo legislativo, de modo a

garantir aos cidadãos e seus representantes (poderes legislativo e executivo estadual) instrumentos mais efetivos de concretização da segurança jurídica e do princípio democrático.

3 DEMANDAS JUDICIAIS E A INTERPRETAÇÃO DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Em que pese a limitação ao poder de tributar prevista pelo artigo 152, § 1º da Constituição Mineira tenha sido expressamente dirigida ao próprio Estado de Minas Gerais no âmbito de sua competência para instituir ou majorar tributos estaduais, referida norma tem sido cada vez mais recorrentemente suscitada para aplicação “extensiva” aos Municípios e aos tributos municipais com fundamento em um suposto no “princípio da simetria”.

Ou seja, o Poder Judiciário tem sido chamado a se pronunciar se, fundamentado no chamado “princípio da simetria”, os Municípios situados no território mineiro deveriam se submeter à limitação ao poder de tributar prevista pelo § 1º do art. 152 da Constituição Estadual, ainda que o texto da norma seja claro e expresso em definir que a limitação se dirige ao Estado quando da instituição e/ou majoração de tributos estaduais.

Verifica-se que, nesse caso, a lide parece se construir a partir de uma série de conflitos normativos: de um lado a norma do tipo regra prevista no art.152, § 1º da CEMG, e do outro, uma norma do tipo princípio prevista pelo invocado “princípio da simetria”; de um lado os princípios democrático e segurança jurídica que deram fundamento à referida regra do art. 152, § 1º, do outro, os princípios da autonomia municipal e do federalismo que determinam a autonomia de dos entes federados para legislar dentro dos limites de sua competência.

Com a finalidade de analisar tanto os fundamentos normativos utilizados pelas partes, como a argumentação jurídica feita pelos intérpretes, optamos por analisar dois acórdãos do TJMG que discutem sob a matéria em questão cujas decisões já tenham transitado em julgado, quais sejam: ADI n. 3010188-67.2000.8.13.0000 e Apelação Cível n. 0353103-18.2006.8.13.0512.

A seleção dos referidos acórdãos dentre os aproximadamente 20 acórdãos localizados no sítio do TJMG se deu com base em dois critérios específicos e consequentes: (i) são esses os dois precedentes mais citados pelo próprio TJMG ao apreciar a matéria em questão; (ii) embora

o acórdão proferido na ADI n. 3010188-67.2000.8.13.0000 tenha sido julgado pela Corte Superior do TJMG (sendo, portanto, o precedente mais reproduzido pelo TJMG ao longo dos anos), o debate de julgamento foi bastante simplório e parece não ter apreciado as normas conflitantes, motivo pelo qual optou-se por analisar também o segundo acórdão mais citado, qual seja o da Ap.Cível n. 0353103-18.2006.8.13.0512.⁷

Trata-se, o primeiro caso em análise (ADI n. 3010188-67.2000.8.13.0000), de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Poços de Caldas em face da Emenda n. 13 à Lei Orgânica Municipal que, dentre outras ilegalidades cometidas, teria infringido a CEMG, na medida em que reproduziu a mesma limitação prevista pelo art. 152 § 1º Constituição Estadual, porém em um prazo menor, de apenas 60 dias.

Sem se disponibilizar a ao menos apreciar o conflito existente entre as normas jurídicas em questão, o desembargador relator Schalcher Ventura foi extremamente simplório e reducionista ao mencionar de forma vaga que o dispositivo questionado afrontaria a norma constitucional estadual e portanto a “expressão” deveria ser cortada do dispositivo legal, conforme se vê:

Os §§ 1º e 2º do artigo 109 da LOM, na redação da Emenda nº 13, encontram fundamento de validade na ordem constitucional estadual vigente, ao proibirem apresentação de projeto de lei que objetive a instituição ou majoração de tributo municipal, em período próximo ao término da sessão legislativa, afastando tal regra para o projeto de lei destinado a adaptar a lei municipal à norma estadual ou federal. Repetem os termos dos §§ 1º e 2º do artigo 152, da CE, na redação da EC nº 42 de 08.11.00, com uma pequena alteração em relação ao prazo limite para apresentação do projeto de lei, que, todavia, fere a norma constitucional estadual. Segundo esta o prazo seria de noventa dias e a LOM estabelece o prazo de sessenta dias, devendo, pois ser cortada tal expressão.

Assim sendo, acolho parcialmente a representação, para declarar inconstitucional a expressão "sessenta dias" inserta no § 1º do artigo 109 da Lei Orgânica de Poços de Caldas, na redação da Emenda nº 13.

⁷ Cumpre destacar que o levantamento das decisões proferidas pelo TJMG foi feito pela ferramenta de pesquisa disponível no próprio sítio do TJMG (www.tjmg.jus.br) para fins meramente didáticos/explicativos e, portanto, sem qualquer rigor metodológico com intuito de esgotar as fontes de pesquisa.

Destaca-se, ainda, que alguns dos acórdãos levantados foram imediatamente descartados pois, embora discutam sobre a matéria em questão e apresentem em suas ementas menção ao art. 152, § 1º da Constituição do Estado de Minas Gerais, verificou-se ao longo do inteiro teor os i. julgadores equivocaram-se ao confundir, de maneira grosseira, a limitação prevista pelo art. 152, § 1º da CEMG com a limitação da noventena prevista pelo art. 150, III, c da CF/88. *Foram eles: Ap. Cível n. 0071673-86.2010.8.13.0512 e Ap. Cível 0433978-38.2007.8.13.0512.*

O segundo acórdão em análise, por sua vez, cuidou de especificar de forma mais clara os fundamentos jurídicos apresentados pelas partes bem como alguns dos critérios utilizados para a tomada de decisão. Assim, o caso concreto apreciado na Ap. Cível n. 0353103-18.2006.8.13.0512 - qual seja Ação de Restituição de Indébito ajuizada em face do Município de Pirapora sob o argumento de que o tributo municipal instituído pela Lei n. 1700/2000 estaria eivado de inconstitucionalidade porquanto não teria respeitado as limitações constitucionais previstas pelo art. 152, § 1º da CEMG - configurou-se nos seguintes termos:

- i.* de um lado, o Município em defesa da constitucionalidade da legislação questionada, fundamenta-se no argumento da **autonomia municipal**, de que “o Sistema Nacional Tributário prescreve a autonomia entre os entes federados para exercer suas respectivas competências tributárias e que as limitações tributárias de alcance nacional são reservadas à Constituição Federal.” e, ainda, que “a limitação prevista em seu art. 152, § 1º (...) se limita aos tributos estaduais”.
- ii.* do outro lado, o contribuinte defendendo que “o art. 29, caput, da Constituição Federal, é expresso em versar sobre a submissão dos Municípios aos princípios estabelecidos na Constituição do Estado”, e que pelo **princípio da simetria** “o Município também se sujeita aos limites fixados na Constituição do Estado a que pertence”.

Ao apreciar o conflito normativo previsto acima, e supostamente ponderar as normas em questão, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sob a relatoria da Desembargadora Heloísa Combat, decidiu:

Em relação à matéria tributária, embora exista autonomia do Município para instituir e arrecadar os tributos de sua competência (art. 30, III, CF/88), foi conferida ao Estado competência concorrente para legislar sobre direito tributário, conforme consta no art. 24, I, da Carta Federal.

Resulta que a estipulação de princípios e regras afetas ao direito tributário, inclusive no que diz respeito a limitações ao poder de tributar, se encontram na esfera da competência reservada aos Estados, de forma concorrente com a União, não se cuidando a matéria inserta no âmbito da autonomia dos Municípios.

(...) Essa circunstância impõe que, pelo princípio da simetria, a limitação vigore em todo o âmbito do Estado de Minas Gerais, inclusive em relação aos tributos municipais. No caso não deve prevalecer a interpretação gramatical do texto, mas a hermenêutica principiológica, finalística e sistemática.

Em vista da supremacia da Constituição Estadual no seu âmbito territorial, como regra, as leis municipais se encontram submissas às suas determinações, configurando-se exceção a não-aplicação de alguma das suas normas. Dessa forma, somente poderia haver essa exclusão caso a matéria fosse concernente à competência exclusiva do Município, o que não ocorre no caso.

(...) Assim, tenho que não merece reparos a bem lançada sentença que declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 1.700/2002 do Município de Pirapora.

Verifica-se portanto que, no caso acima, o TJMG decidiu pela aplicação da regra prevista pelo art. 152, § 1º da Constituição do Estado de Minas Gerais também aos Municípios - ainda que seu comando normativo seja clara e expressamente dirigido ao Estado - declarando assim a inconstitucionalidade de Lei Municipal que institui/majora tributo em suposta "inobservância" da referida norma e utilizando como fundamento principal o "princípio da simetria".

Teríamos, portanto, a seguinte situação: uma decisão judicial que, fundamentada num princípio constitucional (simetria), declara a inconstitucionalidade de uma lei municipal por aplicação contrária de uma regra da Constituição Estadual (152, §1º).

Nesse contexto, o questionamento que se faz no presente trabalho é: estaríamos diante de um conflito normativo reconhecido pela doutrina como "hard case", cuja solução requer a utilização de uma técnica hermenêutica específica e complexa – a ponderação - (ALEXY, BUSTAMANTE, NEVES), e que justificaria a criação de uma norma excepcional conhecida por "*decisão contra legem*"?

3. REGRAS, PRINCÍPIOS, CONFLITOS E DECISÕES CONTRA LEGEM

Para responder o questionamento feito acima é importante destacar que o pressuposto para uma discussão acerca das decisões *contra legem* é estar consciente que elas são, antes de qualquer coisa, uma decorrência direta da divisão das normas jurídicas em regras e princípios, conforme postulado pelo Professor Robert Alexy (ALEXY, 2008)

O recém aposentado Professor Catedrático de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade de Kiel propõe uma diferenciação necessária entre regras e princípios. Segundo Alexy, regras e princípios são normas, tendo em vista que ambos dizem o que deve ser (ou seja, são formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição). A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre espécies de normas.

Em regra, o critério da generalidade é utilizado para realizar a distinção entre regras e princípios. Também são considerados outros critérios, como a determinabilidade dos casos de aplicação das normas, a forma de seu surgimento, a forma de criação ou desenvolvimento, o conteúdo axiológico, dentre outros. Ocorre que, segundo Alexy, esses critérios, apesar de importantes, não são isoladamente suficientes para traçar uma diferenciação significativa entre regras e princípios.

A principal característica da diferenciação das normas reside no fato de que os princípios:

(...) são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2008, p. 90)

As regras, por sua vez, são normas que apresentam determinações dentro do que é jurídica e faticamente possível. Ou seja, são normas que determinam que se deve fazer exatamente aquilo que ela prescreve. Portanto, elas podem ser satisfeitas ou não. A diferença entre regras e princípios é, portanto, qualitativa. Essa diferenciação é bastante parecida com a que Dworkin propõe em sua obra *Levando os direitos a sério* (DWORKIN, 2011), mas difere no ponto da caracterização dos princípios como mandamentos de otimização.

Uma forma de se explicar melhor a diferenciação se dá através dos casos nos quais há conflito entre regras e colisões entre princípios. Quando duas regras entram em conflito, ou uma delas é considerada inválida ou é introduzida uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Isso porque o conceito de validade jurídica não é graduável. Uma norma jurídica ou é válida ou inválida, “não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam inválidos” (ALEXY, 2008, p. 92).

A colisão entre princípios se dá de forma diferente. Quando dois princípios colidem, a decisão acerca da aplicação de um ou de outro não se dá no âmbito da discussão acerca de sua validade, mas será determinado qual princípio tem precedência em face do outro naquelas determinadas condições fáticas e jurídicas. “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (ALEXY, 2008, p. 94).

A colisão entre princípios gera, portanto, uma necessidade de sopesamento, na forma da lei de colisão (ALEXY, 2008, p. 95). Para Alexy, essa conclusão gera uma concepção do resultado do sopesamento enquanto uma norma de direito fundamental atribuída. A solução para a colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto. Levando em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionada consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. A questão central, portanto, é determinar sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder.

Alexy busca, com esta lei de colisão, sistematizar a técnica utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal para julgar casos em que há a discussão sobre pesos dos princípios. O problema é que os princípios não têm “pesos” atribuídos e, portanto, esse peso deve ser construído na análise do caso.

A lei de colisão, como desenvolvida por Alexy, pode ser apresentada na seguinte formulação: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 2008, p. 90). A lei de colisão é um dos fundamentos da teoria alexyana dos princípios. Ela reflete, acima de tudo, a natureza dos princípios enquanto mandamentos de otimização – normas que não têm relação absoluta de precedência uma sobre a outra.

A lei de colisão, portanto, trata do caso em que duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma das duas é inválida e nenhuma delas tem precedência absoluta sobre a outra. A precedência será decidida no caso concreto.

O resultado desse sopesamento é o que Alexy vai denominar de uma norma de direito atribuída, que tem a estrutura de uma regra, tendo em vista que determina, em um caso concreto, o que deve ser feito. Com isso, pode-se perceber que as normas de direitos fundamentais não são necessariamente somente princípios.

Assim como Dworkin, Alexy defende que as regras e os princípios têm diferentes caracteres *prima facie*. As regras contêm mandamentos definitivos, ou seja, determinam que seja realizado exatamente aquilo que elas ordenam. Os princípios, por sua vez, são mandamentos de otimização que determinam que algo seja realizado na maior medida possível considerando as

condições fáticas e jurídicas. Regras são, portanto, razões definitivas, enquanto os princípios são razões *prima facie*.

Decisões sobre os direitos fundamentais pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse caso concreto. (ALEXY, 2008, p. 108)

Princípios são, assim, geralmente mais genéricos do que as regras, tendo em vista que ainda não estão definidos em relação com as possibilidades fáticas e jurídicas.

Enquanto razões para regras de natureza muitas vezes bastante técnica, o conteúdo axiológico dos princípios é mais facilmente identificável que o das regras; como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico; sua relação à ideia de direito decorre de um modelo de fundamentação que avança do mais geral na direção do sempre mais especial; e a contraposição dos princípios, enquanto normas ‘desenvolvidas’, às normas ‘criadas’ deve-se à *desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de positivação detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o direito* (grifos acrescidos). (ALEXY, 2008, p. 109)

Há que se considerar que existem dois tipos básicos de contradição normativa: o primeiro diz respeito ao pertencimento à ordem jurídica, ou seja, sobre a validade da norma (o conflito de regras é o melhor exemplo, mas também pode haver um questionamento da validade de um princípio, apesar de ser bastante raro); o segundo tipo de contradição ocorre no interior do ordenamento normativo, ou seja, entre normas válidas (é o caso das colisões entre princípios). Com isso, fica evidente que a colisão entre princípios pressupõe a validade dessas normas colidentes. Assim, a referência à possibilidade de se classificar princípios como inválidos não atinge de forma alguma o teorema da colisão. (ALEXY, 2008, p. 114)

Com isso, Alexy defende haver duas espécies de conflito em sentido amplo: conflitos em sentido estrito – que correm na dimensão da validade – e colisões – que ocorrem na dimensão da aplicabilidade das normas válidas.

De acordo com o Professor Thomas Bustamante, essa classificação permite ainda alguns desdobramentos importantes. Primeiramente, pode-se abordar conflitos normativos no mesmo nível hierárquico e conflitos normativos em diferentes níveis hierárquicos.

Os casos mais simples são aqueles de conflitos normativos no mesmo nível hierárquico, que são, basicamente, de quatro espécies:

1. Conflito (em sentido estrito) entre um princípio e uma regra
2. Colisão entre um princípio e um outro princípio;
3. Conflito (em sentido estrito) entre duas regras
4. Conflito (em sentido estrito) entre dois princípios. (BUSTAMANTE, 2010, p. 169)

No primeiro caso, há uma presunção de prioridade da regra com relação ao princípio, apesar de não haver um caráter absoluto nesta forma de proceder.

A segunda hipótese é um caso tipicamente solucionado por meio da ponderação. As colisões pressupõem a relação entre os princípios e a dita máxima (ou regra) da proporcionalidade. A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e essa implica aquela.

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com sua três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (ALEXY, 2008, p. 117)

A máxima da proporcionalidade é a forma utilizada para realizar a análise do caso em que uma medida estatal que pretende fomentar um determinado princípio entra em rota de colisão com um outro princípio, ou seja, dois princípios colidem e são sopesados na forma da lei de colisão. Os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso. O exame da proporcionalidade possibilita exatamente a averiguação das condições fáticas e jurídicas do caso.

No exame da adequação, deve-se observar se a medida que está se propondo para realizar ou fomentar um princípio consegue fazê-lo. Ou seja, trata-se uma análise da capacidade da medida em fomentar aquele princípio desejado.

Em um segundo momento, faz-se o exame da necessidade daquela medida, ou seja, observa-se se aquela medida adotada para fomentar um determinado princípio consegue fazê-lo com a mesma eficiência que outra medida, agredindo de forma menor o princípio colidente. Os exames da adequação e da necessidade são análises acerca das possibilidades fáticas para aplicação de um princípio.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, é uma análise acerca das possibilidades jurídicas da aplicação de um princípio em um determinado caso. Nessa fase, é realizado o sopesamento propriamente dito. “Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão” (ALEXY, 2008, p. 117).

Já a terceira hipótese pode ser solucionada, de acordo com Bustamante, por meio da utilização dos critérios da especialidade e cronológico. Por fim, a quarta hipótese, embora bastante rara, deve ser resolvida com a exclusão de um dos princípios, tendo em vista se tratar de um caso em que a coerência do sistema jurídico se torne absolutamente impossível diante da incompatibilidade entre os dois princípios. (BUSTAMANTE, 2010, p. 170)

Mais complexos, entretanto, são os casos de conflitos normativos em níveis hierárquicos diversos, que podem ser de seis diferentes espécies:

1. Conflito (em sentido estrito) entre uma regra constitucional e uma regra infraconstitucional;
 2. Colisão entre uma regra constitucional e um princípio infraconstitucional;
 3. Conflito (em sentido estrito) entre um princípio constitucional e um princípio infraconstitucional;
 4. Colisão entre um princípio constitucional e um princípio infraconstitucional;
 5. Conflito (em sentido estrito) entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional;
 6. Colisão entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional.
- (BUSTAMANTE, 2010, p. 171)

Os casos “1”, “3” e “5” citados por Bustamante são alusivos a conflitos em sentido estrito e, portanto, tratam da validade da norma jurídica. Os casos “1” e “3” são resolvidos facilmente por meio do recurso ao critério hierárquico. O caso “5” reflete um conflito com maior dificuldade, já que “identificar um conflito entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional é um dos problemas mais difíceis para a argumentação jurídica, pois a regra infraconstitucional normalmente é considerada uma norma de direito fundamental adscrita que é o produto de uma colisão entre princípios constitucionais” (BUSTAMANTE, 2010, p. 171). Mas, ainda, assim, é solucionado por meio da invalidação da norma.

Por outro lado, os casos “2”, “4” e “6” São atinentes à aplicabilidade das normas, não se falando em sua invalidação. O caso “2” constitui uma delimitação ao âmbito de aplicação daquele princípio infraconstitucional, sendo que a regra constitucional impede a sua aplicação

em determinados casos. Já o caso “4” é mais simples, resolvendo-se pelo mero critério hierárquico, em regra.

O caso “6” – colisão entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional – é o foco da análise ora proposta –, ele “compreende os casos genuínos de decisões *contra legem*, [que] só pode ser resolvida com a prioridade do princípio constitucional sobre a regra infraconstitucional caso se admita uma decisão *contra legem*.” (BUSTAMANTE, 2010, p. 173)

O caso (6), finalmente, se refere aos casos excepcionalmente difíceis. O princípio constitucional P1 não gera razões para se declarar a invalidade da regra R, mas apenas para se introduzir uma exceção em sua hipótese de incidência. Nesse caso, pode-se falar em uma ponderação entre P1 e o princípio P2, que se esconde por detrás de R e lhe serve de fundamento axiológico. P2 terá sempre ao seu lado os princípios formais como o princípio da segurança jurídica e o princípio democrático, que estabelecem a regra vinculação do juiz ao legislador positivo. Não obstante, casos anormais ou genuinamente excepcionais podem justificar a criação judicial de uma regra excepcional que derrote a norma R. (BUSTAMANTE, 2010, p. 173)

A aceitação das decisões *contra legem* pressupõe a aceitação da tese segundo a qual toda regra é o resultado de uma ponderação de princípios e, conseqüentemente, toda regra é fundamentada em um princípio, que pode ser considerado a sua *ratio* ou o seu fundamento de ser. Ora, faria sentido aplicar essa regra quando é possível denotar que a sua aplicação, em determinado concreto, não implicaria no atendimento àquela *ratio*, ou seja, ao princípio que lhe deu fundamento? Por outro lado, o fato de o legislador não ter previsto a possibilidade deste fato é razão suficiente para invalidar essa regra, que não é inconstitucional, mas apenas inadequada em determinado caso?

De acordo com Bustamante, a resposta para os dois questionamentos seria negativa e, caso se aceite a tese alexyana, apenas uma decisão *contra legem* poderia enfrentar, com seriedade, este problema:

Uma decisão *contra legem* pode ser definida como uma decisão que estabelece uma exceção a uma norma jurídica N, na presença das seguintes condições: (i) N é uma norma do tipo regra, e não um princípio jurídico; (ii) N está expressa em uma lei ou outra fonte formal do direito com igual nível hierárquico; (iii) os significados mínimos ou literais das expressões utilizadas pelo legislador não permitem extrair do texto que serve de base a N uma norma alternativa que não seja contrariada por tal decisão; (iv) a decisão não reconhece a invalidade de N, mas apenas afasta a sua aplicação a uma situação em que ela é aplicável; (v) não há dúvida de que os fatos que deram origem à decisão podem ser subsumidos em N; (vi) a autoridade que adota essa decisão estabelece uma norma individual formulada em termos universais; e (vii) a decisão levanta uma pretensão de juridicidade para essa norma individual. (BUSTAMANTE, 2010, p. 174)

Assim, pode-se concluir que as genuínas decisões *contra legem* são aquelas que deixam de aplicar uma determinada regra legal, sem que seja declarada a sua invalidade, criando-se assim uma exceção em sua hipótese de incidência em virtude da colisão da referida regra com um princípio constitucional juridicamente válido e aplicável.

4. CONCLUSÃO

Feitos os apontamentos teóricos acerca dos conflitos normativos existentes no ordenamento jurídico e os critérios de ponderação possíveis para aqueles chamados “hard cases”, os quais justificariam a possibilidade de “*decisões contra legem*”, retomamos então ao caso concreto em análise, para que possamos esboçar as conclusões finais: **(i)** é possível concluir que a decisão do TJMG em análise, que estende a aplicação da regra da Constituição Estadual (art. 152, § 1º) também aos municípios - sabendo que o texto da referida regra é claro e expresso em dirigir-se ao Estado de MG e à instituição de tributos estaduais - está, de certa forma, afastando a sua aplicação no ordenamento, uma vez que “contraria” o seu texto expresso? **(ii)** em suma, é possível afirmar que, nesse caso, estaríamos diante de um dos casos genuínos de decisão *contra legem* no qual teria ocorrido uma ponderação entre P1 (princípio da simetria) e P2 (princípio da segurança jurídica) que se esconde por trás da norma R (art. 152, § 1º da CE), e que tenha justificado a criação judicial de uma regra excepcional (decisão que declara a inconstitucionalidade da lei municipal que não observou a limitação) que, por sua vez, derrota a norma R, nos termos dos ensinamentos acima?

A resposta inicial que daríamos a esse questionamento é que não. Embora estejamos de fato diante de uma decisão contrária ao texto legal (e portanto, “*contra legem*”), não há no caso em tela razão de princípio que a justifique.

É que, conforme ensina o Prof. Thomas Bustamante “somente é possível falar em ponderação ou em conflitos quando se conclua que há duas normas que produzem efeito (são em tese aplicáveis) no mesmo caso concreto” e, no presente caso, no entanto, o princípio mais

importante, qual seja o princípio da autonomia municipal (e, indiretamente, o federalism) não teria sido considerado pelo julgador para fins de ponderação.⁸

Explica-se: conforme demonstrado acima, os argumentos acolhidos pela decisão do TJMG se constrem na ideia de que como a CF/88 definiu expressamente a competência concorrente entre União, Estado e DF para legislar sobre matéria tributária (art. 24, I), restaria aos Municípios somente a competência residual/suplementar (art.30) e a obrigação de subserviência dos Municípios às normas estabelecidas na Constituição Estadual, nos termos do art. 29 da CF/88.

Não obstante, mesmo considerando que somente os Estados e União podem legislar sobre matéria tributária e que os Municípios estariam limitados ao que for definido pela Constituição Estadual por força do artigo 29 da CF/88, o fato é que foi a própria Constituição do Estado de Minas Gerais que, ao definir as normas gerais de limitação ao poder de tributar, optou por restringi-las expressamente ao Estado quando da instituição/majoração dos tributos estaduais.

Ou seja, os argumentos de subserviência do Município à Constituição Estadual perdem força na medida em que a própria Constituição Estadual é que foi expressa e cautelosa em restringir a limitação prevista pelo art. 152, § 1º à sua própria atuação quando objetivar instituir e majorar tributos estaduais. Em outras palavras, justamente por respeitar a norma prevista pela Constituição Estadual, nos termos do art. 29 da CF/88, é que os Municípios não devem se submeter à limitação do art. 152, § 1º da CEMG, uma vez que dirigida tão somente ao Estado.

Nesse caso, justamente porque a Constituição do Estado de Minas Gerais foi expressa em direcionar a limitação tão somente ao Estado e a tributos estaduais, não restou qualquer lacuna para ser preenchida por "argumento analógico" tal como é feito pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que o mascara pelo chamado "princípio da simetria", prática recorrente no Poder Judiciário, conforme denuncia o autor Léo Ferreira Leony:

(...) as decisões do Supremo Tribunal Federal baseadas no "princípio da simetria" têm em comum o fato de enfrentarem *questões federativas sem solução constitucional evidente* – ou, para usar uma expressão corrente na doutrina, *casos difíceis* – para os

⁸ Ensinamentos esses anotados após trocas de e-mail com o Prof. Thomas Bustamante que prontamente se disponibilizou a debater o problema acima apontado e auxiliar-nos quanto às dúvidas acerca da teoria da argumentação *contra legem*, ao qual registramos nossos sinceros agradecimentos.

quais a Corte conta apenas com um punhado de princípios constitucionais muito genéricos e frequentemente contraditórios ou, no máximo, regras expressas relativas a situações semelhantes, em geral relacionados com a União.
Ante a dificuldade de trabalhar com os princípios – e quem sabe até como forma de minimizá-la, a Corte aplica as regras justificando que as mesmas são uma pista de como deveriam ser interpretados os princípios. (LEONCY, 2011).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros: 2008.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**, 12.^a edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALEIRO, Aliomar. *Atualizações* de DERZI, Misabel. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**, Rio: Forense, 2010

BARCELLOS, Ana Paulo de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história – a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo** – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 27 de jul. de 2014.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. **Direito, Estado e Sociedade**. n. 37. Jul-dez. 2010, p. 152 a 180.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GARCIA, Maria. Federalismo brasileiro: a repartição de rendas tributárias e o Município: uma proposta. In: BASTOS, Celso Ribeiro (coord.). **Por uma nova federação**. 1995. p. 121.

GRECO, Marco Aurelio. Princípio da capacidade contributiva, **Revista Fórum de Direito Tributário**, n.º 22, 2006, 119-135.

LEONCY, Léo Ferreira. “**Princípio da Simetria**”e **Argumento Analógico**: o uso da analogia na solução de questões federativas sem solução constitucional evidente. *Tese de Doutorado*. USP. 2011.

MINAS GERAIS. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Minas Gerais**. Disponível em <<https://www.almg.gov.br>> Acesso em: 31 de jul. de 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **ADI n. 3010188-67.2000.8.13.0000**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br> Acesso em: 02 de jul. de 2014

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 0353103-18.2006.8.13.0512**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br> Acesso em: 02 de jul. de 2014

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 91, v. 798, abr. 2002.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: introdução**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.